



RISQUES, ÉTUDES ET OBSERVATIONS

2023-1

Varia :

Marie-France Steinlé-Feuerbach, Autorité de chose jugée :
d'un arrêt d'Assemblée plénière à l'autre.....6

Anne Marchais-Roubelat, De la durabilité d'une stratégie
industrielle : les leçons des débuts de l'électronucléaire français.....19

Marouane Rhartaoui, Un remède au risque de perte de compétitivité
du secteur industriel de l'Union européenne : la création d'une zone
de Groupements de filiales d'intérêt compétitif (GFIC).....27

Dossier :

Risque et santé.....35

Mentions légales

Ligne éditoriale :

Risques, Études et Observation (Riséo) est une revue doctrinale universitaire dédiée à la question des risques en droit. Elle publie à un rythme biannuel des articles variés articulés autour de la question du ou des risques. Rattachée au Centre européen de recherche sur les Risques, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC) de l'Université de Haute-Alsace, elle est publiée en *open access*, téléchargeable en PDF sur le site www.riseo.cerdacc.uha.fr et diffusée sur la plateforme, Calaméo

La rédaction :

Responsable scientifique : Dariusz PIATEK
Coordinatrice éditoriale : Nathalie ARBOUSSET
Editeur numérique : Université de Haute-Alsace

Politique de publication :

Titre : Riséo
Sous-titre : Risques, études et observations
ISSN : 2110-5537
Périodicité : bi-annuelle, sous réserve de numéro exceptionnel
Type de support : électronique
Année de création : 2010

Politique des droits d'auteurs et de diffusion :

Publication d'accès ouvert et de réutilisation « lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou créer un lien vers un texte intégral ».

Politique d'évaluation :

Les soumissions sont libres, à l'adresse suivante : cerdacc.riseo@gmail.com
Les auteurs et autrices conservent leurs droits d'auteurs ; les articles ne font en conséquence l'objet d'aucune rémunération.
La sélection et éventuelles demandes de modifications sont opérées par la responsable scientifique. En cas de participation à la rubrique dossier, la sélection et éventuelles demandes de modification sont effectuées par les coordinateurs ou coordinatrices du dossier.
Les articles ne sont pas soumis à contraintes de signes. Il revient toutefois aux auteurs et autrices de respecter la charte graphique : Charte graphique.
Conformément aux règles de la déontologie scientifique, la revue condamne fermement toute pratique de plagiat et de falsification des données.

Éditorial

Chers lecteurs,

J'ai le plaisir de remettre entre vos mains le premier numéro 2023 de Risques, études et observations. Ce numéro est d'abord un hommage rendu au travail accompli par ma chère collègue et ma prédécesseuse Julie Mattiussi qui quitte l'Université de Haute-Alsace pour rejoindre, à la rentrée prochaine, l'Université de Strasbourg.

Chère Julie, merci de l'effort que tu as fourni pour assurer le rayonnement de notre revue. Que cette lecture te rappelle nos échanges, toujours conviviaux et enrichissants, et toutes les années que nous avons passées ensemble au CERDACC, durant lesquelles nous nous sommes dévoués à l'étude du risque « sous toutes ses coutures » pour reprendre ta formule résumant parfaitement l'esprit de Riséo.

Matériel ou juridique, appréhendé ou induit par le droit, le risque préoccupe toujours les professionnels du droit qui partagent à nouveau, sur les pages de notre revue, leurs réflexions.

Ce numéro débute par la rubrique *Varia*. Le lecteur y trouvera un commentaire détaillé, rédigé par Marie-France Steinlé-Feuerbach, de l'arrêt rendu le 14 avril 2023 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation affichant la volonté de mettre fin à la rébellion jurisprudentielle en matière d'articulation de l'obligation de concentration des moyens avec le principe de l'autorité de chose jugée.

Viennent ensuite la contribution d'Anne Marchais-Roubelat nous éclairant sur les origines de la stratégie adoptée en France dans le domaine de l'électronucléaire et, enfin, celle de Marouane Rhartaoui proposant de résoudre le problème de perte de compétitivité du secteur industriel de l'Union européenne en créant des zones de Groupements de filiales d'intérêt compétitif.

La seconde partie du présent numéro accueille les actes de la 6^{ème} édition des Rendez-vous du risque. Ce colloque, organisé par Julie Mattiussi et moi-même, le 14 mars 2023 fut une occasion d'étudier les aspects juridiques du risque de dégradation de la santé ainsi que ceux d'une santé déjà fragilisée. Les résultats de nos échanges se concrétisent, grâce aux contributions de Marie Dugué, Valentine Erné-Heintz, Paul Véron, Lisa Carayon et Juliette Dugne.

Bonne lecture !

Dariusz Piatek
Directeur de publication
Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace
CERDACC (UR 3992)



Sommaire

PARTIE I : VARIA	5
Autorité de chose jugée : d'un arrêt d'Assemblée plénière à l'autre, Marie-France Steinlé-Feuerbach.....	6
De la durabilité d'une stratégie industrielle : les leçons des débuts de l'électronucléaire français, Anne Marchais-Roubelat	19
Un remède au risque de perte de compétitivité du secteur industriel de l'Union européenne : la création d'une zone de Groupements de filiales d'intérêt compétitif (GFIC), Marouane Rhartaoui	27
PARTIE II : Dossier – <i>Risque et Santé</i>.....	35
Quelle réparation pour les dommages causés par l'intelligence artificielle en matière médicale ? Marie Dugué	36
De la méconnaissance à la reconnaissance d'une nocuité invisible en matière de santé environnementale, Valentine Erné-Heintz.....	44
Réflexions sur le rapport « bénéfice / risque » en droit médical, Paul Véron.....	55
Demandeurs d'asile malades : le double risque, Lisa Carayon	64
Le risque de la captation d'héritage en matière de santé, Juliette Dugne	73

PARTIE I : *VARIA*

Autorité de chose jugée : d'un arrêt d'Assemblée plénière à l'autre

Marie-France STEINLE-FEUERBACH

Professeur émérite en Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de
Haute-Alsace
Directeur honoraire du CERDACC (UR 3992)

Commentaire de :

Assemblée plénière, 14 avril 2023, n° 22-81.097, B+R

Résumé : Par son arrêt du 14 avril 2023 et la diffusion sur Internet de l'audience du 10 mars, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a solennellement affirmé que l'obligation de concentration des moyens n'interdit pas la recevabilité devant les juridictions civiles des demandes indemnitaires effectuées par les parties civiles n'ayant pas, devant le juge pénal, usé de la faculté qui leur est offerte par l'article 470-1 du code de procédure pénale d'obtenir réparation en cas de relaxe du prévenu.

Mots-clés : Assemblée plénière ; autorité de chose jugée ; concentration des moyens ; infraction involontaire ; dualité des fautes civile et pénale ; articles 4-1, 418 al. 3 et 470-1 du code de procédure pénale.

Abstract: *In its ruling of April 14, 2023 and the webcast of the hearing of March 10, the Plenary Assembly of the French Court of Cassation solemnly affirmed that the obligation to concentrate grounds does not prohibit the admissibility before the civil courts of compensation claims made by civil parties who have not, before the criminal courts, exercised the option offered to them by article 470-1 of the Code of Criminal Procedure to obtain compensation in the event of the acquittal of the defendant.*

Keywords: *Plenary Assembly; force of res judicata; concentration of grounds; involuntary offences; duality of civil fault and criminal offence; articles 4-1, 418 par. 3 and 470-1 of the Code of Criminal Procedure.*

L'arrêt rendu le 14 avril 2023 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation fera date à plus d'un titre. D'une part, la communication est exceptionnelle, il s'agit de la première audience filmée et diffusée sur Internet en application l'article 1^{er} de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire¹. Le 10 mars 2023, la Grand'chambre constitue un décor de tournage particulièrement impressionnant et le talent des acteurs est indiscutable. D'autre part, outre le choix du décor et de la formation pour cette première audience filmée, celui de l'affaire dont il est publiquement débattu est loin d'être anodin, il s'agit en effet pour l'Assemblée plénière de mettre fin à la « rébellion » de la cour d'appel de Bordeaux. Ce terme très fort utilisé dans le communiqué du 8 mars 2023 annonçant la diffusion de l'audience du 10 mars donne le ton et ne laisse guère planer de doute quant à la réponse apportée deux semaines plus tard à la question posée :

« *La personne qui ne demande pas au juge pénal de statuer sur la réparation de son préjudice, dans l'hypothèse d'une relaxe du prévenu auquel est reproché une infraction non intentionnelle, conserve-t-elle le droit de soumettre sa demande d'indemnisation au juge civil, sans que lui soient opposés le principe de concentration des moyens et l'autorité de la chose jugée ?* »

¹ Réalisée sous le format *YouTube* la vidéo est toujours en ligne : <https://www.courdecassation.fr/agenda-des-audiences/2023/03/10/pourvoi-ndeg21-13516>.

Les faits sont d'une triste banalité : le 19 novembre 2010 un sapeur-pompier en intervention est décédé dans un accident de la circulation impliquant un véhicule conduit par un assuré des MMA IARD. Ce n'est pas de cet accident que l'Assemblée plénière est saisie mais de la recevabilité des demandes indemnitaires de l'épouse et des enfants de la victime. Le parcours procédural de ces demandes, véritable jeu de piste alternant juridictions pénales et juridictions civiles, mérite d'être retracé. Il débute devant le tribunal correctionnel de Coutances, lequel avait condamné le conducteur impliqué poursuivi pour homicide involontaire et accordé à l'épouse et aux enfants de la victime, parties civiles, une indemnisation partielle de leurs préjudices moraux et économiques sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985.

La cour d'appel de Caen relaxa le prévenu et, alors que la loi Badinter était à l'évidence applicable, refusa d'indemniser les parties civiles au motif qu'elles n'avaient pas sollicité l'indemnisation de leur préjudice devant le juge pénal. Elles choisirent alors de saisir un juge civil pour obtenir réparation mais se heurtèrent au refus de la cour d'appel d'Angers qui jugea, le 21 novembre 2017, cette demande devant les juridictions civiles irrecevable comme se heurtant à l'autorité de chose jugée de l'arrêt de la cour d'appel de Caen.

Le 6 juin 2019, l'arrêt de la cour d'Angers fut cassé par la deuxième chambre civile² qui considéra « *que le principe de la concentration des moyens ne s'étend pas à la simple faculté que la partie civile tire de l'article 470-1 du code de procédure pénale de présenter au juge pénal une demande visant à obtenir, selon les règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits ayant fondé la poursuite ; que, dès lors, la circonstance que la partie civile n'ait pas usé de cette faculté ne rend pas irrecevables comme méconnaissant l'autorité de la chose jugée les demandes de réparation des mêmes dommages présentées par elle devant le juge civil* » et renvoya les parties devant la cour d'appel de Bordeaux. Mais cette dernière, dans un arrêt du 26 janvier 2021, à l'instar de la cour d'Angers dont l'arrêt avait pourtant encouru la cassation, se fondant à nouveau sur l'autorité de la chose jugée, déclara l'action de l'épouse et des enfants irrecevable, en énonçant « *qu'il résulte de l'article 1351, devenu 1355, du code civil que, lorsqu'une juridiction pénale a statué par une décision définitive sur l'action civile, toute nouvelle demande portant sur les mêmes préjudices, ce qui est le cas en l'espèce, se heurte à l'autorité de la chose jugée, peu important que la juridiction pénale ait débouté les parties civiles de leur demande d'indemnisation* ».

Ainsi, selon du communiqué de l'Assemblée plénière, publié le 8 mars 2023 :

« La cour d'appel chargée de rejurer l'affaire n'a pas suivi la décision de la deuxième chambre civile : se référant au principe de l'autorité de la chose jugée, elle a déclaré irrecevable la demande d'indemnisation formulée par la famille du sapeur-pompier.

Cette rébellion conduit la Cour de cassation à examiner l'affaire en Assemblée plénière, formation de jugement la plus solennelle, au sein de laquelle toutes les chambres de la Cour sont représentées ».

Son communiqué de presse du 14 avril 2023 ne laisse guère place au doute quant à la solution que la seconde cour de renvoi, donc la troisième cour d'appel saisie de l'affaire, devra adopter :

² Civ. 2^e, 6 juin 2019, n° 18-15.738, L. Priou-Alibert, « Article 470-1 du Code de procédure pénale : confirmation d'une interprétation souple au bénéfice des victimes », *Gaz. Pal.* 8 octobre 2019, p. 57.

« Dans le cas d'une relaxe pour blessures ou homicide involontaires, la victime qui n'a pas réclamé au juge pénal la réparation de son préjudice, comme la loi l'y autorise dans cette hypothèse, conserve le droit de présenter au juge civil sa demande d'indemnisation ».

L'arrêt du 14 avril 2023, annonçant la fin du parcours procédural des proches du sapeur-pompier décédé, permet, désormais avec certitude, après une relaxe prononcée par le juge pénal, la recevabilité devant les juridictions civiles de demandes indemnitaires de la part de parties civiles qui n'ont pas, devant le juge pénal, usé de la faculté qui leur offerte par l'article 470-1 du Code de procédure pénale d'obtenir réparation même en cas de relaxe du prévenu.

Les premiers commentaires de cet arrêt sont principalement publiés dans la rubrique « procédure » des éditeurs Dalloz et JCP et dans la revue Procédures de LexisNexis³, ce choix éditorial illustre l'importance du principe de concentration des moyens qui est au cœur de la discussion sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée. Nous aborderons le versant procédural de l'arrêt (II) après nous être intéressé à son versant pénaliste, celui des infractions involontaires et de la dualité des fautes civile et pénale instaurée par la loi du 10 juillet 2000 (I).

I) La loi du 10 juillet 2000 et la dualité des fautes civile et faute pénale en cas d'infraction involontaire : la fin du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil

La loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 ayant presque vingt-trois ans, un retour à ses origines s'impose (A) ainsi que le rappel des premières décisions relatives à la dualité des fautes, rendues après l'entrée en vigueur de cette loi (B).

A) Retour aux origines de la distinction entre la faute civile et la faute pénale

Le sénateur Pierre Fauchon avait été à l'initiative de la loi du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, première tentative pour juguler ce que l'on appelait alors la montée du risque pénal, principalement pour les décideurs publics mais également privés. Les effets de cette loi n'ayant guère été concluants⁴, le Sénat s'était livré, quatre ans plus tard à une seconde tentative avec l'ajout, par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, d'un quatrième alinéa à l'article 121-3 du Code pénal, distinguant l'auteur direct de l'accident dont la faute simple d'imprudence peut entraîner la condamnation de l'auteur indirect contre lequel ne peut être retenue qu'une faute délibérée ou caractérisée.

Lors des débats parlementaires, et dès janvier 2000, la distinction entre faute civile et faute pénale était abordée. Ainsi, tant le rapport du sénateur Pierre Fauchon que l'examen du projet de loi par le Sénat, le jeudi 27 janvier 2000, relatif à la modification de la définition de la faute non intentionnelle constataient, à juste titre, l'objet différent de ces deux fautes : « *La faute*

³ M. Barba, « Sur la concentration des moyens et des demandes indemnitaires devant le juge pénal en cas de relaxe », *D. actu. Procédure civile* 17 mai 2023 ; L. Saenko, « Le principe de concentration des moyens ne s'impose pas (devant le juge civil) à la partie civile qui n'a pas usé (devant le juge pénal) de la faculté prévue à l'article 470-1 du CPP », *JCP G* 29 mai 2023, procédure, act. 633 ; Y. Strickler, « Chose jugée au pénal et demande sur l'action civile » : *Procédures* n° 6, juin 2023, Procédure civile ; pour un aperçu cf. C. Berlaud, « La relaxe au pénal et le dédommagement de la victime au civil » : *Actu-Juridique.fr*, publié le 02/05/2023).

⁴ F. Le Gunehec, « Premier aperçu de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence », *JCP G* 1996, n° 24, actual. ; M.-F. Steinlé-Feuerbach, « La responsabilité pénale des maires en cas de catastrophe (au regard des procès de Bruz et de Barbotan) ou la fausse nouveauté de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 », *JCP G* 1997, I, 4057.

civile justifie l'obligation de réparer le préjudice causé tandis que la faute pénale justifie que la société sévisse contre ceux qui ont porté atteinte à ses valeurs »⁵. Dans l'esprit du législateur il importait d'éviter que le juge répressif reconnaisse, au détriment du prévenu, « une poussière de faute », afin de pouvoir indemniser la victime ; il s'agissait également d'inciter les victimes à choisir les juridictions civiles pour obtenir la réparation de leur préjudice dans l'hypothèse d'une imprudence légère de la part de l'auteur médiat.

La loi de 2000 a imposé l'abandon du principe d'unité des fautes civile et pénale d'imprudence en introduisant dans le Code de procédure pénale un article 4-1 aux termes duquel « *l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil – maintenant art. 1241 – si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452 -1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est retenue* »⁶. Elle a mis ainsi fin à une jurisprudence, constante depuis 1912, identifiant la faute civile et la faute pénale d'imprudence.

Cette réforme a aussi modifié en conséquence la lettre de l'article 470-1 du Code de procédure pénale adaptant la version du premier alinéa datant de la loi de 13 mai 1996. Désormais : « *Le tribunal saisi, à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction, de poursuites exercées pour une infraction non intentionnelle au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 du code pénal, et qui prononce une relaxe demeure compétent, sur la demande de la partie civile ou de son assureur formulée avant la clôture des débats, pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite* ». Il convient de souligner que les modifications apportées à la version d'origine⁷ offrant au demandeur une option de compétence ne sont que de pure forme.

B) Les premières décisions relatives à la dualité des fautes après la loi du 10 juillet 2000

Loi pénale plus douce, celle du 10 juillet 2000 était d'application immédiate aux faits non définitivement jugés lors de son entrée en vigueur. Elle profitait dès lors au prévenu sans que, pour autant, la victime puisse déjà demander l'application de l'article 4-1 du Code de procédure pénale. Tant les juges du fond que la Cour de cassation n'hésitèrent pas, en paraphrasant les termes de cet article, à appliquer par anticipation cette règle de procédure. Il en a été ainsi dès la rentrée judiciaire de l'année 2000 pour une affaire dont le tribunal correctionnel de la Rochelle eu à connaître au mois de septembre. Suite au décès d'un adolescent écrasé par une cage de but mobile, le maire de la commune était poursuivi pour n'avoir pas respecté des consignes réglementaires de sécurité. Le tribunal, très attentif à « *ne pas trahir la volonté du législateur* », avait relaxé l'édile et, après avoir cité l'article 470-1 du Code de procédure pénale, s'était prononcé sur les intérêts civils en se fondant sur la responsabilité pour faute de l'article 1383 du Code civil bien que le prévenu ait été renvoyé des fins de poursuites. Selon le tribunal « *la faute civile de négligence commise par B.D. implique qu'il soit statué sur les demandes des parties civiles, la mort du jeune D. découlant de*

⁵ Compte rendu analytique officiel, n° 49 col. 3.

⁶ P. Jourdain, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », RSC 2001, p. 748.

⁷ Loi n° 83-608 du 8 juillet 1983.

cette faute »⁸. La relaxe a été confirmée par la cour d'appel de Poitiers qui s'était cependant déclarée incompétente pour statuer sur les conséquences de la faute civile du maire, avait renvoyé les parents de la victime devant la juridiction administrative⁹. C'est en vain qu'ils ont ensuite soutenu devant la chambre criminelle que l'article 470-1 du Code de procédure pénale permettait à la juridiction pénale de statuer elle-même sur la réparation du dommage causé par un agent public¹⁰.

Le 26 juin 2001, la cour d'appel de Pau était saisie d'un accident ayant eu lieu dans une entreprise, un salarié étant mort étouffé après avoir actionné la descente d'une machine destinée à la salaison¹¹. Auteur indirect du dommage, l'employeur fut relaxé mais la cour retint une faute civile du fait qu'il n'avait pas opéré de modification sur cette machine : « *en application de la loi du 10 juillet 2000, prévoyant la distinction entre la faute pénale et la faute civile, une faute de nature civile, peut-être retenue à l'encontre d'un chef d'entreprise malgré la relaxe dont il a fait l'objet* ». Pour le professeur Yves Mayaud, « *l'affirmation est d'autant plus pertinente qu'elle recoupe une hypothèse flagrante de dépenalisation* »¹².

Non tenu par la lettre de l'article 4-1 du Code de procédure pénale, ce courant jurisprudentiel favorable aux victimes ne se limita pas à la faute délictuelle de l'article 1383 du Code civil mais engloba aussi celle requise par l'article 1384, alinéa 2, de ce code (maintenant 1242, alinéa 2) relatif à la communication d'incendie¹³ pour des faits antérieurs à la loi du 10 juillet 2000 dans une espèce où l'auteur de l'incendie initial, poursuivi du chef du délit d'incendie involontaire avait été relaxé¹⁴. La deuxième chambre civile, pour casser l'arrêt d'appel qui avait rejeté les demandes en indemnisation devant le juge civil du propriétaire de l'immeuble voisin et de son assureur n'avait pas, par anticipation, utilisé la formule de l'article 4-1 du Code de procédure pénale mais avait énoncé de manière quelque peu alambiquée que l'article 322-5 du Code pénal « *n'incrimine la destruction involontaire d'un bien par un incendie que dans la mesure où celui-ci a été provoqué par un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement et que toute autre faute résultant d'une maladresse, imprudence, inattention ou négligence est susceptible d'engager la responsabilité du gardien de la chose dans laquelle l'incendie a pris naissance* ».

Il en a été de même en ce qui concerne la faute inexcusable de l'employeur pour un accident du travail survenu en 1993¹⁵.

L'attention de la doctrine a été particulièrement attirée par un arrêt de la première chambre civile en date du 30 janvier 2001, lequel fut rendu au visa non seulement de l'article 1383 mais encore à celui de l'article 1147 du même code, alors relatif à la responsabilité contractuelle,

⁸ R. de Castelnaud, « Loi du 10 juillet 2000 et pénalisation de la gestion publique. Trompe l'œil ou réelle avancée ? », *Droit administratif*, octobre 2000, p. 15 ; F. Rault, « Premières applications de la loi Fauchon : entre espoirs et déceptions », *La Gazette des communes, départements, régions*, 16 octobre 2000, p. 61 ; M.-F. Steinlé-Feuerbach, « Cage de foot meurtrière : pas de faute pénale mais faute civile – comm. trib. corr. La Rochelle, 7 sept. 2000, *JAC* n° 8, novembre 2000.

⁹ M.-F. Steinlé-Feuerbach, « Adolescent tué par une cage de but mobile : la cour d'appel confirme la relaxe du maire mais renvoie au tribunal administratif pour les intérêts civils – comm. CA Poitiers, 2 février 2001 », *JAC* n° 14, mai 2001.

¹⁰ M.-F. Steinlé-Feuerbach, (« Adolescent tué par une cage de but mobile : la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers – comm. Crim. 7 juin 2002 : Bull. n° 127 », *JAC* n° 27, juillet 2002.

¹¹ *JCP G* 2002, IV, 1613.

¹² Y. Mayaud, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz Référence, janvier 2003, p. 159, n° 51.184.

¹³ Cass. civ. 2^e, 7 mai 2003, n° 01-13.790, P. Jourdain, « Faute civile et faute pénale : la position ambiguë de la deuxième Chambre civile », *D.* 2004. 1343.

¹⁴ C. pén., art. 322-5.

¹⁵ Cass. civ. 2^e, 16 septembre 2003, n° 01-16.715, P. Bonfils, « Consécration de la dualité des fautes civiles et pénales » : *D.* 2004. 721.

ainsi qu'à celui de l'article 1351 concernant l'autorité de la chose jugée¹⁶. Cet arrêt a trait à un accident d'hélicoptère survenu en juillet 1994, lors du vol retour de l'appareil après le reportage aérien d'une manifestation nautique. Le pilote, par ailleurs gérant d'une société qui organisait des vols en hélicoptère, avait gracieusement gardé à son bord l'organisateur de la manifestation et emmené deux autres personnes. Voulant s'approcher d'un voilier, il avait sectionné le hauban de celui-ci avec les pales de l'hélicoptère. Déséquilibré, l'appareil s'était écrasé en mer causant la mort de deux des passagers et occasionnant des blessures à l'organisateur.

Ayant fait l'objet de poursuites pénales, le pilote avait été relaxé, la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Rennes estimant qu'aucune faute constitutive du délit d'homicide involontaire et de blessures involontaires n'était établie à son encontre. Le passager survivant blessé avait alors assigné le pilote et la société devant les juridictions civiles, il avait été débouté en appel le 24 septembre 2009 car la Cour, au nom du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal, avait refusé de reconnaître l'existence d'une faute civile suite à la relaxe dont avait bénéficié les prévenus. La première chambre civile casse et renvoie : « *Attendu que pour écarter la responsabilité de M.J. au sens de l'article 1383 du Code civil, l'arrêt attaqué retient que la faute civile imputée à M.J. est de nature identique à la faute pénale qui sous-tend la prévention sous laquelle il a comparu a été relaxé, et que le juge civil est tenu de respecter l'autorité de la chose jugée au pénal ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Ainsi que le soulignent Frédéric Desportes et Francis Le Guehec « *cet arrêt fondamental ne doit rien à l'article 4-1 CPP, sinon peut-être son inspiration (...) il pose en réalité un principe général d'autonomie du juge civil, autorisant celui-ci à retenir une faute civile, même lorsque la relaxe est intervenue au pénal dans un cas où (...) seule une faute pénale ordinaire était requise* »¹⁷. Il libère clairement la faute civile du carcan de la faute pénale en rompant avec le principe de l'unité de ces deux fautes, anticipant ainsi l'application de l'article 4-1 du Code de procédure pénale¹⁸.

Au-delà du revirement jurisprudentiel souligné par la doctrine, le fait que cet arrêt a été cité à deux reprises lors de l'audience du 10 mars nous conduit à vérifier si la demande en réparation aurait pu être soumise au juge pénal précédemment saisi. Cette vérification nous impose un léger détour par le droit des transports, plus particulièrement par le droit conventionnel¹⁹. Le champ d'application de la convention de Varsovie, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée le 12 octobre 1929 et entrée en vigueur le 13 février 1933, avait été étendu en France au transport interne par la loi du 2 mars 1957. La responsabilité du transporteur aérien est donc régie par l'article 17 de cette convention aux termes duquel « *Le transporteur est responsable du dommage intervenu en cas de mort, de blessure, ou de toute autre lésion corporelle subie par un voyageur lorsque l'accident qui a causé le dommage s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement* »²⁰. En cas de transport gratuit, ce qui est bien le cas dans cette affaire s'agissant du vol-retour, l'article L. 322-3 du Code de l'aviation civile prévoit que « *sauf stipulations conventionnelles contraires, la responsabilité du*

¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 30 janvier 2001, n° 98-14.368, *Bull.* 2001 I, n° 19 p. 11, *RTD Civ.* 2001 p. 376, comm. P. Jourdain, *D.* 2002. 1320, obs. P. Delebecque, *RSC* 2001, p. 613, obs. A. Giudicelli.

¹⁷ F. Desportes et F. Le Genehec, *Droit pénal général*, Economica 15^e éd, 2008, n° 498-7.

¹⁸ Cf. P. Jourdain, « Autorité de la chose jugée au pénal et principe d'unité des fautes : la rupture est consommée entre faute civile et faute pénale, mais l'est-elle vraiment ? », *RTD Civ.* 2001, préc.

¹⁹ E. Desfougères, « Retour sur une décennie de droit des accidents de transport en pleine mutation », *JAC* n°100, janvier 2010 ; M.-F. Steinlé-Feuerbach, « Les trajectoires de l'obligation de sécurité du transporteur aérien de personnes », *Riseo* 2010-2, p. 5.

²⁰ C. aviation civ. art. L. 322-3 devenu C. transp. art. L. 6421-4. Cf. E. Desfougères, « L'émergence d'un véritable Code des Transports : un premier sentiment de satisfaction inachevée », *JAC* n° 109, décembre 2010.

transporteur effectuant un transport gratuit ne sera engagée (...) que s'il est établi que le dommage a pour cause une faute imputable au transporteur ou à ses préposés ». Le passager blessé avait bien fondé sa demande sur des dispositions du Code de l'aviation civile ainsi que sur l'article 17 de la convention de Varsovie mais également, et en premier lieu, sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Pour Philippe Delebecque, on comprend que la victime ait voulu écarter le droit du transport et se placer sur le seul terrain du droit de la responsabilité civile car « *de cette manière, point de compétences spéciales et point de limitation de responsabilités* »²¹. La première chambre civile, tout en retenant l'existence d'un contrat de transport gratuit, se réfère dans son visa pêle-mêle à des textes relatifs à la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle et à l'autorité de la chose jugée. Par cette formule embarrassée, non seulement elle étend la distinction entre la faute civile et la faute pénale à la responsabilité contractuelle, qui aurait pu être engagée si l'accident avait eu lieu à l'aller, mais également à celle du droit conventionnel applicable au vol du retour, tout en éludant toute interrogation quant à la compétence matérielle du juge répressif.

Sans nous pencher ici plus avant sur le problème complexe de l'application du droit conventionnel à un accident survenu lors du trajet de retour d'un reportage aérien²², précisons simplement que la victime d'un accident aérien soumis au droit conventionnel ne peut pas demander au juge pénal de statuer sur la réparation de son préjudice. En effet, selon une jurisprudence -hélas- constante depuis un arrêt de la chambre criminelle de 1966²³ les juridictions répressives ne sont pas compétentes pour condamner les transporteurs aériens à indemniser les passagers et leurs ayants droit car « *l'ordre public répressif commanderait que les dispositions de la Convention qui régissent l'action contractuelle de la victime ou de ses proches soient étrangères à l'exercice de l'action civile devant le juge répressif* »²⁴.

S'il ne fait pas de doute que l'arrêt du 30 janvier 2001 autorise le juge civil à retenir une faute civile malgré la relaxe prononcée par le juge pénal, il convient toutefois de souligner que la partie civile n'aurait guère dû pouvoir en l'espèce, malgré la faculté offerte par l'article 470-1 du Code de procédure pénale, proroger la compétence du juge pénal pour statuer en cas de relaxe sur ses demandes en réparation dès lors que ce dernier n'est pas compétent pour accueillir une telle demande.

L'hypothèse soumise à l'Assemblée plénière est en revanche celle de la partie civile qui n'a pas saisi le juge pénal, pourtant compétent, de sa demande indemnitaire.

II) La portée de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : les limites à la jurisprudence « Cesareo » posées par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 14 avril 2023

Lors de l'audience du 14 avril 2023 a été évoquée à plusieurs reprises un arrêt d'Assemblée plénière dit « Cesareo » imposant au demandeur la « concentration des moyens » dès la première instance afin que soit respecté le principe de l'autorité de la chose jugée. Aux termes de l'article 1351 du Code civil, devenu depuis l'ordonnance du 10 février 2016 l'article 1355 du Code civil : « *L'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du*

²¹ P. Delebecque, « Transport aérien : le transport gratuit n'échappe pas au droit conventionnel », *D.* 2002. 1320.

²² P. Delebecque, obs. ss. Civ. 1^{ère}, 30 janvier 2001, préc. ; Civ. 1^{ère} 2 avril 2021 n°19-21.842, comm. P. Dupont et G. Poissonnier : *La lettre juridique*, 27 mai 2021, n°866 ; comm. L. Bloch, *RCA* n° 7-8, juillet 2021.

²³ Cass. crim., 17 mai 1966, *JCP* 1966, II, 14703, obs. M. de Juglart ; *D.* 1966, 518, note de P. Chauveau ; M.-F. Steinlé-Feuerbach, note ss. Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg (5^{ème} chambre, siégeant en matière correctionnelle), 29 janvier 2013 », *RFDA* 2013, p. 315.

²⁴ Cf. M. de Juglart, *JCP* 1966, II, 14703, préc.

jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». Ainsi, « *la fin de non-recevoir que constitue l'autorité de chose jugée et donc, la présence d'une précédente décision de justice, ne peut être opposée qu'à la triple condition de l'identité des parties, d'objet et de cause* »²⁵.

Cependant, si l'arrêt du 14 avril 2023 concerne bien l'autorité de la chose jugée, il se prononce plus précisément sur l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, autorité remise en cause par la loi de 2000 comme nous l'avons vu précédemment. En 2001, Patrice Jourdain expliquait que « *pour comprendre ce que la loi (de 2000) change en droit civil, il faut rappeler le principe d'autorité absolue de la chose jugée au pénal, qui n'est lui-même qu'un aspect de la primauté du criminel sur le civil et qui impose au juge civil le respect des décisions pénales. Par "décision", on entend le dispositif mais aussi les motifs qui en sont le "soutien nécessaire", notamment les énonciations relatives à la faute pénale : elles ont autorité au civil si la responsabilité civile est fondée sur une faute civile semblable à la faute pénale* »²⁶.

S'agissant des contentieux relatifs à l'indemnisation de la partie civile en cas de relaxe du prévenu, cette partie dispose de la faculté qui lui est offerte par l'article 470-1 du Code de procédure pénale de proroger la compétence du juge pénal pour statuer en cas de relaxe sur les demandes en réparation. Si elle choisit alors de ne pas exercer la faculté que lui offre cette disposition, peut-elle se le voir ensuite reprocher devant le juge civil saisi en second au motif que l'autorité de la chose jugée, dont se déduit le principe de concentration des moyens, lui interdit d'agir²⁷ ?

L'arrêt « *Cesareo* », célèbre pour les spécialistes de procédure civile, fait-il obstacle à la recevabilité devant le juge civil de la demande indemnitaire non effectuée devant le juge pénal sur le fondement de l'article 470-1 du Code de procédure pénale ? La réponse apportée à cette question par l'arrêt du 14 avril 2023 est négative. Dès lors, si le principe prétorien de la concentration des moyens a été imposé par l'arrêt « *Cesareo* » **(A)**, le périmètre de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil est lui clairement délimité par ce nouvel arrêt de l'Assemblée plénière **(B)**.

A) La jurisprudence « Cesareo » et l'obligation de concentration des moyens

Par cet arrêt du 7 juillet 2006, l'Assemblée plénière donnait raison à la cour d'appel qui avait accueilli la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement rejetant la première demande en paiement d'une créance²⁸.

Le litige opposait deux frères héritiers de leur père défunt, le demandeur prétendant avoir travaillé sans rémunération au service de celui-ci avait d'abord fondé sa demande en remboursement sur le droit rural, puis, ayant été débouté car ce droit n'était pas applicable en l'espèce, avait à nouveau assigné son frère, cette fois sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Il y avait bien identité des parties et identité d'objet, mais y avait-il identité des causes ? L'auteur du pourvoi avançait qu'il n'y a identité de cause que si les demandes

²⁵ Y. Strickler et A. Varnek, *Procédure civile*, Bruyland 13^e éd. 2023, n° 471.

²⁶ P. Jourdain, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », préc.

²⁷ Cf. la plaidoirie de Me Ortscheidt, avocat des parties civiles, lors de l'audience du 14 avril 2023.

²⁸ Cass. Ass. plén. 7 juillet 2006, n° 04-10.672, P+B+R+J, *Gilbert Cesareo c. René Cesareo*, D. 2006, 2135, note L. Weiller ; JCP 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *RTD Civ.* 2006 p. 835, obs. R. Perrot ; *RSC* 2008 p.109, obs. A. Giudicelli ; N. Fricero, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée » in *Mélanges Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, n° 12.

successives sont fondées sur le même texte ou le même principe or les fondements de la demande n'étaient eux pas identiques. Cela n'avait pas été la position de l'Assemblée plénière qui avait alors nettement affirmé que l'identité de cause ne pouvait être contestée : *« comme la demande originaire, la demande dont elle était saisie, formée entre les mêmes parties, tendait à obtenir paiement d'une somme d'argent à titre de rémunération d'un travail prétendument effectué sans contrepartie financière, la cour d'appel en a exactement déduit que Gilbert Y... ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation »*.

C'est un peu plus haut dans la décision que se trouve la leçon donnée au plaideur par la haute juridiction : *« il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »* ce qui se traduit par l'élégante mais un peu mystérieuse formule de *« la concentration des moyens »*. Par cette décision, opérant *« une lecture tout à fait nouvelle de l'article 1351 du code civil (...) la Cour de cassation impose donc au demandeur un effort de concentration des moyens et ce, dès la première instance. Les parties devront procéder à une vérification systématique des moyens à leur disposition pour éviter le piège de l'irrecevabilité fondée sur la chose jugée »*²⁹. Au-delà même du regret de la disparition de la cause absorbé par l'objet³⁰, l'accueil doctrinal ne fut guère enthousiaste. Dans une formule lapidaire Roger Perrot constatait que *« de cette épreuve judiciaire, la relativité de la chose jugée sort sérieusement cabossée »*³¹, pour Georges Wiederkehr, *« on ne doute pas que la véritable explication de l'arrêt de l'assemblée plénière se trouve dans la volonté d'empêcher la multiplication des instances autour d'une même affaire. Mais, outre les difficultés de mise en œuvre de la solution, celle-ci aboutit à priver de tout sens la notion même d'autorité de chose jugée »*³². Du côté des praticiens, c'est un peu la désolation : *« le résultat pratique qui nous intéresse revient à obliger l'avocat à invoquer dès le premier procès tous les fondements juridiques possibles de sa prétention ; car s'il fait un choix qui ne soit pas le bon, il n'y aura pas de repentir possible. Les conclusions se présenteront donc, par prudence, comme une poupée gigogne empilant tous les fondements juridiques possibles, y compris les plus farfelus (on ne sait jamais !). L'évitement d'un procès futur, très éventuel, aboutira à charger le procès présent. Pour l'avocat, ce sera un surcroît de recherche et d'imagination, et de responsabilité, sans bénéfice immédiat pour le juge »*³³. Il convient de souligner que *« ce principe de principe de concentration des moyens est resté prétorien et n'a été consacré par aucun texte du code de procédure civile »*³⁴.

En 2019, le constat est sévère : *« Avec le recul, il semble bien que le principe de concentration des moyens ne présente que des inconvénients. La mise en œuvre du principe a eu pour effet d'accroître le contentieux lié aux conditions de l'autorité de chose jugée et les incertitudes techniques sur les notions d'objet, de cause et de moyens ne permettent pas d'assurer la*

²⁹ Y. Strickler et A. Varnek, *Procédure civile*, loc. cit.

³⁰ Pour une analyse approfondie des concepts d'objet et de cause, Cf. *Procédure civile et procédure pénale : Unité ou diversité ?* ss. la dir. de S. Amrani-Mekki, Bruylant, Collection Procédure, 2014, et plus particulièrement Y. Strickler « La notion d'objet et de cause en procédure civile », pp. 91 à 97, et C. Ginestet, « La notion d'objet et de cause en procédure pénale », pp. 98 à 104.

³¹ R. Perrot, *RTD Civ.* 2006 p. 835, préc.

³² G. Wiederkehr, *JCP* 2007, II, 10070, préc.

³³ R. Martin, « Les détournements de la procédure », *RTD Civ.* 2007 p.723.

³⁴ N. Fricero et C. Viennot, « Procédure et administration de la justice – Double regard », in *Procédure civile et procédure pénale : Unité ou diversité ? op. cit.* p. 109.

prévisibilité de la jurisprudence (...) Les concepteurs de la jurisprudence Cesareo se sont probablement trompés deux fois. À l'obsession de la loyauté, ils ont ajouté l'illusion de l'efficacité »³⁵.

Parmi les arrêts relatifs à la concentration des moyens nous retiendrons en particulier ceux concernant des actions en indemnisation visant à la réparation des dommages résultant de faits ayant fondé des poursuites pour infractions non intentionnelles, le prévenu ayant été relaxé.

En 2007, dans le sillage de l'arrêt « Cesareo », la deuxième chambre civile oppose aux demandeurs une fin de non-recevoir en vertu du principe de la concentration des moyens³⁶. Une patiente, victime d'une infection à la suite d'une lipo-extraction de graisse avait, ainsi que son époux, déposé plainte avec constitution de partie civile contre le médecin ayant pratiqué l'intervention. En première instance, le médecin fut relaxé et les dommages-intérêts refusés. Après s'être désistés de leur appel, les époux portèrent leur demande en réparation devant une juridiction civile sur le fondement de la responsabilité contractuelle. La deuxième chambre civile cassa l'arrêt d'appel ayant accueilli la demande au motif que ce fondement aurait déjà pu être évoqué lors de leur demande en réparation devant le juge pénal. Roger Perrot, en commentant cet arrêt, ne manque pas de relever que « *la décision dont l'autorité était invoquée n'émanait donc pas d'une juridiction civile, mais d'une juridiction répressive* » avant de poser une question : « *devant la juridiction répressive, les époux demandeurs avaient-ils la possibilité d'invoquer la faute contractuelle du médecin poursuivi, malgré sa relaxe pour blessures involontaires ?* » La réponse à cette question est positive³⁷.

Il importe de souligner que dans cette espèce une demande en réparation avait déjà été effectuée en première instance devant le juge pénal ce qui implique l'application du récent principe prétorien de la concentration des moyens faisait obstacle à une seconde demande, cette fois devant le juge civil, et que la Cour de cassation précise bien « *qu'une juridiction pénale avait, par une décision devenue irrévocable, débouté les parties civiles de leur demande fondée sur la responsabilité délictuelle et tendant à la même indemnisation* ».

La situation n'est pas la même lorsque la partie civile exerce uniquement son action vindicative devant le juge pénal sans lui demander réparation. Il en est notamment ainsi lorsque le juge pénal n'est pas compétent pour se prononcer sur les intérêts civils ou encore lorsque la partie civile a déjà été intégralement indemnisée, notamment par la solidarité nationale dans l'hypothèse d'un sinistre sanitaire sériel ou par le biais d'une convention d'indemnisation en cas d'accident collectif³⁸. Cette situation peut aussi résulter d'un choix des demandeurs, d'un oubli de leur part ou d'une maladresse de leur avocat.

Qu'en est-il lorsque la partie civile, qui aurait pu valablement effectuer cette demande devant les juridictions répressives s'abstient de le faire ? Nous voilà au cœur du débat auquel l'Assemblée plénière a solennellement mis fin par son arrêt du 14 avril dernier.

³⁵ X. Lagarde, « Abandonner la jurisprudence Cesareo ? », *D.* 2019, p. 1462 ; pour l'approbation de cette opinion, F. Rouvière, *RTD Civ.* 219, p. 985.

³⁶ Cass. civ. 2^e, 25 octobre 2007, n° 06-19.524, *RTD Civ.* 2008 p. 159, obs. R. Perrot ; J.-M. Sommer et C. Nicoletis, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008. 2995.

³⁷ Cass. civ. 1^{ère} 30 janvier 2001, préc., I. L'affaire de l'hélicoptère.

³⁸ *La judiciarisation des grandes catastrophes - Approche comparée du recours à la justice pour la gestion des grandes catastrophes (de types accidents aériens ou ferroviaires)*, ss. la dir. de M.-F. Steinlé-Feuerbach et C. Lacroix, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, mai 2015, pp. 14 et s.

B) Le périmètre de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil

En 2018, la deuxième chambre civile a rendu deux arrêts libérant de la jurisprudence « *Cesareo* » les parties civiles qui n'avaient pas usé de la faculté qui leur est offerte par l'article 440-1 du Code de procédure pénale de proroger la compétence du juge pénal pour statuer en cas de relaxe sur les demandes en réparation. Dans la première espèce³⁹, un mineur avait été condamné en 2011 du chef de fabrication non autorisée d'engin explosif incendiaire ou de produit toxique mais relaxé du chef de blessures involontaires, la caisse primaire d'assurance maladie qui avait indemnisé la victime fut déboutée de son intervention volontaire aux fins de condamnation pécuniaire. En 2013, la caisse assigna l'auteur et ses parents devant un tribunal de grande instance pour obtenir le remboursement des débours, la cour d'appel de Dijon débouta la caisse au motif « *qu'en s'abstenant, de se prévaloir de l'article 470-1, dont les dispositions étaient applicables à la procédure litigieuse, la caisse a méconnu le principe de concentration des moyens qui lui faisait obligation de soumettre à la juridiction saisie de la première demande tous les moyens tirés des règles du droit civil propres à permettre la réparation de son préjudice et que, dès lors, la demande que la caisse a formée devant le tribunal de grande instance, qui tend aux mêmes fins d'indemnisation, et qui est formée à l'encontre de la même partie en mêmes qualités, est irrecevable comme se heurtant à l'autorité de la chose jugée* ». Par un arrêt de principe, la Cour de cassation énonça que « *le principe de la concentration des moyens ne s'étend pas à la simple faculté que la partie civile tire de l'article 470-1 du Code de procédure pénale de présenter au juge pénal une demande visant à obtenir, selon les règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits ayant fondé la poursuite ; que, dès lors, la circonstance que la partie civile n'ait pas usé de cette faculté ne rend pas irrecevables comme méconnaissant l'autorité de la chose jugée les demandes de réparation des mêmes dommages présentées par elle devant le juge civil* ».

La seconde espèce⁴⁰, prémonitoire de l'arrêt du 6 juin 2019 à l'origine de la « rébellion », concerne un accident de la circulation. L'auteur de l'accident a été relaxé des fins de la poursuite pour homicide involontaire par le tribunal correctionnel qui a débouté les proches de la victime de leurs demandes d'indemnisation, ceux-ci ont ensuite saisi le tribunal de grande instance d'une demande de réparation de leur préjudice qui leur a été refusée. L'arrêt d'appel « *retient que les notes d'audience devant le tribunal correctionnel révèlent qu'ils n'ont pas demandé le bénéfice des dispositions de l'article 470-1 du code de procédure pénale permettant à la juridiction pénale, en cas de relaxe pour des faits d'infraction non intentionnelle, d'accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui avaient fondé la poursuite et que le jugement du tribunal correctionnel qui les a déboutés de leurs demandes du fait de la relaxe prononcée étant devenu définitif, leur nouvelle demande formée devant la juridiction civile, qui vise à indemniser le même préjudice, se heurte à l'autorité de la chose déjà jugée* ». Cet arrêt est cassé car, comme dans l'espèce précédente, « *la circonstance que la partie civile n'ait pas usé de cette faculté (celle qui lui est offerte par l'article 410-1 du Code de procédure pénale) ne rend pas irrecevables comme méconnaissant l'autorité de la chose jugée les demandes de réparation des mêmes dommages présentées par elle devant le juge civil* ».

³⁹ Cass. civ. 2^e, 15 novembre 2018, n° 17-18.656, *Gaz. Pal* 15 janvier 2019, n° 02, p. 26, obs. Z. Jacquemin et 8 octobre 2019, n° 34, p. 57, note L. Priou-Alibert.

⁴⁰ Cass. civ. 2^e, 6 décembre 2018, n° 17-27.086.

En commentant les deux arrêts dans la revue Procédures, Agnès Cerf et Thierry Le Bars titrent sur un revirement de jurisprudence - par rapport à l'arrêt du 25 octobre 2007⁴¹. S'il convient de se réjouir de l'affirmation renouvelée de la possibilité offerte aux demandeurs de saisir le juge civil alors qu'elles n'avaient pas initialement porté cette demande devant le juge pénal, peut-être faudrait-il un peu nuancer l'importance de ce revirement. En effet, les deux affaires ne sont pas comparables du point de vue de la procédure pénale. Dans l'arrêt du 25 octobre 2007⁴² les parties civiles avaient déjà effectué une première demande en réparation devant le juge pénal, ce qui n'est nullement le cas dans les deux arrêts de 2018, et ne l'est pas davantage dans celui du 6 juin 2019 qui a conduit à l'arrêt emblématique rendu le 14 avril 2023 par l'Assemblée plénière.

Lors de l'audience dont l'issue ne faisait aucun doute, sous l'œil de la caméra, Me Jérôme Ortscheidt, avocat des proches du sapeur-pompier décédé, se livre à une brillante plaidoirie d'une logique imparable dont nous retraçons ici les grandes lignes.

Outre le rappel des précédents jurisprudentiels, Me Ortscheidt, insiste sur la différence fondamentale qui existe entre l'action civile et l'action en responsabilité civile. Il construit sa plaidoirie autour des concepts d'autorité positive et d'autorité négative de la chose jugée. L'autorité de chose jugée du pénal sur le civil s'impose en ce qui a été certainement jugé par le juge pénal, c'est l'autorité positive. L'autorité négative s'oppose, elle, à ce qu'une même demande puisse donner lieu à des procès successifs. Mais le juge pénal et le juge civil ne statuent pas sur le même objet. La décision de relaxe n'est assortie d'aucune autorité négative et ce serait vider l'article 470-1 de sens que d'interdire à la victime une action devant le juge civil.

L'article 4-1 du Code de procédure pénale n'évince pas l'autorité positive sur la qualification de l'infraction, dès lors la relaxe ne peut être assortie de l'autorité négative faisant obstacle à l'action en responsabilité civile.

Par ailleurs, l'article 418 alinéa 3 du même code utilise le terme « peut »⁴³, il n'y a donc aucune obligation pour la partie civile de demander des dommages-intérêts, son action pouvant être purement vindicative. A défaut, l'article 470-1 deviendrait obligatoire ce qui n'a pas été le choix du législateur. La négation de l'option de compétence rendrait la situation de la victime d'une infraction involontaire moins favorable que celle d'une infraction volontaire.

C'est par le biais d'une comparaison entre la jurisprudence terrestre et la jurisprudence maritime que Me Boré, avocat de la société MMA IARD assurances mutuelles, assureur du conducteur auteur de l'accident, dénonce quant à lui l'insécurité des jurisprudences fluctuantes. Il plaide la cause du défendeur qui a le droit de ne pas se trouver face à des procès à répétition. L'avocat demande à maintenir la jurisprudence de l'Assemblée plénière en invoquant la stabilité et la loyauté procédurales. Pour lui, les exceptions aux principes sont comme une fissure dans les murs, au départ c'est tout petit, mais à la longue, cela peut menacer la stabilité de l'édifice. Me Boré revient à la loi de 1985 pour rappeler que Robert Badinter était d'abord pénaliste et savait que le juge avait tendance à retenir des poussières de faute pour indemniser la victime. Admettre une seconde demande serait, selon lui, fragiliser la jurisprudence *Cesareo*.

⁴¹ A. Cerf et T. Le Bars, « Relaxe du chef d'une infraction non intentionnelle et autorité de chose jugée sur les intérêts civils : revirement de jurisprudence », *Procédures*, n° 2, février 2019, p. 13.

⁴² n° 06-19.524, préc. II. A.

⁴³ « La partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé ».

Cette plaidoirie très imagée n'a pas convaincu l'Assemblée plénière qui a donné une solution identique à celle de l'arrêt du 6 juin 2019, avec cependant une rédaction plus explicite et pédagogique⁴⁴.

En précisant bien que les proches de la victime n'avaient pas sollicité, en application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale, qu'il soit statué sur le fondement des dispositions de la loi du 5 juillet 1985 devant la chambre des affaires correctionnelles, l'Assemblée plénière développe les règles :

- *lorsque la partie civile sollicite du juge pénal qu'il se prononce selon les règles du droit civil, elle doit présenter l'ensemble des moyens qu'elle estime de nature à fonder ses demandes, de sorte qu'elle ne peut saisir le juge civil des mêmes demandes, fussent-elles fondées sur d'autres moyens,*
- *en revanche, lorsque la partie civile n'a pas usé de la faculté qui lui est ouverte par l'article 470-1 du Code de procédure pénale, elle ne peut être privée de la possibilité de présenter ses demandes de réparation devant le juge civil. L'interprétation contraire aboutirait à priver d'effet l'option de compétence qui lui est ouverte par la loi n° 83-608 du 8 juillet 1983 dans le but de garantir le droit effectif de toute victime d'infraction d'obtenir l'indemnisation de son préjudice.*

En conséquence, l'Assemblée plénière casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 janvier 2021 par la cour d'appel de Bordeaux et renvoie les parties devant la cour d'appel de Rouen.

Cet arrêt, qui s'inscrit dans la continuité des arrêts rendus précédemment par la deuxième chambre civile, ne met donc nullement fin à la jurisprudence *Cesareo* et au principe prétorien de la concentration des moyens, il ne fait que donner aux juges du fond les clés de l'interprétation qu'il convient d'en faire en cas d'infraction involontaire. Nous ne pouvons que conseiller aux avocats de parties civiles de bien assimiler la distinction entre l'autorité positive et l'autorité négative de la chose jugée.

⁴⁴ Pour une analyse détaillée de l'arrêt sous l'angle rédactionnel cf. M. Barba, *D. actu.* 17 mai 2023, préc.

De la durabilité d'une stratégie industrielle : les leçons des débuts de l'électronucléaire français

Anne MARCHAIS-ROUBELAT,

Maître de conférences HDR en sciences de gestion au CNAM, membre du LIRSA

Résumé : L'histoire des tout débuts de l'électronucléaire en France fournit un éclairage critique aux débats actuels sur la durabilité de l'énergie nucléaire. D'abord considérée comme une innovation souhaitable dans un univers de forte croissance des besoins énergétiques et de recherche d'indépendance sur la scène internationale, elle fait l'objet de négociations entre le CEA chargé du nucléaire, y compris dans sa dimension militaire, et EDF qui doit produire de l'énergie pour faire face aux besoins croissants du pays. Les objectifs des deux acteurs conduisent à des tensions à partir des années 1950, jusqu'au changement de filière. L'engagement dans l'action de décideurs comme Pierre Ailleret qui doivent obtenir des résultats sous contraintes fortes et dans un univers imprévisible a joué un rôle stratégique dans cette évolution. Aujourd'hui, le parc nucléaire au centre des débats est largement issu des choix effectués à l'époque dans des circonstances radicalement différentes, ce qui incite à intégrer le rôle du temps dans l'évaluation des stratégies industrielles en matière d'énergie.

Mots clés : électronucléaire, durabilité, innovation, histoire, stratégie.

Abstract: *The history of the very beginnings of nuclear power in France provides critical insight into current debates on the sustainability of nuclear energy. Initially considered as a desirable innovation in a world of strong growth in energy needs and the search for independence on the international scene. It is the subject of negotiations between the CEA in charge of nuclear energy, including in its military dimension, and EDF which must produce energy to meet the growing needs of the country. The objectives of the two actors lead to tensions from the 1950s, until the change of sector. The commitment to action of decision-makers like Pierre Ailleret who had to obtain results under strong constraints and in an unpredictable universe has played a strategic role in this evolution. Today, the nuclear fleet at the center of debates is largely the result of choices made at the time in radically different circumstances, prompting us to integrate the role of time in the evaluation of industrial energy strategies.*

Keywords: *nuclear power, sustainability, innovation, history, strategy.*

Le nucléaire est-il durable ? Les tensions autour du site de stockage des déchets à Bure, la crise autour de la centrale de Zaporijia en Ukraine, les débats autour de la fermeture de Fessenheim nous montrent une énergie qui pose question jusque dans sa fin de vie avec un démantèlement des premiers réacteurs qui semble sans fin. Outre le réacteur à eau lourde de Brennilis, unique en son genre en France, les vestiges des débuts de l'électronucléaire, comme les deux caissons des réacteurs Uranium naturel graphite gaz (UNGG) de Saint-Laurent-des-Eaux dans le Loir-et-Cher, reviennent ainsi régulièrement dans l'actualité pour des décennies encore. Pour contribuer à comprendre comment on en est arrivé là et vers où l'on va, je voudrais rappeler ici d'où l'on vient : c'est-à-dire de rien.

Qui se représente l'importance d'EDF et le poids que le nucléaire y joue aujourd'hui peut avoir de la peine à se l'imaginer à sa création. Dans un entretien de recherche en 1992, Pierre Ailleret rappelait : « *Au début, il y avait 4 Directeurs, alors qu'il y avait déjà environ 100 000 personnes à EDF. La répartition entre les 4 était facile* ». Dans cette structure très souple où la coordination entre les directeurs était très fluide, il n'y avait évidemment pas de production nucléaire. Il n'y avait pas non plus d'industriels capables de construire des centrales, et bien

sûr pas Framatome, qui ne sera constitué qu'en 1958 par le groupe Schneider en vue de la centrale de Chooz.

Lorsqu'EDF est créée en 1946, elle est chargée par la loi de nationalisation du 8 avril d'«étudier, réaliser et exploiter sous sa direction les moyens de production d'électricité». D'emblée Pierre Ailleret, qui sera pendant plus de dix ans directeur de la Direction des Etudes et Recherches, se met en quête des moyens alternatifs de production de l'électricité. Parmi tous les moyens qu'il cherche à développer la possibilité de produire de l'électricité d'origine nucléaire n'est pas à écarter, mais au début il ne sait pas si c'est possible techniquement, ni s'il sera possible d'atteindre une échelle de production industrielle. Or non seulement il faut répondre à la consommation du moment mais il faut aussi anticiper sur le temps long les besoins croissants de l'économie et de la société en reconstruction.

A l'époque, le nucléaire est perçu comme une alternative écologique porteuse d'espoir, notamment par contraste avec l'équipement hydraulique : B. Goldschmidt rappelle qu'en 1947, à l'occasion du barrage entraînant la disparition sous l'eau du village de Tignes, Frédéric Joliot doit expliquer à la radio que l'énergie atomique est loin d'être prête à prendre le relais des sources conventionnelles.

L'électricité d'origine nucléaire est donc une innovation radicale de l'après deuxième guerre mondiale. A l'échelle du monde et de l'humanité, c'est à peine une respiration. A l'échelle de nos institutions, c'est par contre de l'histoire ancienne et il est difficile aujourd'hui d'imaginer les conditions et les choix de ce qui a été à la fois une aventure, une course contre la montre, un enjeu international, un espoir... C'est donc aux tous débuts de l'histoire de l'électronucléaire français jusqu'au changement de filière que je voudrais remonter pour mettre en exergue les grandes continuités et les grandes discontinuités des débats et des enjeux actuels avec ceux de l'univers radicalement différent dans lequel il est né. Je voudrais insister sur les débuts, quand le nucléaire est une énergie alternative aux énergies conventionnelles de l'époque et que le programme militaire et l'énergie civile s'associent, d'autant que la seconde s'est littéralement branchée sur le premier. Ce sera l'objet de la première partie de mon intervention, concentrée sur les dix premières années, caractérisées par l'incertitude face au nucléaire et par la création progressive de moyens au fil des intentions et des opportunités, qui conduit à une association entre le civil et le militaire. J'évoquerai ensuite la double évolution d'EDF et du CEA à partir de la moitié des années 50 qui conduira à la séparation de leurs destins avec le changement de filière en 1968, en insistant sur le regard d'un acteur, Pierre Ailleret, qui y a joué un rôle important (le nucléaire avait été surnommé à EDF « le joujou d'Ailleret »). Outre les ouvrages et les témoignages classiques dans le domaine, mon propos est en effet fondé sur des entretiens que j'avais eu la chance de faire au début des années 90 auprès des ingénieurs et des dirigeants qui avaient connu cette époque, ainsi que sur des archives qu'ils m'avaient confiées.

I) Un projet civil utopique branché sur un programme militaire en émergence

Notre univers actuel est caractérisé par l'importance des institutions et des normes, multipliant à la fois l'incertitude et les parties prenantes, tandis que la gestion de la conformité à ces normes diffuse une certaine notion de risque. L'univers des débuts de l'électronucléaire apparaît bien différent car il n'y a pas de structures préexistantes, il faut créer de toutes pièces des liens organisationnels et des procédures, dans un contexte d'incertitude majeure aussi bien technique que politique ou internationale, et où les risques ne sont pas nécessairement

là où l'on s'y attend. Cet univers, vide d'institutions et pourtant éminemment complexe et risqué, met en évidence l'importance du rôle qu'y jouent les hommes.

Les missions d'EDF et du CEA lors de leur création rendent compatible la production d'électricité et l'étude du nucléaire, mais ce sont les particularités de leur mise en relation entre 1951 et 1954 dans un univers très hésitant, puis le tournant militaire et le branchement d'EDF où l'on découvre qu'il est possible de produire de l'énergie d'origine nucléaire, qui expliquent leur association et ses tensions.

A) Les relations entre EDF et le CEA dans un univers hésitant

EDF n'est pas encore créée que le Général de Gaulle signe le 18 octobre 1945, deux mois après Hiroshima, l'ordonnance créant le Commissariat à l'Énergie Atomique (CEA), en précisant qu'il « *poursuit des recherches scientifiques et techniques en vue de l'utilisation de l'Énergie atomique dans les divers domaines de la science, de l'industrie et de la défense nationale ; [...] en général il prend toutes mesures utiles pour mettre la France en état de bénéficier du développement de cette branche de la science* ». Or, comme le rappelle en 1989 dans un colloque Yves Le Baut, ancien conseiller militaire de l'Administrateur général du Commissariat à l'énergie atomique et ancien Responsable des problèmes de planification et de programmation à la direction des affaires militaires (DAM) du CEA, « *En 1945, nous partions de rien ou de presque rien. Certes, début mai 1939, F. Joliot, H. Halban, L. Kowarski et F. Perrin avaient déposé un brevet secret ayant pour objet des perfectionnements aux charges explosives [...] mais la guerre était passée par là et il fallut plus de dix ans pour établir de bonnes bases de départ* ». (Le Baut, 1989, p.35) L'utilisation militaire n'était pas la seule envisageable et la mission du CEA était très large : l'évolution de l'électronucléaire aurait pu être toute autre que celle que nous avons connue.

Comment en est-on arrivé à cette alliance entre le civil et le militaire ?

Dès 1951, alors que Francis Perrin vient d'être nommé Haut-Commissaire du CEA, Félix Gaillard, alors Secrétaire d'État à la Présidence du Conseil, nomme à titre personnel Pierre Ailleret - qui est directeur des Etudes et Recherches à EDF - Commissaire. Quelques mois plus tard, les Commissaires deviennent membres du Comité de l'énergie atomique, jusqu'en 1967. Pierre Ailleret avait suivi le cours de physique atomique de Jean Perrin dont Francis – son fils – était le préparateur. Par ailleurs, il est le frère du général Charles Ailleret, qui dirigera le groupe mixte Armée-CEA des expérimentations militaires. P. Ailleret est au Commissariat à titre personnel, pas en tant que représentant d'EDF. Inversement, il fait des exposés à titre informatif devant le conseil d'EDF sans aborder les aspects militaires confidentiels. Formellement, de même que EDF n'est pas représentée au CEA, celui-ci n'est pas non plus représenté à EDF. Il y a donc là un jeu stratégique qui paraît naturel à l'époque entre la création d'instances pour agir et la liberté d'action par rapport à leurs institutions des hommes qui y participent, jeu qui demanderait des justifications aujourd'hui.

Au cours de cette première phase où se nouent des relations entre les deux institutions, entre 1951 et 1954, l'avenir du nucléaire militaire aussi bien qu'électrique est très hésitant. Dans un contexte de course à l'armement atomique (la première bombe atomique russe explose en 1949, celle de la Grande-Bretagne en 1952), une loi de programme accorde en 1952 des

crédits pour des piles d'expérience nucléaire, sans en préciser l'usage. De 1952 à 1954 « *les gens, même au comité de l'énergie atomique, ne sont pas persuadés qu'on en fera de l'énergie. Ils voient plutôt la biologie et la chimie. Le seul domaine énergétique auquel ils pensent, et ils y ont pensé en premier, c'est la marine, pour des raisons militaires : le premier sous-marin atomique est mis en service en mars 1954. C'est le début du moteur à uranium enrichi, ce qui déclenche l'idée qu'on peut faire plus de force motrice* » (Pierre Ailleret, entretien). L'usage militaire de l'atome ne fait par ailleurs pas l'unanimité parmi les dirigeants français, tandis que les Etats-Unis font pression pour la non-prolifération et que la libre disposition des matières nucléaires est en discussion à l'échelle européenne¹, quoique le décalage entre nations dotées d'arme nucléaire et les autres soit largement visible lors des négociations sur le désarmement aux Nations Unies.

B) Du double tournant militaire et électrique après 1954 à des compatibilités divergentes d'intérêts

La période 1954-1956 voit s'accroître le tournant militaire, et finalement la captation de ses avancées nucléaires par EDF. A partir de 1954 le principe de se doter de l'arme nucléaire est acquis : une série de décrets lance un programme atomique de défense nationale et en novembre 1956, un protocole prévoyant notamment la préparation d'explosions nucléaires expérimentales est signé entre le ministre des Armées et le secrétaire d'Etat chargé de l'énergie atomique. Parallèlement, en mars 1954 Pierre Ailleret écrit à la demande du Directeur Général d'EDF (Roger Gaspard), un article dans la Revue Française de l'énergie, intitulé « Les perspectives d'intégration de l'énergie nucléaire dans les moyens de production de l'énergie atomique » en réaction aux publications peu fondées des journaux comme des livres de l'époque sur l'énergie atomique. Finalement, le 14 mai 1954, EDF et le CEA signent un protocole qui permet à la direction des études et recherches d'EDF d'adapter à la pile G1 du CEA une installation de récupération de chaleur pour la production d'électricité. G1 n'est pas faite pour l'électricité et le CEA ne veut pas des ingénieurs EDF dans ses équipes. La solution trouvée a été qu'au lieu de rejeter la chaleur dans l'air, on rajouterait une unité de récupération, solution qui a permis aux ingénieurs d'EDF de quand même savoir comment une pile se monte, d'autant que l'installation de récupération est située hors du périmètre du CEA. Lorsque G1 diverge, le 7 janvier 1956, le bilan énergétique de l'installation est négatif : elle consomme plus d'énergie qu'elle n'en produit. De plus, comme la pile est en graphite refroidi à l'air, le graphite risque de brûler et la pile renvoie de la radioactivité dans l'atmosphère. Mais la preuve est faite qu'il est possible de produire de l'énergie à partir de la chaleur évacuée par le réacteur.

EDF déclenche alors un premier programme tandis que la crise du canal de Suez en 1956 apparaît pour la France (et la Grande-Bretagne) comme une pré-crise de l'énergie, le nucléaire permettant de diversifier les sources. Ce programme, qui doit désormais être mis en œuvre par sa direction de l'équipement, prévoit la construction, sur le site de Chinon, d'une série de trois centrales de puissance croissante. Les réacteurs sont conçus d'après la filière uranium naturel-graphite étudiée dans les piles (G2 n'est déjà plus refroidie à l'air mais par un circuit fermé de CO²). A la suite d'Ailleret, EDF pousse à faire des grands réacteurs, contrairement au CEA qui hésite à passer directement d'un réacteur de 60 à un réacteur de 120 ou 130 MW.

¹ Lors de la préparation du Traité de la Communauté Européenne de Défense (CED, signé en 1952), puis du Traité d'Euratom (ou CEEA : communauté européenne de l'énergie atomique, qui sera signée en 1957 avec le Traité instituant la Communauté Economique Européenne)

Pour Pierre Ailleret, il n'y a pas de désaccord entre le CEA et EDF mais des hésitations, ce n'était pas une question de concurrence entre les deux institutions, mais une difficulté d'appréciation : « *il n'y a pas d'empiètements de fonctions entre le CEA et EDF, mais divergences d'évaluations sur le futur* » (entretien, 1992), quoique des ingénieurs des deux camps ont pu vivre beaucoup plus intensément ces tensions².

Outre l'amélioration de la sécurité, l'accroissement des puissances s'accompagne d'innovations importantes tandis qu'EDF cherche à atteindre les résultats envisagés par la commission de l'énergie pour le deuxième Plan quinquennal, tout en explorant des technologies nucléaires alternatives, comme l'eau lourde par exemple.

Cette période conduit à associer deux partenaires aux missions précises mais aux contours flous : le tournant militaire du CEA ne s'opère qu'au bout de plusieurs années, et si EDF a en charge la production d'électricité, le CEA a en charge la recherche sur le nucléaire, avec potentiellement une dimension industrielle. Ce sont des engagements d'hommes, comme Pierre Ailleret, et une succession de choix tactiques, comme l'emplacement de l'unité de récupération de la première pile hors du périmètre du CEA ou l'intervention d'EDF plus en amont dans la conception de la deuxième pile pour pouvoir produire de l'électricité en plus du plutonium, qui infléchissent les relations. Celles-ci restent toutefois dans le cadre de la filière française UNGG qui remplit un rôle stratégique en termes militaires et pour la diplomatie française. Néanmoins EDF poursuit, conformément à sa mission, une stratégie industrielle.

II) 1955-1968 : Une stratégie industrielle conçue pour vingt ans et qui s'émancipe avec le changement de filière

La démonstration n'a pas encore été faite de la capacité de G1 à produire de l'énergie, que Pierre Ailleret propose une stratégie nucléaire à un horizon de vingt ans. Or, si cette stratégie évolue, ses grands traits dureront, pour la plupart jusqu'au changement de filière. Après avoir présenté les traits les plus marquants pour les débats actuels de la stratégie conçue dès 1955 par Pierre Ailleret pour EDF, nous verrons comment cette stratégie a évolué pour aboutir au changement de filière.

A) Dès 1955, une stratégie combinant une vision à long terme et l'incertitude qui continue à sévir à court terme

Dans un rapport au Président d'EDF non publié, daté du 29 juin 1955 et intitulé « Programme de centrales nucléaires EDF »³, Pierre Ailleret défend l'intérêt de la croissance des puissances unitaires : « *L'intérêt de développer quantitativement la production d'énergie d'origine nucléaire peut être considéré sous deux aspects du même phénomène : le prix de revient de l'énergie, la rareté de l'énergie* ». Pierre Ailleret prévoit une baisse des prix du plutonium à partir du développement de réacteurs plutonigènes, les « *breeders* », et d'usines de séparation isotopiques et envisage « La crainte d'une disette » si les moyens classiques de production de l'énergie ne permettent pas de faire face à la demande de consommation nationale. Il envisage alors un rythme de construction d'un réacteur tous les 18 mois, et une

² Entretien avec Pierre Cachera, ancien ingénieur d'EDF, juin 1992.

³ Source : archives de P. Ailleret, texte retranscrit dans A. Marchais-Roubelat, 1993, *Décision et action. Proposition de concepts et analyses de cas*, vol.2, Thèse.

cadence de doublement tous les 4 ans de la puissance unitaire des réacteurs de la filière, tout en continuant à construire des prototypes : l'apparition d'autres filières et leur développement entrainera selon lui le tarissement des moins performantes qu'elles relayeront, mais les équipes d'ingénieurs seront formées au fur et à mesure et pourront donc les gérer. Il y a donc à la fois une recherche d'adaptation face à un environnement technologique très évolutif et incertain, et une politique de croissance rapide de production sur le long terme.

Dans ce rapport contrastent les incertitudes importantes à court terme, notamment en termes d'approvisionnement en combustible - pas seulement nucléaire - et une projection à vingt ans, à la fois en termes de besoins : « *Un quadruplement des consommations électriques est possible dans un intervalle de vingt ans* » et en termes de réponse à ces besoins : « *l'énergie atomique apparaît ainsi à la fois comme un moyen de limiter la croissance des besoins de combustibles (...) et comme relais de l'hydraulique dans vingt ans. Elle nous couvrirait aussi du risque d'avoir à faire des importations massives de combustible au cas où les ressources pétrolières ne se révéleraient pas comme très importantes* ». Si les raisons de la crise pétrolière n'ont pas été celles envisagées en 1955, la réponse nucléaire préfigure le plan Messmer de 1974.

On retrouve sous une autre forme cette combinaison d'incertitudes et de projection dans le temps long avec la question des choix technologiques : tout l'art consiste à deviner quelle solution technologique l'emportera, et en attendant se tenir prêt aux différentes possibilités. Si le programme nucléaire se conçoit sur vingt ans, les choix technologiques dépendent de considérations immédiates. Déjà en effet Pierre Ailleret envisage que d'autres solutions techniques, notamment américaines, puissent être plus économiques que la filière française, mais il considère qu'il est trop tôt, pour deux raisons :

« - *d'une part nous ne sommes prêts à passer à l'échelle industrielle que pour ce type de réacteurs [la filière UNGG – uranium naturel graphite gaz – développée par le CEA]. Or il y a intérêt à entrer de bonne heure dans la phase industrielle pour former des équipes tant à l'EDF qu'avec les constructeurs et pour que les buts ultérieurs à 15 ou 20 ans de distance puissent être atteints (...),*

- *d'autre part une bonne partie des autres types de réacteurs exige du combustible enrichi. A défaut d'usine de séparation des isotopes, il nous faut donc avoir préalablement du plutonium* ». Le plutonium est au début rare et cher. Pierre Ailleret envisage un programme de « *breeders* » qui permettrait de produire à terme du plutonium à partir des produits irradiés issus des centrales. Le *breeder* consomme l'uranium appauvri, à condition qu'il ait suffisamment de plutonium au démarrage. Celui-ci sert de catalyseur, mais il s'en produit plus qu'il n'en est consommé. L'idée à l'époque était de produire suffisamment de plutonium pour faire un premier *breeder*, puis que celui-ci donne lieu à un autre, etc. avec l'idée qu'ils puissent éventuellement, dans le long terme, remplacer les premières filières. Il y a donc une idée à la fois de cycle du combustible, de circularité dans son économie, et de production de nouvelle matière première pour un accroissement de la production électrique dans un contexte de crainte de pénurie.

B) L'évolution de la stratégie nucléaire d'EDF : entre continuité et rupture

Huit ans plus tard, le programme a pris de l'ampleur : « *Nous marchons actuellement à la cadence d'un réacteur de 500 MW tous les deux ans* »⁴ écrit Pierre Ailleret dans une note au Président d'EDF datée du 23 décembre 1963. Le programme de *breeders* reste envisagé, toutefois les doutes s'accroissent sur la compétitivité de la filière UNGG par rapport aux solutions américaines : « *Nous gardons toute notre confiance à la filière graphite et celle-ci a jusqu'ici fait des progrès assez parallèles à ceux de la filière américaine à eau (...) Mais nous ne savons pas dans quelle mesure se réaliseront les espoirs que les Américains nourrissent maintenant sur les progrès économiques de leurs filières (...)* ».

Sur la dernière période – 1964-1968- qui conduit au changement de filière, le prix du carburant est divisé par deux, la hausse des taux d'intérêt augmente les coûts d'investissement et les technologies américaines deviennent plus compétitives. L'uranium n'est plus rare et la contrainte militaire de production du plutonium disparaît avec la possibilité de produire de l'uranium enrichi lorsque l'usine de Pierrelatte devient opérationnelle en 1967. La logique industrielle incite EDF à opter pour les technologies américaines. Pourtant le Général de Gaulle tranche en conseil restreint fin décembre 1967 en faveur de la filière UNGG. EDF gagne alors du temps en retardant la mise en œuvre de cette décision et en s'appuyant sur les avis des commissions d'expertise mandatées par le gouvernement – et auxquelles participent dorénavant les industriels, favorables au changement de filière - pour faire évoluer les critères à prendre en compte dans l'évaluation de la compétitivité des différentes filières. Après les événements de 1968, la décision est réexaminée et le gouvernement, sous la présidence de George Pompidou, décide en novembre 1969 d'abandonner la filière UNGG au profit de la filière à uranium enrichi américaine (Pressurized Water Reactor, PWR).

Au cours de l'évolution du nucléaire, la question de la matière première est plusieurs fois influente : sur le plan militaire international (pénurie au début), de l'alimentation des centrales (enrichissement ou non de l'uranium) et joue sur le cycle du combustible. Si les tensions techniques existaient déjà entre le CEA et EDF, le choix de la filière industrielle posait de fait la question de la souveraineté militaire, exacerbant les tensions et expliquant la décision du général de Gaulle, la décision du président Pompidou s'effectuant *a contrario* sur une logique industrielle, et séparant désormais les intérêts des deux protagonistes.

Conclusion

Il est difficile en 2023 de se représenter les débuts de l'électronucléaire français car les conditions techniques, industrielles, économiques, militaires, sociales, politiques et diplomatiques de l'époque sont très différentes à de très nombreux égards de celles que l'on connaît aujourd'hui, et par conséquent son appréciation aussi. Pourtant, nous sommes les héritiers des décisions passées et des réacteurs qui en sont issus, et c'est dans la continuité technique de ce vaste mouvement que nous agissons aujourd'hui, même lorsque l'on envisage sa future interruption.

Edf, comme le CEA, ont beaucoup changé depuis leurs créations comme en témoigne, sous le maintien du sigle, l'allongement du nom du CEA, devenu désormais Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives. La recherche d'énergies alternatives apparaît comme

⁴ Ibid.

aussi vieille, voire en réalité plus vieille que la production effective d'électricité d'origine nucléaire qui a d'abord elle-même été considérée comme alternative. La prise de conscience des enjeux écologiques du cycle du nucléaire a depuis conduit à la montée des contestations à l'échelle mondiale et en France. L'actuelle prise de conscience de la nécessité d'adaptation au réchauffement climatique déplace à nouveau le débat, dans un contexte très mouvant où la recherche de la croissance économique ne constitue plus une évidence indiscutée tandis que le sens de la durabilité continue à évoluer.

Bibliographie

Goldschmidt, B. (1989), *Le complexe atomique. Histoire politique de l'énergie nucléaire*, Paris, Fayard, 1980, 493 p.

Goldschmidt, B. (1987), *Pionniers de l'atome*, Paris, Stock, 1987, 484 p.

Lamiral, G. (1988), *Chronique de trente années d'équipement nucléaire à Electricité de France*, Paris, Jouve, 2 vol., 1988, 434 p ; 455 p.

Le Baut, Y. (1989) « La genèse de l'arme nucléaire française et son évolution », in *L'arme nucléaire et ses vecteurs. Stratégies – armes – parades*, Centre d'Histoire de l'Aéronautique et de l'Espace et Institut d'Histoire des Conflits Contemporains, Paris, Ateliers d'imprimerie de l'armée de Terre.

Marchais-Roubelat A. (2000), *De la décision à l'action. Essai de stratégie et de tactique*, Economica, 370 p.

Marchais-Roubelat A. (2016) « Innovation, action des faits futurs et relations de dominance. Le cas de la gouvernance de l'électronucléaire en France », *Prospective et Stratégie*, n°7, p.79-95.

Un remède au risque de perte de compétitivité du secteur industriel de l'Union européenne : la création d'une zone de Groupements de filiales d'intérêt compétitif (GFIC)

Marouane RHARTAOUI

Doctorant en droit privé, Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

Résumé : La compétitivité du secteur industriel de l'Union européenne se trouve largement compromise par de nombreuses décisions de la Commission européenne, ce qui empêche l'industrie de l'Union européenne de pouvoir être véritablement compétitive à l'échelle internationale. C'est la raison pour laquelle l'instauration d'une nouvelle structure juridique susceptible de cohabiter avec les exigences de la concurrence européenne et internationale est une nécessité. C'est précisément ce que permettrait la création d'une zone de Groupements de filiales d'intérêt compétitif (GFIC).

Mots-clés : Competition; European Commission; legal structure; GFIC (Groupement de filiales d'intérêt compétitif) zone;

Abstract : *The competitiveness of the European Union's industrial sector is largely compromised by numerous decisions taken by the European Commission, preventing EU industry from being truly competitive on an international scale. This is why it is essential to create a new legal structure that could coexist with the requirements of European and international competition. This would be made possible by the creation of a zone of Groupements de filiales d'intérêt compétitif (GFIC).*

Keywords : Competition; European Commission; legal structure; GFIC (Groupement de filiales d'intérêt compétitif) zone;

La politique industrielle européenne ne considère pas suffisamment la concurrence à l'échelle internationale. Cela se manifeste, notamment, dans les décisions de la commission européenne, par exemple, celle qui a bloqué le projet de rachat d'Alstom par Siemens¹. Seules les conséquences à l'échelle de l'Union européenne sont, en effet, prises en compte, comme le démontre la déclaration de Margrethe Vestager, Commissaire européenne à la Concurrence : « Des millions de passagers en Europe comptent tous les jours sur des trains modernes et sûrs. Siemens et Alstom sont toutes deux des fers de lance de l'industrie ferroviaire. En l'absence de mesures correctives suffisantes, cette concentration aurait entraîné une hausse des prix pour les systèmes de signalisation qui assurent la sécurité des passagers et pour les futures générations de trains à très grande vitesse. La Commission a interdit la concentration parce que les parties n'étaient pas disposées à remédier aux importants problèmes de concurrence que nous avons relevés »². Cette constatation trouve, d'ailleurs, aussi son origine dans l'article 173 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité TFUE), dont la rédaction résulte du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, qui précise que les objectifs spécifiques de la politique industrielle de l'Union sont les suivants : 1) « accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels » 2) « encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises

¹ [Consulté 10 mai 2023]. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/en-bref/21979-la-commission-europeenne-met-son-veto-la-fusion-dalstom-et-de-siemens>

² Press corner. European Commission - European Commission. [consulté 25 mai 2023]. Disponible sur : <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/home/en>

de l'ensemble de l'Union, et notamment des petites et moyennes entreprises » 3) « encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises » et 4) « favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique ».

L'Union européenne est, dès lors, plus que jamais, obligée de se comporter comme une vraie union, notamment à travers une politique industrielle qui pourrait se traduire par la création de groupements de filiales d'intérêt compétitif (GFIC) ainsi qu'une zone réservée à ces GFIC pour faire face à la concurrence chinoise, russe et américaine. La réussite d'une politique industrielle permettrait alors à l'Union européenne de se repositionner comme un concurrent puissant sur la scène internationale.

Pendant des années, l'idée était d'assurer une liberté de circulation³, mais jamais de renforcer l'industrie européenne pour faire face à la compétition internationale. Cela peut se justifier, notamment, par les désaccords politiques au sein de l'Union européenne. La confortation de l'industrie pourrait donc résoudre plusieurs problèmes d'ordre économique, politique et juridique. Puisqu'ainsi, comme le disait-Voltaire « *Quand il s'agit d'argent, tout le monde est de la même religion* ».

Toutefois, cette tentative d'unification se heurte inévitablement au droit européen de la concurrence qui intervient pour réglementer le secteur.

L'émergence d'une zone accueillant des Groupements de filiales d'intérêt compétitif (GFIC) peut-elle être une réponse appropriée au risque de manque de compétitivité au niveau européen ?

Pour cette étude, il est primordial d'exposer les motivations justifiant la mise en œuvre d'une zone réservée à ce groupement **(I)** et d'envisager la mise en pratique éventuelle de cette dernière **(II)**.

I) Les raisons de mise en œuvre d'une zone de groupement de filiales d'intérêt compétitif (GFIC)

À l'avenir, l'instauration d'un tel groupement qui permettrait réellement de concrétiser une politique industrielle, au niveau européen **(A)** pourrait passer par la création du groupement de filiales d'intérêt économique **(B)**.

A) La nécessité d'un regroupement des meilleures entreprises européennes

Dans toute politique, il y a des gagnants et des perdants. En revanche, le plus important est l'obtention de résultats positifs à l'échelle interne et internationale, à la suite de l'adoption d'une politique industrielle unifiée capable de faire face à la compétition internationale.

Cet objectif pourrait être atteint grâce à la création d'une zone accueillant des groupements de filiales d'intérêt compétitif (GFIC), qui regrouperait les entreprises industrielles européennes les plus performantes à travers de nouvelles filiales. Pour mieux comprendre l'idée, c'est à l'image de la coupe du monde du football qui permet aux meilleures équipes nationales qui se sont qualifiées de participer au championnat. Le but est de permettre à l'Union européenne d'être plus compétitive à l'échelle internationale, à travers ses filiales installées dans une zone spécifique. Cette zone serait composée de plusieurs groupements de

³ J. Stuyck, « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du Marché commun », in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck.*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, p. 1477 s.

filiales par secteur d'activité (par exemple GFIC de TGV, GFIC de fabrication éolienne...) qui sont menacés par la concurrence internationale et peinent à mieux se positionner sur le marché international⁴.

L'idée de la création d'un tel groupement peut, certes, se heurter aux craintes de monopoles, d'ententes anticoncurrentielles et de l'abus de position dominante⁵. Toutefois, dans le modèle proposé, la peur paraît irrationnelle, car la création d'une zone GFIC, permettrait de résoudre une multitude de problèmes tant au niveau interne qu'au niveau externe, mais surtout d'empêcher les concurrents internationaux d'échapper au contrôle des autorités, à l'image de *Google, Amazon, Facebook, Apple* (GAFA)⁶. L'apparition de structures de grande taille, telles que ces GAFA, démontre, à elle seule, sans aucun doute qu'il peut y avoir des effets négatifs (anticoncurrentiels⁷), mais également des effets positifs en termes d'efficacité économique. Les politiciens d'Outre-Atlantique connaissent bien la nature des géants créés, cependant à l'évaluation des gains et des pertes, les États-Unis ont préféré voir la création d'un mastodonte américain que d'un monstre chinois ou russe, et ce, sans parler des chiffres d'affaires et des bénéfices réalisés, et des impôts à payer⁸. Leurs entreprises vedettes représentent les États-Unis en véhiculant une image positive de leur force économique, technologique et industrielle⁹.

Selon Michel de Montaigne : « *il est toujours plus plaisant de suivre que de guider* ». Les États membres de l'Union européenne, notamment dans le cas des GAFA, doivent ainsi se réjouir du fait de pouvoir suivre et non pas avoir à guider pour éviter de créer des structures hors contrôle à l'instar des GAFA¹⁰. En effet, en suivant le modèle des États-Unis, il est possible de profiter et de comprendre leurs erreurs, lorsqu'il s'agit de préserver la concurrence. Il est donc important de créer un modèle propre à l'Union européenne permettant de disposer d'entreprises fortes mais « contrôlables » et capables d'être compétitives à l'échelle internationale, sans pour autant être menaçantes à l'échelle interne. En effet, les futures entreprises vedettes auront un rôle positif à jouer à l'échelle interne dans l'encouragement de l'innovation, la réduction des prix pour le consommateur européen... tout en respectant la loyauté, la pluralité, l'efficacité...

Si les États-Unis ont les GAFA, spécialisés dans le *web*, l'Union européenne pourrait avoir des GFIC spécialisés dans tous les domaines. Cela serait rendu possible grâce à une zone de groupement de filiales d'intérêt compétitif (GFIC), qui pourrait accueillir des entreprises

⁴ Par exemple la compétition entre le fabricant français et le fabricant chinois de trains à grande vitesse. Vu en ce sens « le TGV chinois est-il plus fort que le TGV français ? ». *Capital.fr*. 2016 [Consulté 25 mai 2023]. Décembre 2016. Disponible sur : <https://www.capital.fr/entreprises-marches/le-tgv-chinois-est-il-plus-fort-que-le-tgv-francais-1195893> .

⁵ Par exemple : les aides d'Etat, en principe prohibées. Vu en ce sens CJUE, 1er octobre 2015, n° C-357/14 P, *Electrabel SA et a. c/Commission* ; les abus de position dominante. Vu en ce sens, CJUE, 6 octobre 2015, n° C-23/14, *Post Danmark A/S c Konkurrencerådet*, P. Arhel, « Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence », *LPA*, Avril 2016, n° 77, p. 7 ; Ententes anticoncurrentielle. Vu en ce sens, CJUE, 26 novembre 2013, no C-58/12, *Groupe Gascogne SA V. Pironon*, « L'entreprise, le groupe de sociétés et l'interdiction des ententes anticoncurrentielles », *Bulletin Joly Sociétés*. 31 mars 2014, n° 03, p. 172.

⁶ France O. Taxe GAFA : une juste taxe pour les géants du numérique [Internet]. Oxfam France. 2021 [consulté 27 mai 2023]. Disponible sur : <https://www.oxfamfrance.org/inegalites-et-justice-fiscale/taxe-francaise-sur-les-gafa-bonne-nouvelle-ou-ecran-de-fumee-decryptage/>

⁷ Principalement en droit européen, on sanctionne deux pratiques anticoncurrentielles, il s'agit des ententes anticoncurrentielles et de l'abus de position dominante ; Vu en ce sens M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*. 8e éd., 2020. Paris : Sirey 2019. p. 218 et s.

⁸ « Taxation des Gafa : 7 milliards de plus pour la France ». *Le Figaro*. 2020 [consulté 10 mai 2023]. Octobre 2016. Disponible sur : <https://www.lefigaro.fr/conjoncture/taxation-des-gafa-7-milliards-de-plus-pour-la-france-20201014>.

⁹ N. Smyrniotis, « *The GAFAM effect: Strategies and logics of the internet oligopoly* », *Communication & langages*, 2016, vol. 188, n° 2, pp. 61-83.

¹⁰ G. Fischer, « GAFA(M) : le vrai danger pour la démocratie ». *Les Echos*. 17 octobre 2017 [consulté 10 mai 2023]. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/gafam-le-vrai-danger-pour-la-democratie-1011735>.

désirant unir leurs forces pour entrer en pleine compétition à l'échelle internationale et ce, dans un secteur (par exemple, TGV) particulier.

B) L'intérêt juridique d'une forme intermédiaire entre la filiale et le groupement d'intérêt économique

L'avantage juridique réside en la protection des filiales faisant partie du GFIC de leurs propres politiques qui peuvent enfreindre les règles de concurrence et diminuer les risques de la sanction d'une seule société mère.

Une filiale peut prendre une décision constituant un acte qui enfreint les règles de la concurrence, et pouvant être imputé à la société mère, lorsque celle-ci n'a pas une personnalité juridique distincte et applique les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard, en particulier, aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques¹¹. De même, la détention par la société mère de parts directes et indirectes dans la filiale constitue une présomption d'imputabilité du comportement à la société mère¹². Le taux à détenir peut-être de 51% du capital et indirectement 49% à travers une autre filiale, comme le démontre une décision rendue le 17 décembre 2019 par l'Autorité de la concurrence française¹³.

Alors que le groupement de filiales d'intérêt compétitif, constitué de plusieurs filiales, pourrait prendre des décisions à la majorité d'autres membres qui sont des filiales, ce qui réduit le risque d'une prise de décision qui enfreint les règles de la concurrence. Une seule filiale ne peut pas prendre seule une décision et par conséquent, il est difficile de l'imputer à la société mère, mais à tout le GFIC. Cela étant dit, il est possible d'imputer le comportement à la société mère lorsque cette dernière agit indépendamment du GFIC en se fondant sur la notion d'entreprise et « *son corollaire immédiat qui est le principe de la continuité économique* »¹⁴.

Dans cette optique, le choix d'une forme intermédiaire entre une filiale et un groupement d'intérêt économique permet la création d'une nouvelle entreprise en évitant de procéder à la fusion avec une autre société qui pourrait être refusée, comme c'est le cas, par exemple, de la fusion entre *General Electric et Honeywell* ou d'*Alstom par Siemens*¹⁵ ou *Tata Steel et Thyssen-Krupp*¹⁶. En effet, plusieurs sociétés créent des filiales qui vont rejoindre le groupement, sans qu'il y ait une fusion entre les différentes filiales composant le groupement.

Ainsi, les filiales peuvent se consacrer au marché international et laisser les sociétés mères se concentrer sur le marché intérieur.

Le choix des GFIC peut permettre d'éviter de porter atteinte aux principes fondamentaux du droit de la concurrence.

Reste à voir, comment concrètement, ces GFIC pourraient se mettre en place.

¹¹ CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08, *Akzo Nobel e.a. c/Commission*, ECLI:EU:C:2009:536 ; CA Paris, 29 mars 2012, n° 2011/1228.

¹² *Ibid.*

¹³ Par exemple Aut. conc., 17 décembre 2018, n°19-D-24.

¹⁴ Application par analogie : Arrêts du 25 octobre 1983, 107/82, *AEG-Telefunken c/Commission*, Rec. p. 3151, point 50 ; *Akzo Nobel e.a. c/Commission*, précité, point 60 ; *General Química e.a. c/Commission*, précité, point 39, ainsi que *ArcelorMittal Luxembourg c/Commission et Commission c/ArcelorMittal Luxembourg e.a.*, précité, point 97 ; Par analogie : Concl. av. gén. Wahl, 6 février 2019, aff. C-724/17.

¹⁵ Comm. UE, 6 février 2019, aff. M.8677.

¹⁶ Comm. UE, 11 juin 2019, aff. M. 8713.

II) Les modalités de mise en œuvre d'une zone de groupement de filiales d'intérêt compétitif (GIFC)

Si on crée un groupement de filiales d'intérêt compétitif, réunissant une multitude d'entreprises sur le territoire de l'Union européenne, une zone devrait lui être réservée. Cette zone devrait donc être composée de l'ensemble de groupes de filiales qui ont décidé de s'y implanter pour des raisons tenant à la mutualisation des moyens, au partage des expériences et des connaissances, à l'augmentation du taux de l'emploi, à l'encouragement de l'innovation, à la diminution des prix au niveau interne (pour être plus compétitif à l'échelle internationale et d'éviter le *dumping*¹⁷), au bénéfice pour ces filiales d'un taux d'impositions réduit pour une durée déterminée, et ce, afin de faire face à la compétition internationale. Une autorisation serait donc requise pour qu'un groupement puisse s'installer **(A)** et bénéficier de la caisse de secours et du soutien de l'Institut européen de la recherche et de l'innovation des GIFC présents dans cette zone **(B)**.

A) Les conditions de l'accord de l'autorisation aux sociétés souhaitant intégrer une zone GIFC

L'autorisation qui pourrait être délivrée par la Commission européenne serait conditionnée par le respect d'un certain nombre de règles qui supposeraient une étude préalable vérifiant la capacité des entreprises candidates à remplir une multitude de critères :

- la vérification que le groupement des filiales créé n'entraînera pas des conséquences concurrentielles néfastes à long terme et sur le plan interne,
- la vérification du potentiel en matière de chiffre d'affaires et de bénéfices réalisables par la constitution de GIFC,
- l'étude des différentes missions de chaque filiale,
- la vérification de la capacité de l'entreprise à financer la caisse de secours,
- la démonstration de l'engagement de préserver les mêmes prix du produit ou du service au niveau interne et la possibilité de réduire le prix du produit du bien (ce qui permet de ne pas s'exposer à une sanction pour *dumping*),
- l'engagement de financement des projets d'innovation technologiques : tels que les thèses, les projets et les recherches de l'Institut européen de groupement de filiales,
- la coopération avec l'Institut européen de groupement de filiales,
- le partage des connaissances et certaines des innovations avec les entreprises européennes.

Le non-respect d'une de ces multiples conditions serait de nature à permettre à la Commission européenne, de procéder au retrait de l'autorisation complète au groupement de filiales ou au retrait de l'autorisation pour une seule filiale du groupement de filiales et au remplacement par une ou d'autres filiales appartenant à d'autres entreprises souhaitant participer au groupement de filiales d'intérêt compétitif.

La possibilité de procéder au retrait de l'autorisation serait possible après l'écoulement d'un délai de dix ans. Avant l'écoulement de ce délai, l'Autorité de la concurrence de chaque Etat membre pourrait procéder à des investigations, demander des explications, adresser des recommandations et des avertissements. Tous ces éléments pouvant servir à la constitution

¹⁷ Le *dumping* ou la *décharge publique* consiste à vendre ses produits à des prix inférieurs à celui qui est appliqué dans le pays d'origine
Définition : C. Degryse, sous la direction de Degryse Christophe, « Dumping », *L'économie en 100 mots d'actualité*. Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2019, pp. 72-73.

d'un dossier qui justifierait le retrait de l'autorisation après l'écoulement du délai fixé ou le paiement d'amendes.

Exceptionnellement, l'Autorité de la concurrence de chaque Etat membre serait autorisée à intervenir avant l'écoulement d'un délai de dix ans pour retirer l'autorisation, notamment dans le cas d'hostilité envers les autres groupements de filiales, d'allégeance à un État étranger à l'Union européenne et d'agissements contre ses intérêts.

Après le retrait d'autorisation, l'entreprise sanctionnée devrait s'engager à accompagner et à coopérer avec la nouvelle filiale qui viendrait la remplacer, après l'obtention de l'autorisation délivrée, selon la même procédure, par la Commission européenne de la concurrence ou conformément à la procédure d'urgence.

B) L'encadrement des GFIC

L'encadrement du GFIC pourrait s'opérer par la constitution d'une caisse de secours (1) et par de l'Institut de recherche et de l'innovation (2), qui joueraient, d'une part, un rôle de licol à la disposition de la Commission européenne et d'autre part, permettrait au GFIC d'être à la hauteur de la compétition internationale.

1) la caisse de secours des GFIC

C'est une caisse qui serait instituée et gérée par tous les groupements de filiales qui se trouveraient dans la zone (GFIC). En effet, les groupements de filiales spécialisées dans chaque secteur vont devoir déposer une certaine somme en euros avant l'installation dans la zone de groupement de filiales d'intérêt compétitif (GFIC), et la conserver durant toute la période de l'autorisation. Elle devra être déposée lorsque l'autorité de la concurrence, notamment la Commission européenne jugera que toutes les conditions exigées sont réunies, à ce moment-là, elle accordera son autorisation pour le groupement de filiale et lui exigera de déposer annuellement une certaine somme fixée par les autorités compétentes.

La somme en euro déposée servira à intervenir pour payer les salariés en cas de retrait de l'autorisation pour l'une des filiales ou tout le groupement de filiales spécialisées dans un secteur déterminé. Il sera possible de recourir à cette caisse pour soutenir l'un des groupements de filiales rencontrant une difficulté due à la compétition à l'échelle internationale, en lui octroyant un prêt sans intérêt. Dans ce sens, les filiales de toute la zone GFIC pourront se réunir dans une assemblée pour décider d'octroyer un prêt pour d'autres raisons. Le recours à cette caisse étant surveillé par les autorités compétentes qui disposeraient d'un droit de veto pour en empêcher l'utilisation. La filiale qui en profite sera tenue de rembourser le prêt dans le délai fixé par les groupements de filiales.

La filiale ou les filiales qui se comporteraient d'une manière irresponsable dans la gestion seraient lourdement sanctionnées. L'amende serait payée par la filiale. Elles seraient aussi interdites de recourir à la caisse de secours et pourraient se voir retirer l'autorisation. Ainsi, la filiale ou les filiales demeureraient bien conscientes que la caisse de secours n'est pas une option facile à appeler en recours, sans aucune justification valable.

2) L'Institut européen de la recherche et de l'innovation des GFIC

Celui qui détient la supériorité technologique détient le pouvoir. C'est la raison pour laquelle un tel institut serait le pivot de cette zone et réaliserait de nouvelles innovations dans différents domaines, et ancrerait ainsi la supériorité technologique européenne.

En effet, l'Institut européen de la recherche et de l'innovation des GFIC jouerait un rôle clé dans la compétition des entreprises appartenant aux États-membres de l'Union européenne, à l'échelle internationale grâce aux moyens qui lui seront octroyés que ce soit par les autorités européennes et par les filiales du GFIC. De même, il permettrait le partage des expériences (un terrain d'essai ouvert à tous les étudiants et toutes les filiales des GFIC). Pour cela, il faudra que les filiales des entreprises acceptent de coopérer avec l'institut, notamment en fournissant les informations nécessaires aux étudiants de l'institut, majoritairement de futurs ingénieurs.

Conclusion : l'opportunité d'extension des GFIC en Afrique ?

La mise en place des GFIC et d'une zone accueillant ces dernières pourrait se propager à d'autres zones tel que le continent africain en raison de l'augmentation de la demande, et dans le cadre d'une coopération économique et industrielle, car l'Union européenne a besoin de main d'œuvre et le continent africain a besoin d'emplois. L'installation des zones GFIC dans certains pays du continent africain serait, toutefois, différente des zones GFIC installées dans l'Union européenne. Au départ, elle se limiterait à certains pays africains et seulement à quelques activités.

Les pays africains qui peuvent être envisagés pour installer les zone GFIC sont ceux de l'Afrique de l'Ouest : le Bénin, le Togo, le Ghana, la Côte d'Ivoire, le Libéria, le Sierra Leone, la Guinée Conakry, la Guinée-Bissau, la Gambie, le Sénégal, la Mauritanie, et, enfin, le Maroc. Ce choix peut s'expliquer par plusieurs raisons stratégiques, parmi lesquelles on peut citer, l'énergie du gaz supposant le fonctionnement de cette zone, des raisons sécuritaires et économiques. Ainsi, les pays africains concernés pourraient voir baisser leur taux du chômage, et lutter contre l'immigration clandestine. En contrepartie, l'Union européenne pourrait obtenir une main d'œuvre jeune d'environ 200 millions d'habitants âgés de 15 à 24 ans¹⁸.

Quant aux conséquences stratégiques, l'idée selon laquelle l'installation des GFIC dans les pays africains serait néfaste pour l'Union européenne ne se justifie pas. Certes, il peut y avoir des conséquences indésirables, mais à défaut de faire ce pas (qui est un investissement à long terme) les autres concurrents, à savoir en particulier la Chine, peuvent s'emparer économiquement de toute l'Afrique¹⁹. Ensuite, l'Union européenne sera évincée pour toujours du continent africain. De même, ce modèle des GFIC paraît très attractif par rapport au modèle d'autres concurrents par exemple : le modèle chinois qui repose sur des prêts. En effet, « *La Chine est devenue en 20 ans le principal créancier de l'Afrique subsaharienne, détenant 62,1 % de sa dette externe bilatérale en 2020, contre 3,1 % en 2000*²⁰. Ces prêts

¹⁸ « Jeunesse africaine : bombe à retardement ou opportunité à saisir ? » *Afrique Renouveau*. Mai 2013 [consulté 10 avril 2023]. [Jeunesse africaine : bombe à retardement ou opportunité à saisir ? | AfriqueRenouveau](#)

¹⁹ Flux d'investissement direct chinois en Afrique (2017). [Consulté 27 mai 2023]. Disponible sur: <https://www.pairault.fr/sinaf/index.php/15-references/1455-flux-d-investissement-direct-chinois-en-afrique-2017>

²⁰ L. Bertrand. et S. Zogheli, « Le positionnement de la Chine parmi les bailleurs en Afrique subsaharienne ». : *Trésor-Eco*. Novembre 2021, n° 292.

reposent sur une architecture institutionnelle complexe, qui privilégie des outils issus des contrats de prêts privés, sécurisant simultanément les remboursements et les intérêts stratégiques chinois. Depuis 2016, ces flux connaissent un recalibrage quantitatif et géographique, qui s'accompagne d'une croissance des IDE (investissement direct étranger) chinois »²¹. Cela devrait donc conduire plusieurs pays africains à candidater pour pouvoir accueillir une zone GFIC.

Concernant le second avantage, les GFIC ne rencontreront pas de problèmes énergétiques. Alors qu'il est toujours possible de couper le Gaz russe à l'Union européenne²² mais non pas sur le continent africain. Ce dernier pourrait fournir 20% des besoins mondiaux²³. Dans ce sens, le Maroc a déjà lancé un projet de gazoduc qui tend à relier le Nigéria à l'Espagne en passant par le Maroc, pour transporter du gaz le long de la côte atlantique. L'idée avait déjà été annoncée, en 2016, lors de la signature d'un accord entre le Roi du Royaume du Maroc et le Président nigérian²⁴. Cela permettrait donc le fonctionnement de la zone GFIC avec succès énergétique.

C'est à ce prix que l'Union européenne pourra exercer une influence sur le continent africain et sur le reste du monde.

²¹ *Ibid.*

²² « Gaz russe : Le vrai sujet est de diminuer généralement notre exposition aux énergies fossiles importées ». Le Monde.fr. 1 avril 2022 [consulté 1 juin 2023]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/planete/article/2022/04/01/gaz-russe-le-vrai-sujet-est-de-diminuer-generalement-notre-exposition-aux-energies-fossiles-importees_6120147_3244.html

²³ T. Monnet., « Gaz naturel : l'Afrique pourrait fournir 20 % des besoins mondiaux d'ici 2025 » : – *Jeune Afrique*. JeuneAfrique.com. 12 décembre 2019.

²⁴ « Le Nigeria cherche des fonds pour construire son gazoduc vers le Maroc. » Le Monde.fr [Internet]. 3 mai 2022 [consulté 1 juin 2023]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2022/05/03/le-nigeria-cherche-des-fonds-pour-construire-son-gazoduc-vers-le-maroc_6124622_3212.html

PARTIE II : Dossier – *Risque et Santé*

Quelle réparation pour les dommages causés par l'intelligence artificielle en matière médicale ?¹

Marie DUGUE

Professeure de droit privé, Université de Tours
IRJI François-Rabelais (EA 7496)

Résumé : Alors que les applications de l'intelligence artificielle se développent dans nombre de domaines, elles sont déjà à l'œuvre en matière médicale. Les règles de la responsabilité s'en trouvent bouleversées : qui est responsable des dommages causés par l'intelligence artificielle ? Le médecin ? Le concepteur de l'outil ? Derrière ces questions essentielles réside en creux une réflexion sur ce qui, en médecine, demeure du ressort exclusif de l'humain, à savoir l'intelligence émotionnelle.

Mots-clés : médecine ; santé ; responsabilité médicale ; produits défectueux ; numérique ; intelligence artificielle

Abstract: *While the applications of artificial intelligence are developing in many fields, they are already at work in the medical field. The rules of liability are being queried: who is liable for damage caused by artificial intelligence? The health professional? The designer of the tool? Behind these essential questions lies a reflection on what, in medicine, remains the exclusive domain of human being, that is the emotional intelligence.*

Keywords: *medicine; health; liability; defective products; digital; artificial intelligence.*

Alors que notre système de santé traverse une crise, qui conjugue manque de moyens matériels, humains, et sans doute aussi manque de considération, l'essor galopant de l'intelligence artificielle (IA) peut facilement apparaître comme une aubaine. Définie comme tout programme qui tend à « *comprendre comment fonctionne la cognition humaine et la reproduire* », l'IA coûte certes cher, et est gourmande en données². Mais elle pourrait se voir confier certaines tâches aujourd'hui dévolues aux professionnels de santé.

Ces tâches pourraient être diverses. L'IA incorporée dans un robot pourrait ainsi assister au quotidien les patients (les aider à se lever, leur rappeler de prendre leurs médicaments, stimuler leurs facultés cognitives), et même, pourquoi pas, réaliser un jour des interventions chirurgicales complexes. L'IA désincarnée, l'IA à l'état de logiciel, pourrait quant à elle permettre de prédire les maladies ou les rechutes, aider au choix du traitement, et surtout, affiner les diagnostics. Ces usages, loin de relever de la science-fiction, sont pour certains d'ores et déjà répandus. Pour l'heure, les algorithmes intelligents sont surtout utilisés en radiologie, pour analyser les images médicales et aider les médecins à détecter les lésions : au CHU de Strasbourg, on utilise par exemple l'IA pour décrypter les mammographies en seconde

¹ Cette contribution reprend largement, sous une forme synthétique, les réflexions développées avec F. Arhab-Girardin, « Intelligence artificielle et médecine, Rapport français », in O. Gout (dir.), *Responsabilité civile et intelligence artificielle, Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance* (GRERCA), Bruylant, 2022, p. 111 et s. ; et avec Jonas Knetsch, « Intelligence artificielle et robotisation : nouveaux défis pour la responsabilité contractuelle et extracontractuelle ? », séminaire Paris 1/ Louvain 2-3 décembre 2022 .

² V. C. Villani, *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, 28 mars 2018, p. 9 et p. 14 (disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000159.pdf>) : « Les données sont généralement le point de départ de toute stratégie en matière d'IA, car de leur disponibilité dépendent de nombreux usages et applications ».

lecture ; à Suresnes, ce sont les radios du thorax, des pieds et de la main que l'IA passe au crible³.

Même si ces outils intelligents demandent encore à être perfectionnés, on sait qu'ils feront un jour partie du quotidien des professionnels de santé, et permettront une meilleure prise en charge des patients. Malheureusement, on le pressent, en dépit des précautions prises, les systèmes d'IA se montreront parfois défaillants. Pour le dire autrement, s'ils seront certainement source d'une sécurité accrue pour les patients, les systèmes d'IA seront ponctuellement à l'origine de dommages, et spécialement de dommages corporels⁴. Comment les victimes seront-elles alors indemnisées ? Peut-on garantir qu'elles parviendront à faire condamner les acteurs de l'IA ? Du point de vue de la responsabilité civile, les victimes de l'IA ne seront-elles pas, *in fine*, moins bien traitées que les autres ?

Si la question se pose, c'est que deux des caractéristiques de l'IA semblent susceptibles de tenir en échec les règles qui régissent la réparation des dommages⁵. Son autonomie, d'abord : l'IA, si elle est auto-apprenante (on parle alors de « *machine-learning* » ou « apprentissage machine ») a en effet une capacité d'apprentissage et d'action indépendante⁶, qui peut rendre délicate l'identification de la faute de celui qui l'a créée, ou plus simplement utilisée. Son opacité, ensuite : certains algorithmes sont d'ores et déjà si complexes qu'il est impossible, même pour leur concepteur, d'en retracer le cheminement. Ce phénomène, dit de la « boîte noire », peut compliquer la découverte de la cause véritable du dommage, alors que le fonctionnement du corps humain est lui-même loin d'avoir livré tous ses secrets, et qu'il peut donc également être à l'origine de réactions inattendues⁷. S'il n'est pas question de bouleverser les règles régissant la responsabilité civile – l'idée, un temps avancée par le Parlement européen, de donner la personnalité juridique aux robots intelligents a été abandonnée⁸ – faut-il alors les adapter ?

C'est à cette question que nous tenterons de répondre, en examinant en premier la responsabilité des professionnels de santé (I) et en second lieu, celle des concepteurs d'IA médicale (II).

I) La responsabilité des professionnels de santé

En droit français, les professionnels et établissements de santé n'engagent par principe leur responsabilité qu'en cas de faute. L'article L. 1142-1 I du Code de la santé publique le rappelle.

³ L. Belot, « Comment l'intelligence artificielle modifie les pratiques médicales », *Le Monde*, 10 janv. 2023. Pour d'autres exemples d'applications, v. égal., du même auteur, « Intelligence artificielle : sept solutions médicales prometteuses développées par des praticiens start-upeurs », *Le Monde*, 15 mai 2023.

⁴ En ce sens, le rapport Villani préc. insiste sur la nécessité de « clarifier le régime de responsabilité médicale en cas d'erreur » (p. 198).

⁵ Sur le rappel de ces caractéristiques, v. par ex. B. Deffains et G. DE MONTQUIT, « Proposition d'un régime de responsabilité objective applicable au dommage causé par une machine auto-apprenante », *RTD civ.* 2022, p. 257.

⁶ Pour un rappel des principales définitions applicables aux outils d'IA, v. E. Barthe, « Les outils de l'intelligence artificielle pour le droit français », *JCP G* 2019, p. 381.

⁷ Insistant sur ce point, J.-S. Borghetti, « L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome », in *Le droit civil à l'ère du numérique*, Actes du colloque du Master 2 Droit privé général et du laboratoire de droit civil, Paris II, 21 avril 2017, *JCP G*, déc. 2017, n° spécial.

⁸ Cette idée était préconisée par une Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2013 (INL)). Le Parlement demandait à la Commission « d'examiner, d'évaluer et de prendre en compte les conséquences de toutes les solutions juridiques envisageables, telles que [...] la création, à terme, d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables, tenues de réparer tout dommage causé à un tiers » (§ 59). Depuis, une nouvelle Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014 (INL)), relève « qu'il n'est pas nécessaire de conférer la personnalité juridique aux systèmes d'IA » (§ 7).

Les médecins ne sont donc normalement tenus de réparer le dommage subi par leur patient que si ce dommage résulte de leur négligence, celle-ci consistant soit en une violation de la loi, soit, plus largement, du fait de n'avoir pas agi comme l'aurait fait un médecin raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Les fautes envisageables sont plus précisément de deux types : le professionnel de santé peut se voir reprocher une faute éthique, consistant en un manquement à ses devoirs d'humanisme – recueillir le consentement libre et éclairé du patient et conserver le secret médical⁹ –, ou une faute technique, consistant à n'avoir pas agi conformément aux données acquises de la science¹⁰.

Ces solutions bien acquises font naître une crainte : celle de voir la responsabilité et même la compétence des médecins reculer, au fur et à mesure que l'IA prendra leur place. Il convient cependant de tempérer cette appréhension. D'abord, il est bien évident que toutes les tâches ne pourront pas être déléguées aux IA. Le professionnel de santé sera tenu de renoncer à les utiliser pour l'accomplissement de tout travail impliquant une forte dimension relationnelle¹¹. Les tâches impliquant une certaine intelligence émotionnelle, relevant de ce qu'un auteur appelle « l'ordre public de l'humanité »¹² ne devraient pas pouvoir être confiées à la machine. Ainsi, si l'on pourra sans peine demander à l'IA d'identifier un risque de cancer, on ne la laissera pas en avertir seule le patient. Ensuite, il semble que loin d'appauvrir la formation médicale, l'essor de l'IA ait vocation à la renforcer. Les médecins devraient gagner en compétence, sans perdre la maîtrise des actes susceptibles d'être délégués à la technologie. Plusieurs rapports insistent par exemple sur la nécessité de former les médecins au numérique, et notamment à l'encodage des informations qui viendront alimenter la machine, afin de garder la main sur la pratique médicale¹³. Corrélativement, les devoirs pesant sur les médecins utilisateurs d'IA devraient se renforcer, plutôt que s'affaiblir, et les possibilités de fautes devraient donc s'étoffer¹⁴.

La proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle est à ce titre éloquent¹⁵. Publié en 2021 par la Commission européenne – et amendé à plusieurs reprises depuis –, le projet cible particulièrement les IA à haut risque, dont font partie intégrante les IA médicales¹⁶. Demain, les utilisateurs d'un tel système d'IA pourraient ainsi être explicitement tenus d'en faire un usage conforme à sa notice, de veiller, s'ils exercent un contrôle sur les données d'entrée, à leur pertinence ou encore de surveiller le fonctionnement du système¹⁷. Indépendamment de ces considérations prospectives, le

⁹ S. Porchy-Simon, « Santé – Responsabilité médicale. Responsabilité pour faute d'éthique médicale. Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical », *JCI Civil Code* fasc. 440-30, n° 1.

¹⁰ S. Porchy-Simon, « Santé – Responsabilité médicale. Responsabilité pour faute de technique médicale », *JCI Civil Code* fasc. 440-40, spéc. n° 2.

¹¹ L'article R. 4127-32 du Code de la santé publique indique d'ailleurs que « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

¹² S. Merabet, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Dalloz, 2020, n° 196 et s.

¹³ C. Villani, *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, préc., p. 198 ; Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM), « Médecins et patients dans le monde des data, des algorithmes et de l'intelligence artificielle », janvier 2018, p. 35 (disponible sur : https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/external-package/edition/od6gnt/cnomdata_algorithmes_ia_0.pdf).

¹⁴ Comp. M. Bacache, « Intelligence artificielle et droits de la responsabilité et des assurances », in A. Bensamoun, G. Loiseau (sous la dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2022, n° 113, notant que « le développement de l'IA est source d'enrichissement de la faute ».

¹⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM/2021/206 final.

¹⁶ Dans la version d'origine du texte, ces IA englobent « les systèmes qui sont destinés à être utilisés en tant que composants de sécurité de produits qui font l'objet d'une évaluation ex ante de la conformité par un tiers » (p. 15, et art. 6), ce qui inclut les dispositifs médicaux.

¹⁷ Art. 29 de la Proposition de Règlement préc.

droit positif interne semble d'ores et déjà commander de telles précautions dans l'utilisation de l'IA.

La faute technique peut survenir lors de la réalisation du diagnostic, dans le choix du traitement, dans la réalisation de l'acte médical ou encore lors du suivi du patient, autant de tâches qui pourront être confiées à l'IA. Cependant, la vigilance demeurera de mise pour le professionnel de santé, qui restera tenu de faire un usage diligent de cette technologie. C'est ainsi qu'il devra probablement, en bon professionnel, veiller à l'exactitude des données utilisées, et, au moins dans un premier temps, s'assurer de la pertinence du résultat fourni par le système. Il ne sera libéré de ce contrôle qu'à la condition que l'IA se montre plus fiable que lui, ce qui constitue pour l'heure une perspective assez lointaine. En matière de diagnostic médical, par exemple, il semble clair que l'approche algorithmique, probabiliste ne peut éclipser l'approche globale et nécessairement humaine, qui repose sur « *l'art médical, l'expertise scientifique [...], l'expérience, l'intuition, la prudence, la discussion collégiale et l'observation des spécificités d'une situation* »¹⁸. On peine dès lors à imaginer que le professionnel puisse être un jour tenu de s'en remettre à la décision de la machine¹⁹. Les principes déontologiques d'indépendance professionnelle, consacré par l'article R. 4127-5 du Code de la santé publique et de liberté de prescription, issu de l'article R. 4127-8 du Code de la santé publique, semblent d'ailleurs l'interdire, au même titre que l'article 22 du RGPD²⁰, selon lequel « *la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire* »²¹.

Par ailleurs, la proposition de règlement européen précitée fait place à la notion de « contrôle humain », et indique que « *la conception et le développement des systèmes d'IA à haut risque permettent, notamment au moyen d'interfaces homme-machine appropriées, un contrôle effectif par des personnes physiques pendant la période d'utilisation du système d'IA* » (art. 14). Dans la même veine, il avait été envisagé de faire figurer dans la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique un principe de « garantie humaine » qui aurait commandé plusieurs impératifs précis, et notamment la mise en place de procédés de « *vérification régulière des options de prise en charge proposées par les algorithmes d'aide à la décision* »²². La garantie humaine n'a finalement pas été explicitement consacrée, la seule disposition de la loi consacrée à l'IA en matière médicale, reprise à l'article L. 4001-3 du Code de la santé publique, se révélant *in fine* assez décevante :

I.-Le professionnel de santé qui décide d'utiliser, pour un acte de prévention, de diagnostic ou de soin, un dispositif médical comportant un traitement de données algorithmique dont l'apprentissage a été réalisé à partir de données massives s'assure que la personne concernée en a été informée et qu'elle est, le cas échéant, avertie de l'interprétation qui en résulte.

¹⁸ *Diagnostic Médical et Intelligence Artificielle : Enjeux Éthiques, Avis commun du CCNE et du CNPEN, Avis 141 du CCNE, Avis 4 du CNPEN, novembre 2022, p. 11.*

¹⁹ L. Morlet, « L'utilisation de l'intelligence artificielle en santé : contexte et focus sur l'engagement des responsabilités », *JDSAM* 2018 p. 99.

²⁰ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

²¹ En ce sens, Y. Poulet, « Le droit face aux développements de l'intelligence artificielle dans le domaine de la santé », *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2018/152, n° 10.

²² V. la contribution du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) à la révision de la loi de bioéthique, Avis 129, p. 103 (disponible sur : https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis_129_vf.pdf). Sur ce sujet égal., D. GRUSON, « Régulation positive de l'intelligence artificielle en santé : les avancées de la garantie humaine algorithmique », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 165.

II.-Les professionnels de santé concernés sont informés du recours à ce traitement de données. Les données du patient utilisées dans ce traitement et les résultats qui en sont issus leur sont accessibles.

III.-Les concepteurs d'un traitement algorithmique mentionné au I s'assurent de l'explicabilité de son fonctionnement pour les utilisateurs.

IV.-Un arrêté du ministre chargé de la santé établi, après avis de la Haute Autorité de santé et de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la nature des dispositifs médicaux mentionnés au I et leurs modalités d'utilisation.

S'agissant de la faute technique, le texte se contente tout au plus, d'indiquer de manière très implicite que le recours à l'IA doit rester à la discrétion du professionnel de santé (« le professionnel de santé qui *décide...* »), encore qu'on puisse douter de la pérennité d'une telle solution. En effet, l'art. R. 4127-33 du Code de la santé publique insiste bien sur le fait que « *le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés* ». L'utilisation de certains logiciels intelligents pourrait donc, pourvu que ces derniers aient fait leurs preuves, s'imposer un jour aux professionnels. Le texte n'est pas plus convaincant dans son traitement de la faute éthique.

La faute éthique consiste essentiellement, pour le professionnel de santé, à n'avoir pas correctement informé le patient préalablement à la prestation de soins, ne le mettant ainsi pas en mesure de donner un consentement éclairé à l'acte, alors même qu'un tel consentement s'impose. En vertu de l'article L. 1111-2 I du Code de la santé publique, « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». Largement conçue, l'obligation d'information aurait sans doute pu suffire à faire peser sur le professionnel de santé le devoir d'informer son patient du recours à l'IA pour réaliser l'acte de soins. Pourtant, le législateur a jugé bon d'introduire, en vertu l'article précité, une obligation d'information spécifique dans le Code de la santé publique, dont les modalités sont cependant si incertaines qu'on peut y voir un recul dans la protection du patient. Pour ne citer que certains de ces défauts, l'article L. 4001-3 I n'indique ni quand l'information est due – elle semble ainsi possible une fois l'acte réalisé²³ –, ni par qui²⁴. Enfin, le contenu de l'obligation reste incertain : faudra-t-il seulement prévenir de l'utilisation de l'algorithme ? Dire quelques mots de son fonctionnement ? De sa fiabilité ? On l'ignore pour l'heure, les contours de la faute éthique demeurant ainsi flous.

La victime d'un dommage causé par l'IA pourra donc, dans certains cas, assigner le médecin en responsabilité. Mais il restera des hypothèses dans lesquelles un dommage sera survenu à la suite du recours à une IA, sans qu'on puisse identifier une quelconque faute du médecin utilisateur. La victime pourra-t-elle alors rechercher la responsabilité de son concepteur ?

²³ Sur cette question, v. C. Crichton, « L'intelligence artificielle dans la révision de la loi bioéthique », *D. actu.* 25 nov. 2021.

²⁴ B. Bévière-Boyer, « Numérique : le minima du minima de la loi de bioéthique n° 2021-1017 du 2 août 2021 », *RGDM* n° 81, 2021, p. 77 s., spéc. p. 83.

II) La responsabilité du concepteur d'IA

Le concepteur d'une IA défaillante pourra, bien sûr, engager sa responsabilité à l'égard de la victime en cas de faute, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. Ici encore, les devoirs pesant sur ces professionnels semblent avoir vocation à se multiplier. A titre d'exemple, l'article L. 4001-3 précité III du Code de la santé publique vient, en son paragraphe III, faire peser une « obligation d'explicabilité » sur les concepteurs d'un traitement algorithmique dont l'apprentissage a été réalisé à partir de données massives, utilisé pour un acte de prévention, de diagnostic ou de soins. Qu'est-ce que cela signifie ? Vraisemblablement, que lesdits concepteurs doivent mettre les professionnels de santé en mesure de comprendre « *les mécanismes sous-jacents et les logiques algorithmiques qui fondent la décision médicale* », pour que ces derniers puissent « *conserver un regard critique sur le diagnostic suggéré* » et « *l'expliquer au patient de façon crédible* »²⁵. « *L'explicabilité est la capacité de donner un sens clinique aux résultats informatiques* »²⁶. A l'échelle européenne, la proposition de règlement sur l'IA du 21 avril 2021 envisage également de soumettre les concepteurs d'IA à haut risque à des obligations diverses : notamment, veiller à la fiabilité et la pertinence des données utilisées pour entraîner le système²⁷.

C'est cependant sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux que la responsabilité des concepteurs d'IA devrait le plus souvent être recherchée. Prévu par les articles 1245 et suivants du Code civil, et issu d'une directive communautaire du 25 juillet 1985²⁸, ce régime spécial fait peser une responsabilité objective sur les producteurs, dès lors que la victime parvient à démontrer le défaut de sécurité du produit, le dommage, et le lien de causalité entre les deux²⁹. Au regard de ce régime, cependant, l'IA soulève un certain nombre de questions.

D'abord, l'IA qui n'a pas de support matériel (accessible via un *cloud*, par exemple), peut-elle être considérée comme un produit au sens des articles 1245 et s. ? Autrement dit, peut-elle se voir appliquer la responsabilité du fait des produits défectueux ? Ni la loi française, ni la législation européenne ne tranchent cette question, pas plus que la jurisprudence³⁰.

Ensuite, à supposer que la réponse à cette première interrogation soit positive, comment pourra-t-on établir la défectuosité de l'IA ? Comme l'indique l'article 1245-3 du Code civil, « *un produit est défectueux [...] lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* », étant entendu que « *la seule implication du produit dans la réalisation du dommage ne suffit pas à démontrer sa défectuosité* »³¹. Deux questions se posent dès lors. Comment définira-t-on les attentes légitimes ? Le fait qu'un algorithme d'aide à la décision soit plus rarement mais parfois moins fiable que l'humain suffira-t-il à le considérer comme

²⁵ Assemblée Nationale, *Rapport d'information n° 1572 sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, 15 janv. 2019, p. 265-266.

²⁶ *Diagnostic Médical et Intelligence Artificielle : Enjeux Éthiques, Avis commun du CCNE et du CNPEN, Avis 141 du CCNE, Avis 4 du CNPEN*, novembre 2022, p. 37.

²⁷ V. les art. 16 à 23 de cette proposition. Le texte vise le fournisseur, mais celui-ci, défini comme « *une personne physique ou morale, une autorité publique, une agence ou tout autre organisme qui développe ou fait développer un système d'IA en vue de le mettre sur le marché ou de le mettre en service sous son propre nom ou sa propre marque, à titre onéreux ou gratuit* » (art. 3 § 2), semble au moins partiellement susceptible d'être assimilé au concepteur.

²⁸ 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

²⁹ Art. 1245-8 du Code civil.

³⁰ Sur ce débat, v. O. Sabard, « Les produits – Rapport français », in *La responsabilité du fait des produits défectueux, Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (GRERCA)*, IRJS éd., 2013, p. 93, spéc. p. 94-95.

³¹ V. par ex. Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-20.903.

défectueux ? Et surtout, comment prouvera-t-on la défectuosité ? Voici que l'IA n'a pas identifié le patient ayant vaincu un premier cancer comme présentant un risque de rechute – ce que n'aurait par ailleurs pas pu faire un médecin. Cela ne pourra pas suffire à établir sa défectuosité. La victime devra recourir aux experts pour examiner la fiabilité des données d'entraînement, leur étiquetage, les paramètres de l'IA... et espérer déceler une potentielle faille, ce qui pourrait bien s'avérer illusoire au regard de la complexité des systèmes intelligents d'ores et déjà évoquée. Suffira-t-il alors de démontrer qu'un autre système d'IA aurait fait mieux, dans la même situation ? Il est permis d'en douter, une telle comparaison ayant ses limites comme le relève un auteur : d'abord parce que deux systèmes peuvent fort bien en être à des stades très différents de leur apprentissage, ensuite parce que le fait pour un logiciel d'être plus performant qu'un autre dans un contexte déterminé ne démontre pas qu'il est globalement plus sûr³²...

Enfin, quand bien même la victime parviendrait à surmonter ces difficultés, elle risquerait encore de voir jouer contre elle d'autres dispositions du régime spécial. On peut en donner deux illustrations, tirées des causes d'exonération dont peut se prévaloir le producteur d'un produit défectueux selon l'art. 1245-10 du Code civil. En premier lieu, le producteur échappe à sa responsabilité s'il démontre que le défaut est apparu après la mise en circulation du produit, qu'on conçoit comme le moment où le produit quitte sa phase de fabrication pour entrer dans une phase de commercialisation³³. Le problème tient à ce que les concepteurs d'IA garderont souvent la main sur les systèmes après leur fourniture, notamment pour les mettre à jour. Le défaut résultant d'une mise à jour pourra-t-il encore être imputé au concepteur ? En second lieu, le même texte permet au producteur de s'exonérer de sa responsabilité s'il démontre « *que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* » – ce qu'on appelle « exonération pour risque de développement ». Les connaissances en matière d'IA n'en étant qu'à leurs balbutiements, ne faut-il pas craindre que les concepteurs d'IA parviennent très souvent à s'absoudre de leur responsabilité ?³⁴

On le voit, quand bien même la responsabilité du fait des produits défectueux serait déclarée applicable aux intelligences artificielles, elle resterait assez mal adaptée à ces nouvelles technologies. Pour cette raison, la Commission européenne a publié le 28 septembre dernier une proposition de directive visant à réformer la responsabilité du fait des produits défectueux³⁵. Cette proposition a d'abord le mérite d'indiquer que le « produit » englobe « *les fichiers de fabrication numérique et les logiciels* » (art. 4 § 1). Les concepteurs d'IA défectueuses pourront donc engager leur responsabilité sur le fondement du régime spécial. Elle tient par ailleurs compte de plusieurs des spécificités de l'IA, par exemple lorsqu'elle précise qu'« *un opérateur économique n'est pas exonéré de responsabilité, lorsque la défectuosité est due* » à « *des mises à jour ou mises à niveau logicielles* » réalisées sous le

³² Sur toutes ces réserves, et la question plus générale de l'appréciation du défaut des systèmes d'IA, v. J.-S. Borghetti, « Civil Liability for artificial intelligence : what should its basis be ? », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 17, juin 2019, p. 76 et s.

³³ CJCE, 9 février 2006, aff. C-127/04, § 27.

³⁴ Sur cette crainte, C. Mangematin, « Les propositions européennes visant à encadrer la responsabilité civile découlant de dommages causés par l'intelligence artificielle : bien mais peut mieux faire ! », *RCA* mai 2022, étude 5, § 13 ; L. ARCHAMBAULT, « La réparation des dommages causés par l'intelligence artificielle : le droit français doit évoluer », *Gaz. pal.* 2018, p. 17 ; C. COULON, « Du robot en droit de la responsabilité civile : à propos des dommages causés par les choses intelligentes », *RCA* 2016, étude 6, n° 8.

³⁵ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, COM (2022) 495 final.

contrôle du fabricant, ou « à l'absence de mises à jour ou de mises à niveau » imputables au fabricant (art. 10 § 2).

Cependant, bien qu'elle insiste sur la nécessité de protéger les usagers des nouvelles technologies et de leur offrir un niveau de protection équivalent à ceux qui utilisent des produits plus classiques³⁶, la proposition déçoit sur deux points. Si elle tient compte des difficultés pour établir la preuve du défaut et du lien causal entre le défaut et le dommage, elle y apporte une réponse complexe. En vertu de l'article 9 de la Directive proposée, « lorsqu'une juridiction nationale juge que le demandeur rencontre des difficultés excessives, en raison d'une certaine complexité technique ou scientifique, pour prouver la défectuosité du produit », tant le lien causal que la défectuosité peuvent être présumés. Encore faut-il cependant que le demandeur démontre, sur la base d'éléments de preuve suffisamment pertinents que « a) le produit a contribué au dommage » et « b) [qu'] il est probable que le produit était défectueux ou que sa défectuosité est une cause probable du dommage ». En droit français, le juge s'autorise déjà à établir le défaut, le lien causal et même l'implication du produit dans le dommage de présomptions de fait – c'est-à-dire d'indices³⁷, de sorte que le texte n'apporte rien. Une autre déception tient au maintien de l'exonération pour risque de développement, qui, d'une cause d'exonération facultative pour les Etats membres, devient impérative³⁸, même si l'état des connaissances scientifiques et techniques ne sera plus nécessairement apprécié au moment de la mise en circulation du produit, mais éventuellement postérieurement, lorsque le fabricant aura gardé le contrôle dudit produit³⁹. La volonté de ne pas froisser les acteurs de l'IA semble clairement présente.

On le comprend, un certain nombre d'améliorations doivent encore être apportées aux règles en vigueur. Les difficultés à résoudre sont cependant loin d'être inédites. Plutôt que de créer des problèmes nouveaux, l'IA exacerbe certaines failles d'ores et déjà connues de nos régimes (ainsi, l'exonération pour risque de développement est depuis longtemps décriée⁴⁰). L'intérêt qu'elle suscite ne devrait-il pas alors motiver des réformes plus globales ? L'IA ne pourrait-elle pas servir de levier à l'amélioration de la protection de toutes les victimes ?

La question se pose particulièrement en matière médicale⁴¹. On rappellera en effet qu'à défaut de responsabilité établie (du professionnel de santé comme du producteur d'un dispositif médical), la victime d'un accident médical peut être indemnisée par l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM) au titre de la solidarité nationale – ce qui bénéficiera aux victimes d'IA médicales. Il faut cependant, pour cela, que le dommage dépasse un certain seuil de gravité⁴², si bien qu'à l'heure actuelle, « une part importante » des victimes seraient exclues de cet avantage⁴³. C'est peut-être là le combat prioritaire à mener.

³⁶ Exposé des motifs, p. 7.

³⁷ Par ex., s'agissant de l'imputation de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B : Civ., 1^{re}, 22 mai 2008, n° 05-20.317, 06-10.967 ; RCA 2008, étude 8, par Ch. Radé ; RTD civ., 2008, p. 492, obs. P. Jourdain.

³⁸ Exposé des motifs, p. 15.

³⁹ Art. 10 § 1 e).

⁴⁰ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2017, n° 75.

⁴¹ J.-S. Borghetti, « L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome », préc. L'auteur estime que « la réponse aux dommages liés aux robots médicaux est (...) peut-être à chercher du côté des règles propres à la responsabilité médicale ou à l'indemnisation des accidents médicaux ».

⁴² Art. L.1142-1-II et D. 1142-1 du Code de la santé publique.

⁴³ Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, 9^e éd., Dalloz, 2022, n° 675.

De la méconnaissance à la reconnaissance d'une nocuité invisible en matière de santé environnementale

Valentine ERNE-HEINTZ

Maître de conférences HDR en sciences économiques à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992),

Ancienne élève de l'ENS Cachan (1992-1996)

Anciennement membre (2020-2022) du groupe de travail *Santé-Environnement § Covid-19, Société Francophone de Santé et Environnement (SFSE)*

Anciennement Experte et présidente du groupe de travail « Sciences Humaines et Sociales » (2012-2015), Unité *Risques et Société* à l'ANSES

Résumé : Concernant les risques de santé environnementale, le temps brouille durablement le lien de causalité et joue en défaveur des victimes. Les victimes s'emparent alors de l'évaluation du risque en construisant leurs propres preuves. Mais ce savoir profane entre parfois en conflit avec l'analyse classique des risques. Les victimes développent alors des stratégies d'*empowerment* pour donner de la visibilité au risque subi faire reconnaître leur risque en transformant leur cas personnel en un problème de santé publique.

Mots clés : santé environnementale ; expertise ; risque ; inégalités environnementales ; incertitudes ; savoir profane ; one health

Abstract : *Regarding environmental health risks, time durably blurs the causal link and plays against the victims. They take over the risk assessment by constructing their own proofs. But this lay knowledge comes sometimes into conflict with traditional risk analysis. They develop also empowerment strategies by transforming their personal case into a public health problem to have their risks recognized by the public authorities.*

Keywords : *Environmental health ; expertise ; risk ; environmental inequalities ; uncertainties ; lay knowledge ; one health*

Quel est le point commun entre des victimes de l'amiante (Molitor, 2010), du distilbène (Fillion & Torny, 2015) des riverains d'un couloir à camions ou d'une zone portuaire à fort trafic ou encore de volontaires qui, munis de capteurs, mesurent les expositions en matière de pollution atmosphérique ? Il s'agit de victimes d'inégalités environnementales (Emilianoff, 2006) souffrant d'une pathologie atypique (cancers pédiatriques, infertilité, dysgénésie testiculaire, maladies neuro-dégénératives, agénésie transverse des membres supérieurs, etc.). Ces citoyens tentent de donner de la visibilité à une pathologie ou un risque subi en incriminant un site¹, une substance (Thébaud Mony, 2008 ; Jouzel & Prete, 2015) ou un cadre de vie (Cashman et al., 2008 ; Chabbal, 2005 ; Brown et al, 2004) qui met en danger leur santé. Leur objectif est de comprendre l'origine de cette nocuité, la raison de sa survenance à cet endroit précis (Calvez et Leduc, 2011) et la cause d'une prévalence d'un tel risque atypique. Ce dernier prend la forme d'un cluster, soit d'un regroupement spatial et temporel d'une

¹ Calvez M., Leduc S. (2011) présentent trois cas : l'installation d'antennes-relais sur le toit d'un groupe scolaire à Saint-Cyr l'Ecole et l'apparition de pathologies rares chez les enfants de cette zone ; la proximité d'un incinérateur de déchets et un surrisque de cancers à Nivillac (Morbihan) ; la construction d'une école maternelle au-dessus d'un ancien site industriel et l'apparition de cancers chez des enfants à Vincennes.

pathologie rare. Ce cluster se définit clairement comme une communauté de condition où la victime apprend à « devenir victime » (Felstiner et al. 1991 ; Pedrot, 2014 ; Jouzel & Prete, 2015).

Cette contribution ambitionne de retracer ce parcours de citoyens ordinaires qui, victimes d'un risque de santé environnementale, cherchent à faire reconnaître une injustice environnementale, un risque subi pour interpeller les pouvoirs publics sur cette dégradation de leur santé. Elle se situe dans la lignée de travaux de Fischhoff et al. (1978), Epstein (1996), Brown (1992), Callon et Lascoumes (2001), Brown et al. (2004), Conrad & Hilchey (2010), Britto & Cardoso (2012) ou encore Thébaud-Mony (2014) qui ne sont pas sans rappeler ceux de Rachel Carson, *Le printemps silencieux* (1962) ou encore de Sheldon Krinsky, *Le chaos hormonal* (2000). Nous rappellerons ainsi, dans un premier temps le contexte dans lequel émerge un risque de santé environnementale et, spécifiquement un contexte d'incomplétude d'informations qui renforce le risque de méconnaissance ou de non reconnaissance dudit risque **(I)**. Dans un second temps, nous montrerons que face à des arguments d'autorité et une rationalité procédurale, les victimes élaborent des stratégies de regroupement (souvent en associations) qui leur permettent de s'émanciper de leur statut de victimes en devenant acteurs de santé environnementale afin d'obtenir une reconnaissance officielle de leur situation **(II)**.

I) Un contexte d'incomplétude d'informations qui renforce le risque de méconnaissance ou de non reconnaissance d'un risque santé environnemental

Il existe, en matière de santé environnementale, des risques silencieux (Barthe, 2010), invisibles (Erné-Heintz, 2017) voire sous-estimés ou ignorés par les autorités sanitaires en raison de fortes incertitudes dans l'analyse classique du risque (Drais, 2017). Ces situations d'incomplétude d'information et d'ignorance scientifique, peuvent conduire à nier ou à négliger certains risques en matière de santé (faibles doses, expositions chroniques, perturbateurs endocriniens). En effet, les facteurs environnementaux ou certaines substances chimiques ne laissent pas de signature explicite en raison du temps qui brouille les pistes et rend la démonstration (la preuve) de leur rôle dans l'apparition de symptômes ou d'une pathologie d'autant plus difficile. Ainsi, par exemple, très souvent, les agriculteurs ne portent pas de protection individuelle pendant les phases de préparation, de traitement ou de nettoyage. Les contacts respiratoires ou cutanés sont habituels. Par ailleurs, les informations toxicologiques sur les emballages des produits sont parfois difficiles d'accès aux non-initiés voire illisibles. Or, non seulement, le temps joue en défaveur des victimes, mais également certains outils d'analyse qui filtrent (Erné-Heintz et Vergnaud, 2016) et simplifient l'approche (ainsi du principe de Paracelse qui raisonne en dose / poison alors qu'il s'agit d'un problème de multi-exposition). Autrement dit, l'incertitude scientifique (Chateauraynaud et al., 2013) ne se limite pas uniquement à ce que l'on ne sait pas, mais se décline aussi autour de ce que l'on ne sait pas faire (un problème d'outils) ou que l'on a du mal à imaginer (comme par exemples un scénario avec des multi-expositions avec la présence simultanée de radon, de lindane ou de formaldéhyde comme ce fut le cas sur un site industriel reconverti en zone résidentielle. Nous pouvons également citer les cas où ce n'est plus tant « la dose qui fait le poison » mais la période d'exposition qui induit un effet toxique : apparaissent alors des e lorsque la relation temps-effet se révèle être plus importante que la relation dose-effet avec

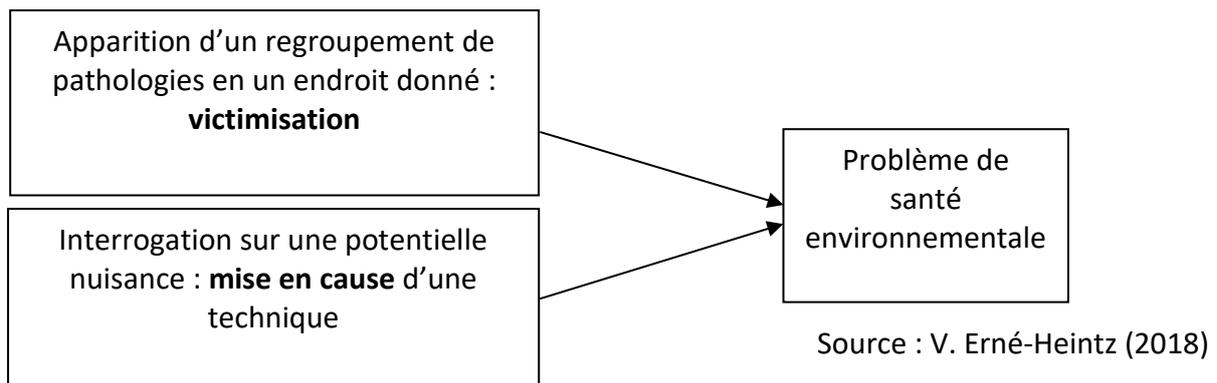
effets dits « effets fenêtre » ou transgénérationnels chez les filles distillbène). Ici, l'outil ou/et la norme peut produire de l'ignorance.

Or, caractériser l'exposition par le biais d'un seuil ou d'une dose maximale fait partie intégrante de l'évaluation des risques. Elle est spécifique pour un effet donné, une voie et une durée d'exposition. Elle est indispensable aux professionnels de la santé publique pour caractériser un risque sanitaire encouru par la population ou une catégorie de la population (Erné-Heintz et Bard, 2016). Cette limite est ensuite transcrite dans des normes réglementaires (Erné-Heintz et Vergnaud, 2016) : elle rend visible un risque car elle est un indicateur qui établit une relation entre une dose d'exposition à une substance toxique et la survenance d'un effet nocif. Aussi, définir un seuil ou une norme de sécurité (alimentaire ou au travail) est un outil de maîtrise des risques. La norme rassure ; elle répond à une soif de structure, un besoin d'ordonner, d'expliquer et de justifier comme le concèdent Le Goff & Onnée, S. (2017) : « *La puissance de la norme est l'un des facteurs explicatifs de sa prolifération dans nos sociétés. [...] La norme a su séduire les instances à même de se saisir des rapports de pouvoir, de rationalisation et d'administration des hommes et des choses* ». Autrement dit, choisir un seuil ou une norme n'est pas neutre. Pour Erné-Heintz V. et Vergnaud J.-C., (2016), cette approche définit « *l'absence d'effets néfastes sur la santé humaine avec une certitude raisonnable et non pas l'absence de risque. Elle consacre le principe d'un risque acceptable. A titre d'exemple, la directive REACH réglemente les produits chimiques et introduit la notion de DNEL (derived no effect level) : il s'agit du niveau d'exposition au-dessus duquel les hommes ne devraient pas être exposés, une valeur seuil² appelée valeur toxicologique de référence (VTR)* ». Toutefois, cette démarche contribue à rendre invisibles d'autres risques en matière de santé environnementale. Ces derniers méconnus ou mal définis (faibles doses bio-accumulatives, perturbateurs endocriniens, mutagènes, reproductifs) entrent alors dans des « zones d'ombre » dans l'analyse classique du risque (Erné-Heintz & Vergnaud, 2016).

C'est dans ce contexte que des victimes apostrophent (Figure 1) les autorités sanitaires ou les pouvoirs publics pour comprendre l'apparition d'un risque sériel atypique ou d'une nocuité subie au moyen de pétitions, de mobilisations, de plaintes devant les tribunaux à cette seule fin de demander aux autorités compétentes de diligenter une enquête publique, d'opérer des mesures ou des contrôles, d'effectuer des relevés. « *Le public concerné adresse des questions aux autorités, questions de recherche qui supposent des investigations. Les demandeurs [...] réclament que les autorités se saisissent du problème et que des scientifiques – autrement dit, des enquêteurs professionnels – se penchent sur leur cas pour apporter des réponses à leurs questions et apaiser leurs inquiétudes* » (Akrich et al., 2010, p.18).

²Les premières applications s'observent dans le domaine professionnel puisqu'il s'agissait de garantir la sécurité des salariés. Puis dans le domaine sanitaire, à travers la question des résidus de pesticides. Pourtant, dès la fin des années 50, l'idée du seuil fut contestée pour les substances cancérigènes pour lesquelles les toxicologues cessèrent alors de proposer des valeurs seuils. Cependant, la nécessité de quantifier le risque s'imposa en raison du coût économique de la réduction du risque. Ainsi naquit, dans les années 70, la notion de risque acceptable et avec elle celle « d'options par défaut ».

Figure 1 : La mise en visibilité d'un problème de santé environnementale



En réalité, ces victimes subissent parfois une seconde injustice : non seulement elles sont victimes d'un risque environnemental, mais en plus elles ne sont pas entendues par les autorités sanitaires (Allen et al., 2017 ; Akrich et al., 2010) qui, en fermant leur dossier, répondent à leur demande en spécifiant l'absence d'un surrisque dans cette zone par rapport à une moyenne départementale ou une insuffisance de cas. En l'espèce, à Salindres et Rousson près d'Alès, entre 2006 et 2015, 9 cas de glioblastome, cancer rare du système nerveux avec un taux de survie de 5% à 10 ans, ont été recensés. Le seul point commun est qu'un tiers des victimes a travaillé sur le site industriel. La première enquête de l'Agence Régionale de Santé avait, dans un premier temps, conclut à une insuffisance de cas. Aujourd'hui et suite à de nouveaux cas, Santé Publique France mène « *une investigation environnementale préliminaire [...] car deux sources de rayonnements ionisants ont été retrouvées sur la plateforme chimique. [...] D'autres facteurs de risque sont également suspectés, tels que les produits nitro-urées, utilisés dans les laboratoires de biologie ou encore les pesticides* »³.

Cette négation renforce le sentiment d'injustice (une distribution injuste et incomprise d'un risque de santé) qui fait, cette fois-ci, apparaître un affrontement des visions du monde (« *Weltanschauung* »). Ce procès en légitimité (Lichtenstein et al., 1978) peut contribuer à accentuer le sentiment d'injustice en raison d'une double asymétrie. D'une part, le savoir des experts demeure le mode dominant de légitimation d'une action publique, reléguant les connaissances accumulées par les personnes concernées au second plan. D'autre part, ce « savoir-pouvoir » (Foucault, 1994) contribue à décrédibiliser la parole des victimes qui se révèle parfois diffractée et fragmentée (en raison d'une subjectivité liée à des éléments de santé déclarée où les émotions (Salaris, 2017 ; Pedrot, 2014 ; Akrich & Rabaharisoa, 2012) jouent un rôle évident dans le parcours de reconnaissance de leur expérience blessante). Cette mémoire douloureuse (parfois très intime) des victimes tend à disqualifier leur parole et à reléguer ce savoir profane à l'insignifiant ou à l'ignorance.

Cette recherche non-académique « en train de se faire » ou savoir citoyen (Akrich, 2018) – ce savoir profane – est très souvent le résultat d'un laborieux travail d'enquêtes, de partage de données médicales personnelles, de photos, de récits qui reposent sur des parcours individuels biographiques. Cette  pid miologie populaire (Phil Brown, 1992 ; San Sebastian et Hurtig, 2005) ou science participative (Calvez, 2015) est, par nature, holistique, empirique

³ Source : *Le Figaro*, 6 février 2020, p. 9.

(Akrich, 2019 ; Collins et Evans, 2002) et fondamentalement heuristique. Ces données tant qualitatives que quantitatives basées sur un *self reported Health* entrent parfois en dissonances (Figure 2) avec les protocoles scientifiques des experts (Erné-Heintz & Bard, 2016) qui émettent des réserves en raison d'une méthode d'échantillonnage biaisée, d'un effet nocebo⁴, d'écarts d'appréhension ou d'un manque de représentativité.

Figure 2 : Des dissonances cognitives entre le savoir profane et le savoir des experts

Savoirs d'experts	Savoirs profanes
Approche rationnelle par le calcul et la métrologie	Référence au vécu, à l'expérience, au sensible
Rôle de la moyenne : logique prévisionnelle a priori (modélisation) ou a posteriori (statistique)	Approche par le cas d'espèce, valeur extrinsèque d'un risque subi
Définition d'une probabilité d'occurrence selon une logique des grands nombres	Approche par le nombre « d'essais supportables »
Évaluation des niveaux d'incertitude	Réduction de l'incertitude (par analogies, associations)

Source : Erné-Heintz (2020)

En effet, cette connaissance communautaire – cette ethnographie participante transversale – n'est pas sans conséquence en matière de production de connaissances car elle a pour seul objectif d'accumuler des preuves. Or, la preuve renvoie également à une procédure qui rend une connaissance acceptable, valide en capacité de montrer, d'éclairer, de démontrer. Elle suscite parfois des interrogations sinon des doutes en raison du caractère communautaire, contextualisé et empirique des données. Dès lors, comment donner du poids à cette parole rendue muette par cette rationalité technocratique (Blais, 2006 ; Chevassus-au-Louis, 2000 ; Rémy, 1995) ?

II) Face à des arguments d'autorité et une rationalité procédurale, les victimes élaborent des stratégies de regroupement qui leur permettent de s'émanciper de leur statut de victimes en devenant acteurs de santé environnementale

Cette guerre des qualifications (Figure 3) entre les savoirs des experts et des profanes (Harpet, 2010 ; Blais, 2006 ; Erné-Heintz, 2020a ; Eisenberg, 1977 ; Allen et al., 2017) constitue alors un puissant vecteur de mobilisation des victimes qui, peuvent faire le choix de se regrouper sous la forme d'associations, autant de coalitions éphémères hybrides. Ces démarches s'inscrivent dans une tradition anglosaxonne d'*environmental justice* : « *C'est bien la question de l'exposition socialement différenciée aux risques technologiques qui fait naître le mouvement*

⁴ De nombreuses études concernant les antennes-relais ont ainsi été jugées d'un niveau de preuve insuffisant ; le risque perçu est intimement lié à la représentation de la technologie : il est ici question d'angoisse ressentie, de fatigue et de stress. Or « de meilleures preuves, ne seront peut-être jamais apportées du fait de la particularité de l'objet-risque ondes électromagnétiques ». (Giroux et Hours, 2013), pp.5-6).

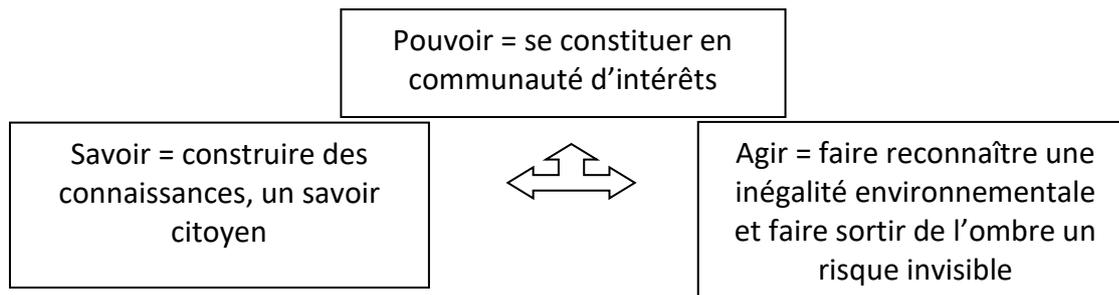
de l'environnemental justice, et érige les inégalités face à l'environnement en préoccupation première. [...] Cette expérience collective de l'injustice est fondatrice du sentiment d'appartenir à une 'communauté d'épreuve'. » Deldrève & Candau. (2015, p. 86-87).

Figure 3 : Une guerre des qualifications entre les savoirs des experts et des profanes

<p>Des connaissances empiriques communautaires Ex : échanges de photos, comparaisons de bilans sanguins, des sensations, des récits, des données qualitatives intimes, <i>Lifecourse</i>, parcours biographiques</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Les victimes qui ne maîtrisent pas les codes scientifiques ➤ Une démarche inductive et descriptive des profanes 	<p>Des éléments de santé déclarée se référant</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ À la santé ressentie ou perçue ➤ Un rôle évident des émotions ➤ Une mémoire douloureuse ex : les victimes du distilbène ➤ Une tension entre la preuve juridique et la preuve scientifique
<p>Une méthode d'échantillonnage aléatoire biaisée :</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Proximité de sites pollués ➤ Propension à déclarer des problèmes de santé ou à se percevoir en mauvaise santé résulterait de « mécanismes de stress psychologique » 	<p>Des conflits de perception ou « conflits de rationalité » :</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Légitimité scientifique de l'épidémiologie ➤ Une difficulté à contester les décisions des experts : arguments d'autorité

L'objectif recherché est de mettre en commun des mots, des vécus individuels, de partager des *experience-based experts* (Collins et Evans, 2002) en formant un réseau de justice environnementale : se rattacher à un groupe qui partage la même expérience douloureuse afin d'ester individuellement et d'investir collectivement l'espace public constitue ni plus ni moins une transformation identitaire libératrice qui permet de « faire sens, ensemble ». Ce besoin d'agrèger en créant un collectif, une communauté d'épreuve, en collectivisant une cause contribue à s'émanciper de son cas personnel (statut de victime méconnue ou ignorée) en la transformant en une expérience collective (Felstiner et al., 1980 ; Talpin, 2013 ; Ballet et al., 2013 ; Pedrot, 2014 ; Bacqué, 2005) afin de faire reconnaître un risque subi. Il n'est pas rare qu'un tiers participe voire enclenche cette émancipation : souvent, il s'agit d'une épouse, d'un avocat, d'un médecin, des médias, etc. En l'espèce, il existe des processus sociaux d'auto-exclusion, processus qui poussent à passer sous silence certaines expériences trop douloureuses ou culpabilisantes et à ne pas demander réparation qui accentuent l'inégalité environnementale. De ce fait, appartenir à une communauté d'épreuve (Figure 4) peut aider à réduire l'asymétrie de pouvoir qu'il peut y avoir entre une victime isolée (qui préfère parfois se taire eu égard au coût psychologique d'une plainte et à la probabilité de succès d'une procédure) et l'accusé (qui dispose d'un service juridique par ex.).

Figure 4 : Faire sortir de l'ombre un risque de santé environnementale



Source : Ern -Heintz (2020)

Cette communauté d'épreuve en rassemblant ces connaissances communautaires peut aussi, parfois, contribuer à transformer le droit (loi d'indemnisation pour les victimes de l'amiante et des essais nucléaires (Barthe, 2010), du distilbène (Fillion & Torny, 2015) en inventant un nouveau dispositif comme le « *market share liability* » aux Etats-Unis). De plus, la médiatisation (Callon, 2003 ; Joffe, 2004 ; Barthe, 2010 ; Pedrot, 2014) et/ou la judiciarisation concourent à faire reconnaître une double demande de justice : une justice distributive (reconnaissance du risque subi et du tort que les victimes ont subi avec l'attribution de responsabilités) et une justice procédurale (une demande d'écoute et de participation qui va bien au-delà d'un simple droit à l'information). Ici, le droit représente alors un puissant vecteur d'émancipation pour les requérants dès lors qu'il permet cette reconnaissance (Jouzel & Prete, 2015). Le juge scotomise les récits, le contexte, les arguments au problème qu'il doit juger : certains éléments ou faits peuvent être entendus, recevables car ils participent à une « conviction sociale » alors qu'ils ne seraient pas retenus sur le plan scientifique. C'est la raison pour laquelle, le juge peut concourir à la reconnaissance de ces inégalités environnementales susmentionnées. La victoire à un procès, en donnant du sens (Bernard, 2014)   une inégalité environnementale subie, participe à cette réappropriation et la reconstruction d'un parcours de vie. Dans les cas, où justement la preuve est malaisée à apporter, le droit peut (doit)  tre une arme pour rétablir l'équilibre, donner de la visibilité à un risque de santé environnementale. S'opposent ici des raisonnements causaliste et probabiliste comme pour les très faibles doses ou les expositions chroniques. Les institutions adoptent un raisonnement causaliste : il faut apporter la preuve d'un lien de causalité entre une activité professionnelle et une pathologie individuelle. La difficulté est que la preuve scientifique est par nature probabiliste, malaisée à prouver au niveau individuel. C'est la raison pour laquelle, des victimes mettent en œuvre des stratégies pour faire reconnaître une surexposition à un risque lié à leur cadre de vie ou à une dégradation des écosystèmes dans leur environnement proche. Elle montre qu'une mobilisation à travers une communauté d'épreuve peut faire émerger un problème de santé environnementale tout en interpellant les pouvoirs publics sur un besoin de justice via une triple étape « *naming – blaming – claiming* » (Felstiner et al., 1980). Cela suppose un long (et souvent douloureux) cheminement psychologique : réaliser que je suis une victime – mettre un nom sur un trouble de santé, une pathologie – faire reconnaître et obtenir réparation.

En conclusion, l'expertise profane intervient dans un contexte d'incomplétude d'informations où le savoir des experts se révèle parfois insuffisant. Elle révèle la complexité des effets d'une dégradation d'un cadre de vie sur la santé. Or, ces zones d'ombre offrent de nouvelles

opportunités en matière de science participative, entre la société civile et la science. Il existe aujourd'hui plusieurs expériences qui permettent de créer une « mémoire environnementale » (Osadtchy, 2014) d'un territoire à l'instar de Lyon ou Marseille où des citoyens deviennent des sentinelles de santé environnementale. Ces démarches créent, entre citoyens volontaires et scientifiques, des zones d'acculturation réciproque ; elles n'ont qu'un seul objectif, lutter contre l'« infodémie » et l'ignorance en développant des bases de données participatives (un *Green Date Hub*). L'inscription de l'exposome dans loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé⁵ (art. L1411-1 à L1411-10) est une autre preuve de ce besoin d'une vision moins cloivante et plus globale : elle laisse néanmoins un grand chantier pour relier le droit du travail (les maladies professionnelles) et le droit commun au profit d'une approche plus transversale qui pourrait s'inspirer du courant « one health ».

Bibliographie indicative :

- M. Akrich, « Temporalités, régimes de participation et formes de communauté. Comprendre la dynamique d'un forum grand public autour du dépistage prénatal », *Réseaux*, 214-215/2, 2019, p. 26-66.
- M. Akrich M. (2018), « De la participation à l'engagement : communautés en ligne et activisme dans le domaine de la santé », B. Laurent, M. Baker, V. Beaudouin, N. Raullet-Croset, *Innovation et Participation. Approches critiques*, Presses des Mines, 2018, p. 19-40.
- M. Akrich, Y. Barthe & C. Rémy, « Les enquêtes profanes et la dynamique des controverses en santé environnementale », M. Akrich & Y. Barthe (eds.), *Sur la piste environnementale : menaces sanitaires et mobilisations profanes*, Presses des Mines, 2010.
- M. H. Bacqué, « L'intraduisible notion d'*empowerment* vu au fil des politiques urbaines américaines », *Territoires*, n° 460, 2005.
- J. Ballet, J.-M. Koffi, J. Pelenc, "Environment, Justice and the Capability Approach", *Ecological Economics*, 85/1, 2013, p. 28-34.
- Y. Barthe, « Cause politique et « politique des causes : La mobilisation des vétérans des essais nucléaires français », *Politix*, 91/3, 2010.
- F. Bernard, « Imaginaire, participation, engagement et *empowerment* : Des notions pour penser la relation entre risques et changements », *Communication & Organisation*, 45/1, 2014, p. 87-98.
- L. Blais, « Michel Foucault Sociologue », *Sociologie et sociétés*, vol. 38/2, 2006.
- A. L. Britto, A. Cardoso, « Les enjeux liés à l'occupation des berges fluviales dans la Région métropolitaine de Rio de Janeiro : une analyse dans la perspective de la justice environnementale », *Flux*, 2012/3-4 (n° 89-90), p. 90-101.
- P. Brown, « Popular epidemiology and Toxic waste contamination: Lay and Professional Way of knowing », *Journal of Health and social Behaviour*, 33/5, 1992, p. 267-281.
- P. Brown, S. Zavestoski, S. McCormick, M. Mayer, R. Morello Froschand, R. Gasior *et al.*, « New approaches to social movements in health Embodied health movements: new

⁵ « Art. L. 1411-1.-La Nation définit sa politique de santé afin de garantir le droit à la protection de la santé de chacun. La politique de santé relève de la responsabilité de l'Etat. Elle tend à assurer la promotion de conditions de vie favorables à la santé, l'amélioration de l'état de santé de la population, la réduction des inégalités sociales et territoriales et l'égalité entre les femmes et les hommes et à garantir la meilleure sécurité sanitaire possible et l'accès effectif de la population à la prévention et aux soins. La politique de santé comprend : 1° La surveillance et l'observation de l'état de santé de la population et l'identification de ses principaux déterminants, notamment ceux liés à l'éducation et aux conditions de vie et de travail. L'identification de ces déterminants s'appuie sur le concept d'exposome, entendu comme l'intégration sur la vie entière de l'ensemble des expositions qui peuvent influencer la santé humaine. »

- approaches to social movements in health » *Sociology of Health & Illness*, 26/1, 2004, p. 50-80.
- M. Callon, « Quel espace public pour la démocratie technique ? », *Les sens du public*, PUF, 2003.
- M. Callon, P. Lascoumes, Y. Barthe, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Le Seuil, 2001.
- M. Calvez, « Epidémiologie populaire », E. Henry, C. Gilbert, J.-N. Jouzel, P. Marichalar (dir.), *Dictionnaire critique de l'expertise. Santé, travail, environnement*, Presses de Sciences-Po, 2015.
- M. Calvez, S. Leduc, *Des environnements à risque. Se mobiliser contre le cancer*, Presses des Mines, 2011.
- M. Calvez, « Les signalements profanes de clusters de cancers : Épidémiologie populaire et expertise en santé environnementale », *Sciences Sociales et Santé*, 27/2, 2009, p. 79-106.
- R. L. Carson, *Le Printemps silencieux*, Trad. J.-F. Gravand, Plon (coll. « Livre de poche », 2378), 1968.
- S. B. Cashman, S. Adeky, A. J. Allen *et al.*, « The power and the promise: working with communities to analyze data, interpret findings, and get to outcomes », *Am J Public Health*. 98/8, 2008, p. 1407-1417.
- J. Chabbal, « Le risque invisible. La non-émergence d'un problème public », *Politix*, n° 70, 2005.
- F. Chateauraynaud, J. Debaz et M. Fintz, « Aux frontières de la sécurité sanitaire. Les controverses métrologiques sur les faibles doses et les perturbateurs endocriniens », *Natures Sciences Sociétés*, 21/3, 2013, p. 271-281.
- B. Chevassus-au-Louis, « Retour de l'irrationnel ou conflit de rationalités », revue *Projet*, n° 261, 2000, p. 63-72.
- H. Collins, R. Evans, "The third wave of sciences studies : studies of expertise and experience", *Social Studies of Science*, 32/2, 2002, p.235-296.
- C. C. Conrad, K. G. Hilchey, « A review of citizen science and community-based environmental monitoring: issues and opportunities », *Environ Monit Assess*, 176, 2011, p. 273–291.
- V. Deldrève & J. Candau, « Inégalités intra et intergénérationnelles à l'aune des préoccupations environnementales », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2015, p. 81-87.
- E. Drais, « La prévention des risques émergents à l'épreuve du principe de précaution : le cas des nanomatériaux », *Droit et Société*, 2017/2.
- L. Eisenberg, « Disease and illness. Distinctions between professional and popular ideas of sickness », *Cult Med Psychiatry*. 1977, 1, p. 9-23.
- Emilianoff C., « Connaître ou reconnaître les inégalités environnementales ? », *ESA, Travaux et Documents*, 2006, 25, décembre, pp. 35-43.
- S. Epstein, « The construction of lay expertise: AIDS activism and the forging of credibility in the reform of clinical trials », *Science, technology and human values*, 20/4, 1996, p. 408-437.
- V. Ern -Heintz, « La santé environnementale : un autre regard sur le risque ou comment le savoir profane s'invite dans l'évaluation du risque », *Revue AMNIS, Revue d'études des sociétés et cultures contemporaines Europe-Amérique*, mis en ligne le 16 novembre 2020, <https://journals.openedition.org/amnis/5237>
- V. Ern -Heintz, « Le savoir profane pour révéler une inégalité environnementale », *Revue Environnement, Risques, Santé (ERS)*, vol. 19, 2020, 4, pp.281-285 .

https://www.ile.com/fr/revues/ers/e-docs/le_savoir_profane_pour_reveler_une_inegalite_environnementale_318146/article.phtml

V. Ern -Heintz, « Risque et inégalités environnementales. Un autre regard sur le risque », *Université et Prétoire*, L'Harmattan, *Mélanges en l'honneur de M. Le Professeur Lienhard*, sous la direction de Corpart I., Lacroix C., Steinlé-Feuerbach M.-F., 2020, p. 247-256.

V. Ern -Heintz, « Incertitude et querelle d'experts : que nous apprend le Covid ? », *La Lettre d'information de la SFSE, Société Francophone de Santé et Environnement (SFSE)*, mai 2020, https://www.sfse.org/FR/vie_de_la_sfse/la_lettre_de_la_sfse.asp

V. Ern -Heintz, « Se constituer en une communauté d'intérêts comme une stratégie d'empowerment pour la reconnaissance d'un préjudice... », *JAC*, 2018, 176, <http://www.jac.cerdacc.uha.fr/se-constituer-en-une-communaute-dinterets-comme-une-strategie-dempowerment-pour-la-reconnaissance-dun-prejudice-par-v-erne-heintz/>

V. Ern -Heintz, « Devenir victime ... », *JAC*, 2018, 173, <http://www.jac.cerdacc.uha.fr/devenir-victime-v-erne-heintz/>

V. Ern -Heintz, « Le côté obscur du risque : son invisibilité ! », *Risques, Etudes et Observations*, 2017-2, pp.21-39, <https://fr.calameo.com/read/005049066fa9bf1a01289>

V. Ern -Heintz, « Croiser les regards pour renouveler l'analyse du risque », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2018, 50/2, p.345-354, <https://journals.openedition.org/allemande/940>

V. Ern -Heintz et J.-C.Vergnaud, « Au sujet du besoin d'un niveau de preuve robuste pour évaluer le risque », 2016, *Revue Vertigo*, <https://journals.openedition.org/vertigo/17828>

V. Ern -Heintz, « La gouvernance des nouveaux risques : quelle place pour l'expertise dans l'agir collectif ? », *Droit de l'environnement*, 2006, 142, octobre/8, pp.275-280.

E. Giroux, M. Hours M., « La controverse santé-radiofréquences : la science face à l'incertitude et à la partialité. Environnement », *Risques et Santé*, 2013, 12/3.

W. L. F. Felstiner William, L. Abel Richard, A. Sarat, « L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer », *Politix*, vol. 4, n  16, 1991.

W. L. F. Felstiner, A. L. Richard L., A. Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes : Naming, Blaming, Claiming...", *Law & Society Review*, 15/3-4, 1980, p. 631-54.

E. Fillion & D. Torny, « De la réparation individuelle à l'élaboration d'une cause collective: L'engagement judiciaire des victimes du distilbène », *Revue française de science politique*, 2015, 65, p.583-607.

B. Fischhoff, P. Slovic, S. Lichtenstein, S. Read, & B. Combs, « How safe is safe enough? A psychometric study of attitudes towards technological risks and benefits », *Policy Studies*, vol. 9, 1978, p. 127-152.

M. Foucault, « Le sujet et le pouvoir », *Dits et écrits*, vol. 4, Gallimard, 1994.

C. Harpet, « Risques sanitaires et perception sociale : Entre analyse experte et vécu du public exposé », *Pollution Atmosphérique : climat, santé, société*, Le Kremlin Bicêtre : Revue *Pollution atmosphérique*, 2010.

S. Krimsky, *Hormonal Chaos. The Scientific and Social Origin of the Environmental Endocrine Hypothesis*, Ed. John Hopkins, 2000.

H. Joffe, « De la perception à la représentation du risque : le rôle des médias », *Hermès*, n  41, 2005, p. 121-123.

J.-N. Jouzel, G. Prete, « Devenir victime des pesticides. Le recours au droit et ses effets sur la mobilisation des agriculteurs », *Sociologie du travail*, 56/4, 2014, p. 435-453.

- J. Le Goff & S. Onnée, « Introduction générale », dans : Joan Le Goff, *Puissances de la norme : Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*, Caen, France, EMS Editions, 2017, p.13-18.
- S. Lichtenstein, P. Slovic, B. Fischhoff, M. Layman and B. Combs, « Judged frequency of lethal events », *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 1978, 4, 551-78.
- M. Molitor, « Négociations et tensions autour de la création du Fonds amiante », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2010, 2048-2049, 5-61.
- C. Osadtchy, « Mobilisations et conflits liés à la maîtrise de l'urbanisation autour des industries à risque », *Territoire en mouvement Revue de géographie et aménagement*, 2014, p. 23-24.
- F. Pedrot, « Être ou devenir victime ? Le cas des surirradiés », *Politix*, 106/2, 2014, p. 189-210.
- E. Rémy, « Apprivoiser la technique. Débat public autour d'une ligne à haute tension », *Politix*, 8/3, 1995.
- C. Salaris, « Mobiliser par émotions, mobiliser les émotions : Le cas des victimes du Distilbène », *RFSP*, 67/5, 2017, p. 857-878.
- M. San Sebastin, et A-K. Hurtig, « Oil Development and Health in the Mazon Basin of Ecuador: the popular epidemiology process », *Social science and Medicine*, n° 60, 2005, p. 799-807.
- J. Talpin, « Former des sujets démocratiques : Les effets de la participation sur les individus », *Idées économiques et sociales*, vol. 173, n° 3, 2013.
- A. Thébaud-Mony, *La science asservie. Santé publique : les collusions mortifères entre industriels et chercheurs*, La Découverte, 2014.

Réflexions sur le rapport « bénéfice / risque » en droit médical

Paul VERON,

Maître de conférences à l'université de Nantes,
laboratoire Droit et changement social (UMR 6297)

Résumé : Il ressort des normes régissant l'activité médicale qu'une intervention diagnostique ou thérapeutique n'est justifiée que si les bénéfices qui en sont attendus sont supérieurs aux risques qu'elle induit. Selon les contextes dans lesquels elle s'applique, cette règle a toutefois une signification et une portée variables, notamment selon qu'elle met en balance des bénéfices et des risques, d'une part, pour la santé uniquement ou au-delà, d'autre part, pour un individu seulement ou plus largement pour la collectivité. Méthode de raisonnement impliquant un jugement de proportionnalité, l'évaluation du rapport bénéfice/risque dans le champ médical et sanitaire présente ainsi plusieurs visages.

Mots-clés : santé ; médecine ; bénéfices ; risques ; proportionnalité ; vaccination ; recherche biomédicale ; obstination déraisonnable ; chirurgie esthétique ; priorisation des patients ; attribution des greffons.

Abstract: *It appears from the standards governing medical activity that a diagnostic or therapeutic intervention is justified only if the expected benefits outweigh the risks involved. Depending on the context in which it is applied, however, this rule has a variable meaning and scope, depending in particular on whether it balances benefits against risks, on the one hand, for health alone or beyond, and on the other hand, for an individual only or for the wider community. As a method of reasoning involving a proportionality judgment, the evaluation of the benefit/risk ratio in the medical and health field has several faces.*

Keywords: *health; medicine; profits; risks; proportionality; vaccination; medical research; unreasonable obstinacy; patient prioritization; allocation of grafts.*

L'idée que l'intervention du médecin ne doit pas créer pour son patient plus de désagrément que de bienfaits, plus d'effets négatifs que positifs, est une règle très ancienne. Elle apparaît déjà chez Hippocrate au 5^{ème} siècle avant J.-C. Un passage du *Serment* dispose ainsi : « *je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant mes forces et mon jugement, et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice* ». Cette règle de conduite apparaît plus clairement encore dans le *Traité des Épidémies*, publié environ en 410 av. J.-C. : « *Face aux maladies, avoir deux choses à l'esprit : faire du bien, ou au moins ne pas faire de mal* »¹. Aujourd'hui, l'éthique médicale considère que le premier devoir du médecin est de ne pas nuire au patient. Le principe de « non-malfaisance » est ainsi l'un des quatre principes de l'éthique clinique contemporaine², à côté des principes d'autonomie (respect de la volonté) de bienfaisance (recherche du meilleur intérêt du patient) et de justice (prise en compte de la pluralité des intérêts et recherche d'une équité globale). Les effets indésirables d'une intervention, que celle-ci poursuive une finalité préventive, diagnostique ou curative, doivent ainsi être justifiés par un bénéfice suffisant.

Relevons d'emblée que la notion de risque est ici quelque peu dévoyée. En effet, à strictement parler, un risque est un évènement de réalisation incertaine, qui n'a qu'une probabilité de

¹ Cité par A. Debru, La source hippocratique : continuité et création éthique, in E. Hirsch (dir.), *Traité de bioéthique*, Toulouse, Érès, « Espace éthique - Poche », 2010, p. 59.

² T. Beauchamps, J. Childress, *Les principes de l'éthique biomédicale*, Les belles lettres, coll. Médecine&Sciences humaines, 2008.

survenance³. L'aléa est consubstantiel au risque, ainsi que nous l'enseigne le droit des assurances. Or, il faut bien constater qu'en droit médical, la règle du rapport bénéfice/risque favorable, aussi appelée par la doctrine, règle de la « raison proportionnée »⁴, vise en réalité plus largement un *ratio* avantages/inconvénients.

C'est ainsi que l'on peut distinguer deux ordres d'inconvénients ou de nuisances associés à l'intervention médicale. Il existe, en premier lieu, les risques *stricto sensu*, plus ou moins fréquents ou graves : une intervention chirurgicale peut ainsi comporter un risque d'infection, de paralysie, de troubles neurologiques, d'hémorragie, de perte de sensibilité d'un membre, d'impuissance, etc. De même, un médicament peut entraîner des effets secondaires tels que des vertiges, somnolences, fourmillements, nausées, etc. Il existe, en second lieu, des conséquences négatives systématiques de l'intervention : une opération de chirurgie lourde implique toujours une lésion, une cicatrice et le plus souvent des douleurs post-opératoires ; une amputation implique par nature une mutilation corporelle. En d'autres termes, l'appréciation du rapport bénéfice/risque en médecine prend en compte à la fois les inconvénients possibles ou probables, mais aussi les inconvénients certains.

Si cette règle exigeant un rapport bénéfice/risque favorable est aussi appelée règle de la « raison proportionnée », c'est parce qu'elle implique en effet pour le médecin un jugement de proportionnalité⁵. Une chirurgie peut par exemple être contre-indiquée pour des patients particulièrement fragiles, ou présentant certaines comorbidités (obésité, anorexie sévère, addiction au cannabis), parce que le risque de complication serait excessif pour ces derniers. Autre exemple, en cas de découverte d'un anévrisme cérébral (à l'occasion d'un scanner ou d'une IRM), l'opportunité d'une intervention chirurgicale peut ne pas être évidente. Le médecin sera confronté à un double questionnement. D'une part, en cas d'abstention, quel est le degré de risque de rupture d'anévrisme et d'accident vasculaire cérébral ? D'autre part, en cas d'intervention, quel est le risque d'échec, de complication hémorragique ou de lésion de cette zone du cerveau ? On comprend ainsi que la règle du rapport bénéfice / risque implique parfois une abstention thérapeutique. *Primum non nocere* (d'abord ne pas nuire).

La loi Kouchner⁶ a inséré cette règle à l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique : « *Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir [au patient] de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté* ». Cette disposition souligne bien que l'appréciation du bénéfice-risque se fait toujours au regard des connaissances médicales du moment. Ainsi, la découverte d'un risque nouveau peut conduire à renverser la balance bénéfice/risque. Prenons l'exemple du Valproate de sodium (commercialisé sous le nom de Dépakine), médicament antiépileptique désormais radicalement contre-indiqué pour les femmes enceintes, en raison des risques très graves pour le fœtus (malformations physiques et troubles du neurodéveloppement)⁷.

La règle figure également à l'article 40 du code de déontologie médicale⁸ : « *Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié* ». Curieusement, on

³ V., « °Risque », in G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 2022 : « événement dommageable dont la réalisation est incertaine quant à sa réalisation ou à la date de sa réalisation ».

⁴ M. Girer, G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, LEH, 5^{ème} éd. 2016, n° 489.

⁵ Z. Garcia-Lecoer, *La proportionnalité en droit de la santé*, thèse Montpellier, 2014.

⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁷ TJ Paris, 5 janvier 2022, n° 17/07001.

⁸ CSP, art. R. 4127-40.

retrouve très peu ces fondements dans le contentieux de la responsabilité médicale. Il est rare que le juge sanctionne explicitement un praticien pour avoir manqué à la règle du rapport bénéfice/risque favorable. Pourquoi cela ? Une hypothèse d'explication est que la règle du bénéfice/risque est assez largement fondue ou absorbée dans une autre exigence légale pesant sur le médecin : celle de délivrer des soins fondés sur les « données acquises de la science »⁹ ou les « connaissances médicales avérées »¹⁰, en se conformant aux règles de bonnes pratiques (RBP). Ces RBP sont élaborées et diffusées par des autorités publiques telles que la Haute autorité de santé (HAS) ou l'Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM), ou encore par des autorités savantes (Société française d'anesthésie réanimation, Société française de cardiologie, etc.). Elles standardisent assez largement l'évaluation du rapport bénéfice-risque, par exemple en contre-indiquant le recours à telle méthode pour telle catégorie de patient¹¹, ou tel médicament en association avec tel autre (risque d'interaction médicamenteuse)¹². C'est pourquoi, en pratique, la prise de risque excessive par le médecin sera souvent sanctionnée au titre du non-respect du standard juridique des « données acquises de la science ». Elle pourra l'être également au titre de l'absence de toute justification thérapeutique de l'intervention¹³, revenant à exposer le patient à des désagréments sans aucun bénéfice en contrepartie¹⁴. Ajoutons que, s'agissant des médicaments, la vérification du caractère positif de la balance bénéfice/risque est censée avoir été faite avant la mise sur le marché, dès lors qu'elle conditionne l'autorisation de mise sur le marché (AMM). Il s'agit toutefois d'une balance bénéfice/risque globale qui doit être distinguée de l'appréciation individuelle du rapport bénéfice/risque pour chaque patient dans le cadre d'une prise en charge. Précisément, nous souhaiterions ici insister sur les différentes dimensions et applications de la règle du bénéfice/risque et les différents contextes dans lesquels celle-ci est mobilisée en médecine. On peut en particulier distinguer deux ordres de situations, selon que l'évaluation du rapport bénéfice/risque est exclusivement centrée sur l'individu (I) ou qu'elle a un objet plus large et s'inscrit dans une perspective collective (II).

I) L'appréciation du bénéfice/risque à l'échelle individuelle

Il faut ici distinguer selon les finalités de l'intervention médicale. Si la médecine est avant tout centrée sur le traitement des maladies physiques et psychiques, elle répond parfois également à d'autres objectifs. À côté d'une médecine thérapeutique, se développe ce que certains ont appelé une médecine des désirs¹⁵, du bien-être, une médecine de confort ou de « convenance personnelle »¹⁶. Or, les enjeux du bénéfice/risque ne sont pas les mêmes selon que son appréciation intervient pour un acte à finalité thérapeutique (A) ou non thérapeutique (B).

A) Pour un acte à finalité thérapeutique

S'agissant de l'acte à finalité thérapeutique, les deux termes de la balance se situent sur le même plan : il s'agit de bénéfices et de risques pour la santé, qui peuvent donc être comparés,

⁹ CSP, art. R. 4127-32.

¹⁰ CSP, art. L. 1110-5.

¹¹ Par ex., mentionnant des cas de contre-indications à l'anesthésie locorégionale pour l'opération de la cataracte : https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2020-05/ac_2020_0031_anesth_cataracte.pdf.

¹² <https://ansm.sante.fr/documents/referance/recommandations-pour-les-medicaments>.

¹³ Art. 16-3 C. civ. ; CSP, art. R. 4127-41.

¹⁴ V., Civ., 1^{ère}, 28 janvier 2010, n° 09-10.992.

¹⁵ G. Durand, *La médecine des désirs. Pour une médecine minimaliste*, Vrin, coll. « Matière étrangère », 2023.

¹⁶ S. Paricard, « La médecine saisie par la convenance personnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Mémeteau*, LEH, 2015, t. 2, p. 25.

mis en perspective. En premier lieu, c'est au médecin qu'il revient d'apprécier si ce rapport est favorable. Pour cela, le professionnel va fonder son raisonnement sur un savoir statistique - par exemple, le risque d'accident anesthésique pour cette catégorie de patients n'est que de 0,1% - mais au-delà, il doit prendre en compte les caractéristiques spécifiques du patient (âge, comorbidités, antécédents, etc.) pour apprécier au plus juste le bénéfice escompté et les risques encourus. En second lieu, c'est le patient qui peut être amené – c'est une simple faculté, non un devoir - à se livrer à un tel jugement de proportionnalité, selon des critères subjectifs cette fois, pouvant conduire ou non à un refus de soins. Ainsi, un patient informé de l'existence d'un risque de cécité dans 1% des cas d'opération de la cataracte, pourra préférer renoncer à l'intervention. Un autre décidera au contraire d'accepter une greffe cardiaque, espérant en tirer un grand bénéfice en termes d'espérance de vie, malgré le risque d'échec et de décès prématuré dans 20% des cas. Parfois la balance se fait entre les bénéfices et les risques respectifs de deux thérapies différentes, sans que le médecin puisse apprécier à la place du patient la voie la plus judicieuse. Ainsi, une danseuse souffrant d'asthme devra-t-elle choisir entre un traitement respiratoire efficace mais avec pour effet indésirable d'entraîner une faiblesse musculaire (avec un impact sur sa pratique de la danse), ou un traitement moins efficace contre l'asthme mais avec moins de désagréments pour sa pratique sportive¹⁷?

Les juges sont susceptibles de sanctionner des praticiens ayant pris des risques excessifs, par exemple, pour le fait d'avoir pratiqué une anesthésie générale alors qu'une anesthésie locorégionale, moins risquée, était suffisante¹⁸, ou pour le fait d'avoir privilégié l'accouchement par voie basse dans un cas où cette méthode était excessivement risquée (probabilité élevée de rupture utérine), devant conduire à privilégier une césarienne¹⁹. Dans le contexte d'une prise en charge en clinique psychiatrique, commet une faute le psychiatre qui prescrit aux soignants de maintenir la fenêtre de la chambre de sa patiente ouverte alors que l'état de celle-ci, ayant conduit à son suicide par défenestration, était encore fragile²⁰. Dans une autre affaire, à l'issue également tragique, il a été reproché à un médecin d'avoir déclenché un accouchement aux seules fins de faire coïncider la date de naissance de l'enfant avec la date d'anniversaire de mariage de la parturiente²¹. En l'espèce, une rupture utérine était survenue et la patiente était décédée après presque deux ans de coma végétatif. Il est vrai que, dans ce dernier cas, le déclenchement prématuré de l'accouchement n'avait aucune justification thérapeutique. Dans d'autres situations, les magistrats peuvent au contraire valider la décision médicale d'abstention thérapeutique fondée sur un rapport bénéfice/risque défavorable. Le Conseil d'Etat²² a ainsi jugé légale la décision d'un CHU de refuser la mise en place d'une chimiothérapie avec greffe de moëlle osseuse sur un mineur âgé de douze ans, atteint d'une leucémie aigüe, et d'avoir préféré une chimiothérapie orale palliative, en raison du caractère excessivement risqué de l'intervention chirurgicale sollicitée

¹⁷ V., C. Pelluchon, *L'autonomie brisée. Bioéthique et philosophie*, PUF, « Quadrige » 2014, spéc. p. 50-51.

¹⁸ CA Douai, 6 juin 2020, n°17/04826. Pour autant, le fait de choisir le traitement qui paraît le plus approprié, fût-il plus risqué, n'est pas nécessairement constitutif d'une faute : CAA Douai, 10 avril 2007, *CHRU de Lille*, n° 06DA01021.

¹⁹ V., F. Violla, « Le déclenchement sans indication médicale : regard étonné du juriste », *Médecine&Droit*, 2021, n° 171, p. 103.

²⁰ Civ., 1^{ère}, 17 juin 2010, n° 09-10.334.

²¹ Cf. Civ., 1^{ère}, 27 mai 1998, n° 96-19161 : le médecin gynécologue « avait fait prendre des risques à sa patiente en acceptant, d'une part, de procéder à une induction de l'ovulation chez une femme âgée de 44 ans qui avait déjà quatre enfants, souffrait d'une dysovulation et avait fait deux accidents abortifs, d'autre part, en l'exposant, sans justification thérapeutique, au risque majeur d'un déclenchement artificiel de l'accouchement malgré ses antécédents et dans des conditions obstétricales peu favorables compte tenu d'une présentation élevée, d'un utérus très hypotonique et d'un col court mais fermé ». Dès lors, le praticien a « manqué à l'obligation (...) de ne pas faire courir au patient un risque injustifié et de refuser d'accéder à ses demandes qui l'exposaient, sans justification thérapeutique, à un danger ».

²² CE, ord. réf., 26 juillet 2018, n° 412618.

par les parents. L'évaluation du bénéfice/risque peut encore porter, non sur le principe du traitement, mais sur le moment de sa mise en œuvre. Le même Conseil d'Etat²³ a rejeté la requête en référé-liberté d'un patient tétraplégique qui visait à faire injonction au CHU de Montpellier de le prendre en charge pour le traitement d'une escarre. Au regard de l'état de santé du patient – souffrant d'une importante dénutrition et d'une addiction au tabac et au cannabis –, le CE valide le report de l'intervention décidé par l'équipe médicale, l'opération apparaissant excessivement risquée par rapport au bénéfice attendu. L'évaluation du rapport bénéfice/risque justifie en l'espèce un report de l'intervention.

B) Pour les actes sans finalité thérapeutique

S'agissant des actes dépourvus de finalité thérapeutique, l'appréciation du rapport bénéfice/risque implique cette fois de mettre en balance des éléments qui ne sont pas de même nature ou ne se situent pas sur le même plan. Nous prendrons ici trois exemples.

La première hypothèse est celle de la chirurgie esthétique. Ainsi que le relève un auteur : « *les actes de chirurgie esthétique à visée purement cosmétique (...) se trouvent au cœur d'une contradiction structurelle entre des actes lourds au bloc opératoire sous anesthésie générale et une finalité pouvant apparaître superficielle. Il en découle une balance bénéfice/risque très délicate à établir* »²⁴. En effet, une des particularités des interventions de chirurgie esthétique est qu'elles trouvent leur justification non dans une nécessité thérapeutique mais dans la volonté du « patient » ou de la « patiente » (on peut se demander si le terme de client ou consommateur n'est pas ici plus approprié). La volonté a donc un rôle central et c'est d'abord la personne s'adressant au chirurgien esthétique qui apprécie le bénéfice qu'elle pense en tirer en termes de bien-être et de satisfaction. Ce bénéfice est, on le comprend aisément, plus difficilement objectivable. Il en résulte que la règle de la balance bénéfice-risque est peu adaptée pour délimiter le champ des interventions à visée esthétique autorisées par le droit²⁵. Les limites résulteront plutôt des usages, des bonnes pratiques de la spécialité et des savoir-faire des praticiens, ainsi que d'une autre règle tirée de la déontologie professionnelle : l'interdiction de toute intervention mutilante sans motif médical très sérieux²⁶.

Autre contexte particulier où la balance bénéfice/risque peut-être mobilisée : celui de la fin de vie, en particulier lorsqu'il s'agit pour le médecin d'apprécier si la poursuite des traitements constitue une obstination déraisonnable²⁷, ce qui est le cas lorsque ces derniers apparaissent inutiles, disproportionnés ou qu'ils n'ont d'autre effet que le maintien artificiel de la vie. Le praticien va par exemple être amené à mettre en balance le bénéfice d'une nouvelle tentative de chimiothérapie en termes de gain éventuel d'espérance de vie et l'impact de ces traitements sur la qualité de la fin de vie en raison des souffrances qu'ils peuvent engendrer. La balance bénéfice/risque est cette fois une balance entre deux dimensions, quantitative et qualitative, de la vie.

²³ CE, ord. réf., 27 juillet 2018, n°422241.

²⁴ M.-A. Danino, « Chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique », in E. Hirsch (dir.), *Éthique, médecine et société. Comprendre, réfléchir, décider*, éd. Vuibert, 2007, p. 597.

²⁵ V., J. Mattiussi, *L'apparence de la personne physique. Pour la reconnaissance d'une liberté*, préf. G. Loiseau, LEH, 2018.

²⁶ CSP, art. R. 4127-41. Ce qui ne résout pas la question des critères permettant de qualifier une intervention mutilante.

²⁷ CSP, art. L. 1110-5-1 ; R. 4127-37.

Le troisième exemple concerne les interventions médicales ayant une finalité de recherche. Le code de la santé publique dispose qu'« aucune recherche impliquant la personne humaine ne peut être effectuée : (...) si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche »²⁸. Le texte invite ici à distinguer entre les recherches avec bénéfice individuel direct, et celles qui sont sans bénéfice individuel pour la personne. Si pour les premières, l'appréciation du rapport bénéfice/risque reste centrée sur l'individu, pour les secondes, en revanche, la balance se fait entre les risques pour le malade et l'intérêt de la recherche, c'est-à-dire un intérêt collectif²⁹.

II) L'appréciation du bénéfice/risque à l'échelle collective

Il convient ici de distinguer deux aspects. D'une part, la prise en compte d'un bénéfice collectif justifiant ou contribuant à justifier une prise de risque individuelle (**A**). D'autre part, la comparaison des bénéfices et des risques individuels entre différents patients, en particulier lorsqu'il devient nécessaire de prioriser l'accès aux soins (**B**).

A) La prise en compte d'un bénéfice collectif

Le cadre légal de la vaccination, comme celui du médicament, permettront d'illustrer ce premier point.

Les vaccinations concernent des maladies d'origine virale, bactérienne ou parasitaire très diverses. La plupart portent sur des maladies contagieuses. Elles ont donc le plus souvent un double intérêt à la fois individuel pour les personnes vaccinées et aussi collectif, la recherche d'une immunité de groupe permettant de limiter la circulation de la maladie³⁰. Certaines vaccinations, dites « altruistes », ne présentent un bénéfice individuel direct que pour une partie de la population. Ainsi, la vaccination infantile contre la rubéole, obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2018, a pour objet de protéger la femme enceinte et l'enfant qu'elle porte, car la maladie n'expose à un danger grave que ces derniers. La protection d'un intérêt collectif, notamment la protection d'une partie de la population, est donc susceptible, en droit, de justifier une vaccination sur des personnes n'en tirant que peu de bénéfice individuel, alors même que cet acte médical préventif l'expose à certains risques³¹. Bien plus, la protection d'une partie de la population contre un risque grave peut justifier d'imposer une obligation vaccinale³² ou une autre forme de contrainte vaccinale³³ y compris à des personnes n'étant pas elles-mêmes considérées comme « à risque ». C'est cet ordre de justification - la mise en balance de l'intérêt collectif par rapport aux risques individuels - que le Conseil d'Etat a mobilisé pour juger que l'extension de l'obligation vaccinale infantile à onze vaccins au lieu

²⁸ CSP, art. L. 1121-2 al. 1^{er}.

²⁹ Dans ce contexte, on a du mal à saisir la portée de l'avant dernier alinéa du même article, selon lequel « l'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société ». Si tel était vraiment le cas, par définition, les recherches sans bénéfice individuel ne seraient pas autorisées. Il s'agit là d'un texte « trompe l'œil ».

³⁰ J.-P. Markus, Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale », *Dr. fam.* 2018, n° 6, p. 1.

³¹ Certes, il ne faut pas concevoir la distinction entre ces différents intérêts (individuel, collectif, général) de manière trop tranchée. Sous un certain angle, chacun a intérêt à ce qu'une épidémie recule, à ce que le nombre de morts diminue, à ce que les enfants naissent sans handicap, à ce que les hôpitaux ne soient pas saturés, etc.

³² CSP, art. L. 3111-1 et s.

³³ P. Véron, Vaccination et libre choix, *RGDM*, 2021, n° 81, p. 219.

de trois était conforme à la Convention EDH³⁴. Durant la crise de la Covid-19, la question des justifications de la contrainte vaccinale imposée y compris aux mineurs de douze ans et plus, sous la forme du « passe sanitaire », a été discutée, davantage que pour d'autres tranches de la population. Pour les plus jeunes, en effet, il n'était pas contesté que le bénéfice de la vaccination demeurerait très limité, voire inexistant, alors même que tout risque d'effet indésirable lié à la vaccination n'était pas pour autant exclu (myocardite, péricardite, thrombose, dérèglements hormonaux). La justification avancée par les pouvoirs publics était bien celle d'un intérêt collectif : la vaccination du plus grand nombre aurait pour effet de limiter la circulation du virus et la propagation de l'épidémie³⁵, limitant ainsi le risque d'exposition des personnes « à risque » ne pouvant se vacciner ou sur lesquelles la vaccination est peu efficace. L'idée de solidarité entre générations a également été avancée.

En schématisant, la contrainte vaccinale s'est imposée à (presque) tous pour protéger quelques-uns. La logique de protection collective est donc susceptible de justifier un acte médical sur une personne pour laquelle la balance bénéfice/risque, appréciée à l'échelle individuelle, serait défavorable.

Le second exemple concerne l'appréciation du rapport bénéfice/risque d'un médicament, tantôt au stade de sa mise (ou de son maintien) sur le marché, tantôt lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité du fabricant. La mise sur le marché est conditionnée à la preuve, grâce à différentes phases d'essais cliniques notamment, que la molécule apporte un bénéfice thérapeutique tout en présentant un niveau de toxicité limité. Il s'agit bien ici d'une appréciation globale, sur des bases statistiques, qui ne préjuge pas du bénéfice/risque individuel pour chaque patient déterminé, balance qui sera le fait du médecin prescripteur³⁶. Tant que le médicament est bénéfique pour certains patients, il peut être maintenu sur le marché, quand bien même le champ de l'AMM serait très réduit. La découverte de nouveaux risques peut entraîner une restriction du domaine de l'autorisation (contre-indications aux personnes présentant un risque cardiaque par exemple).

En présence d'un renversement général de la balance, le médicament sera impérativement retiré du marché. Ce fût le cas dans l'affaire du Médiator, suite à la découverte des effets indésirables du benfluorex, à l'origine de valvulopathies.

La balance bénéfice/risque globale du médicament est également un critère pour apprécier si le médicament est défectueux ou non, au sens de la directive du 25 juillet 1985³⁷. C'est ce qui ressort d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 septembre 2018³⁸. L'affaire concernait une patiente qui avait été victime d'une embolie pulmonaire à la suite d'une thrombose liée à la prise de contraceptif. La cour d'appel avait exclu le défaut du produit dès lors que « le

³⁴ CE, 6 mai 2019, n° 419242 : « Il doit ainsi exister un rapport suffisamment favorable entre, d'une part, la contrainte et le risque présentés par la vaccination pour chaque personne vaccinée et, d'autre part, le bénéfice qui en est attendu tant pour cet individu que pour la collectivité dans son entier, y compris ceux de ses membres qui ne peuvent être vaccinés en raison d'une contre-indication médicale, compte tenu à la fois de la gravité de la maladie, de son caractère plus ou moins contagieux, de l'efficacité du vaccin et des risques ou effets indésirables qu'il peut présenter ».

³⁵ Ce point continue de faire l'objet de discussions au sein de la communauté scientifique. Si l'efficacité globale du vaccin contre les formes graves de la maladie ne semble pas sérieusement contestée, son efficacité pour empêcher la circulation du virus est apparue bien plus incertaine, s'agissant d'un virus sujet à des mutations.

³⁶ Cette balance est d'autant plus importante pour les prescriptions intervenant hors du champ de l'AMM : A. Laude, « Dans la tourmente du Médiator : prescription hors AMM et responsabilités », *D.* 2011, p. 253.

³⁷ Directive n° 85/34 CEE du 25 juillet 1985 transposée en droit interne par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

³⁸ Civ. 1^{re}, 26 sept. 2018, n°17-21.271.

risque thromboembolique et l'évolution possible vers une embolie pulmonaire » faisait partie des risques figurant dans la notice. La première chambre civile censure ce raisonnement en affirmant qu'il convenait également d'apprécier si ce risque, au regard de sa gravité et de sa fréquence, ne remettait pas en cause la balance bénéfique/risque globale du médicament et si « *les effets nocifs constatés n'étaient pas de nature à caractériser un défaut du produit* ».

B) La comparaison des bénéfices individuels

Il s'agit d'évoquer ici des hypothèses de priorisation des patients, et la manière dont le raisonnement en termes de bénéfices et de risques est mobilisé dans ce contexte. Lorsque plusieurs patients sont éligibles à un soin, un traitement ou une prise en charge, alors que nous sommes en présence d'une pénurie de moyens matériels ou humains, les professionnels peuvent être contraints d'opérer une sélection, « un triage » entre patient.

Nous prendrons ici deux exemples où les ressources limitées conduisent à envisager ou mettre en œuvre une telle sélection : d'une part, la répartition des greffons parmi les candidats à une greffe d'organes ; d'autre part, le tri opéré dans un contexte de pandémie, en particulier s'agissant de l'admission en réanimation³⁹. En effet, dans ces contextes où il s'agit d'établir un ordre de priorité, les bénéfices attendus de l'intervention et les risques envisagés vont constituer des critères - parmi d'autres - pour opérer la sélection.

S'agissant des greffes d'organes, les règles d'attribution sont définies par arrêté⁴⁰ et mise en œuvre par l'Agence de biomédecine⁴¹. En matière de greffe cardiaque, le classement des receveurs est même établi à l'aide d'un algorithme, outil appelé « score-cœur »⁴². Il existe certes une pluralité de critères, notamment l'urgence, l'ancienneté de l'attente, l'âge (les patients mineurs, notamment, sont prioritaires). Toutefois, la comparaison des chances de succès et des risques de rejet de la greffe au regard des caractéristiques de chaque patient constitue un élément déterminant.

S'agissant de la priorisation des patients pour les soins en réanimation⁴³, un guide de bonnes pratiques⁴⁴ a été établi par la Société française d'anesthésie et de réanimation (SFAR), en avril 2020, très rapidement après le début de la crise du coronavirus. Ce guide précise que l'objectif est de « *sauver le plus de vies possibles* ».

En cas de tension ou de saturation, si un choix est nécessaire, il faut donc « *privilégier les patients qui ont la plus forte probabilité d'en bénéficier* »⁴⁵. Point notable, le guide indique

³⁹ La médecine de guerre ou de catastrophe constituent également d'intéressants terrains d'illustration. V., G. Lachenal, C. Lefève, V.-K. Nguyen, « Le triage en médecine, une routine d'exception », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2014/1 (N° 6), p. 1.

⁴⁰ Arrêté du 6 novembre 1996 portant homologation des règles de répartition et d'attribution des greffons prélevés sur une personne décédée en vue de transplantation d'organes.

⁴¹ <https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/v25guide-regles-de-repartition.pdf>.

⁴² C. Hénin, « Confier une décision vitale à une machine », *Réseaux*, 2021/1 (N° 225), p. 187-213.

⁴³ F. Violla, « Accès aux soins. Triage ? Idées reçues et réalités », in F. Violla, P. Vielfaure (dir.), *Les pouvoirs publics face aux épidémies. De l'Antiquité au XXI^e siècle*, LEH, 2021, p. 315.

⁴⁴ SFAR, Priorisation des traitements de réanimation pour les patients en état critique, en situation d'épidémie de COVID-19, avec capacités d'accueil de réanimation limitées, avril 2020.

⁴⁵ *Ibid.* : « Lorsque les ressources ne suffisent plus à satisfaire les besoins, vu la létalité du COVID-19 et le volume de patients affectés, l'enjeu est principalement de minimiser le nombre de décès, et secondairement de maximiser le nombre cumulé d'années de vie préservées. Chaque décision doit ainsi viser à maximiser les chances de survie non seulement de chaque patient individuellement, mais aussi et surtout du plus grand nombre de patients collectivement. Ceci conduit à donner priorité dans l'accès au traitement aux patients ayant la plus haute probabilité d'en bénéficier ».

également qu'il faut tenir compte du bénéfice indirect (pour tous) à prioriser les soignants, ces derniers étant susceptibles de sauver des vies s'ils sont eux-mêmes guéris. Le CCNE, pour sa part, affirmait que le tri ne pouvait se faire sur la base de l'utilité sociale⁴⁶.

⁴⁶ CCNE, Covid-19 - Contribution du comité consultatif nationale d'éthique : enjeux éthiques face à la pandémie, 13 mars 2020 : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-07/R%3A9ponse%20CCNE%20-%20Covid-19%20%20Def.pdf>

Demandeurs d'asile malades : le double risque¹

Lisa CARAYON

Maîtresse de conférences

Université Sorbonne Paris Nord, Institut de Recherche interdisciplinaire
sur les enjeux sociaux

Résumé : L'admission au séjour pour des raisons de santé est un droit relativement récent dans l'histoire du droit français des migrations : il n'en est pas moins régulièrement attaqué. Dernière évolution en date, le principe de la « double demande » entre droit d'asile et droit au séjour pour soins. Un mécanisme complexe qui conduit à une situation dramatique : tenter de faire valoir ses droits peut constituer pour les personnes étrangères, un véritable risque administratif.

Mots-clés : risque ; asile ; droit au séjour ; personnes étrangères ; santé ; protection sociale.

Abstract: Admission for residence for health reasons is a relatively recent right in the history of French migration law: it is nevertheless regularly attacked. In the latest evolution is the principle of "dual application" between the right to asylum and the right to residence for care. A complex mechanism that leads to a dramatic situation: trying to assert their rights can constitute a real administrative risk for foreigners.

Keywords: risk; asylum; right of residence; foreign nationals; health; social protection.

Faire valoir ses droits constitue-t-il un risque ? La question est légitime au regard de l'évolution qu'ont connue il y a quelques années d'une part le droit des personnes étrangères gravement malades et, d'autre part, le droit de la sécurité sociale. Une évolution préoccupante au regard de la protection des personnes et de leur santé ; mais dont la complexité extrême empêche d'en percevoir tous les risques, notamment sur le plan procédural. Tentons ici de dénouer quelques fils en analysant donc l'intrication entre les modalités de demande de titre de séjour en parallèle d'une demande d'asile prévues par la loi du 10 septembre 2018 (I) et les récentes modifications des conditions d'accès à l'assurance maladie (II).

I) La « double-demande » asile/séjour : le risque de l'exclusion

Malgré la confusion entretenue dans l'espace médiatique entre les termes de « migrants », « demandeurs d'asile », « réfugiés » et autres « clandestins », le droit des personnes étrangères en France reste divisé en deux branches : la procédure d'accès au statut de réfugié-e – la demande d'asile – et la demande d'admission au séjour. Les deux statuts étant radicalement différents et n'obéissant pas aux mêmes conditions, il a toujours été admis qu'un refus de reconnaissance du statut de réfugié-e n'interdisait pas aux requérant·es de solliciter, par la suite, une admission au séjour². Une situation radicalement modifiée par la loi du 10 septembre 2018³ qui introduit une nouvelle procédure désignée par le terme de « double-demande ».

¹ Les propos développés ici ont été initialement publiés dans l'article « Demandeurs d'asile malades : double demande, double exclusion. À propos de l'articulation entre les réformes du droit migratoire de 2018 et l'évolution récente du droit de la sécurité sociale », *Revue de droit sanitaire et social*, 2020, p. 728.

² V. anc. art. 311-6 CESEDA.

³ Loi n° 2018-778 du 10 sept. 2018 : *JORF* n°0209 du 11 sept. 2018.

Sur le papier, la procédure est simple mais la réalité de son application est dramatiquement complexe **(A)**. En pratique, elle risque de priver de leur droit au séjour les personnes étrangères gravement malades **(B)**.

A) La complexité d'une procédure concernant un public vulnérable

L'article L.431-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit, depuis la loi du 10 septembre 2018 que toute personne déposant une demande d'asile *doit*, si elle remplit les conditions d'une admission au séjour, déposer cette demande *en même temps* que sa demande d'asile. Théoriquement, cette obligation pourrait constituer un avantage pour les demandeurs et demandeuses d'asile : en déposant simultanément leur demande d'asile *et* leur demande de titre de séjour, ils et elles n'ont pas à attendre la fin de l'instruction de l'une pour voir débiter l'instruction de l'autre. C'était d'ailleurs l'un des arguments avancés par l'étude d'impact de la loi⁴.

Mais rappelons que l'introduction de ces deux demandes parallèles était *déjà* possible avant la réforme ; le paradoxe étant qu'il était très régulièrement dénoncé que les préfectures refusaient d'enregistrer les demandes de titre de séjour lorsqu'une demande d'asile était pendante⁵. Le caractère extrêmement problématique de cette nouvelle procédure réside dans le fait que la « double demande » asile/séjour est désormais une *obligation*, lourdement sanctionnée.

Le texte dispose en effet que si une personne sollicitant l'asile remplit les conditions d'une admission au séjour, mais n'en fait pas la demande concomitamment, elle ne pourra plus *jamais* déposer de demande de titre de séjour sauf à faire valoir des « *circonstances nouvelles* ». Il ne s'agit donc pas de permettre un examen plus rapide des deux demandes, ni même de contraindre les préfectures à admettre les demandes de titres de séjour qui leur sont soumises pendant une procédure d'asile, mais bien d'exclure définitivement du droit au séjour toutes les personnes qui n'auront pas saisi les subtilités de cette nouvelle procédure.

Par principe, la demande d'asile doit être introduite dans les quatre-vingt-dix jours de l'arrivée sur le territoire français auprès d'un GUDA (Guichet unique des demandeurs d'asile)⁶. Du fait de l'engorgement des dispositifs d'accueil, il n'est pas rare que les personnes mettent plusieurs semaines à accéder au guichet leur permettant de déposer leur demande⁷ ; situation encore aggravée par la crise sanitaire⁸. Lors de ce dépôt, la personne doit être informée par écrit que si elle pense remplir les conditions de l'un des titres de séjour prévus par le droit français elle doit le demander dans les deux mois qui suivent – trois mois si la demande concerne son état de santé.

⁴ Étude d'impact NOR : INTX1801788L/Bleue-1, p. 192.

⁵ Défenseur des droits, *Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protections à renforcer*, 2019, p. 40.

⁶ Il est possible de déposer la demande plus tardivement mais celle-ci est alors traitée en procédure « accélérée » : instruite en un délai très court et sans accès aux conditions matérielles d'accueil.

⁷ V. Cour des comptes, rapport *L'ENTRÉE, LE SÉJOUR ET LE PREMIER ACCUEIL DES PERSONNES ÉTRANGÈRES*, 2020, p. 85.

⁸ Sur la situation des demandes d'asile dans cette période v. not. Conseil d'État, ord. 30 avr. 2020, n° 440250, 440253.

En pratique cette « information » consiste en la remise d'un document à signer portant la liste des quelques *vingt-et-un* motif pour lesquels il lui est possible de solliciter un titre de séjour⁹. Le document, traduit dans les langues les plus courantes, n'est pas disponible dans certaines langues rares et n'est pas systématiquement expliqué oralement, puisqu'il ne s'agit pas là d'une obligation légale¹⁰. Si la personne manifeste malgré tout immédiatement sa volonté de déposer une demande d'admission au séjour, le GUDA est supposé lui proposer tout de suite un rendez-vous en préfecture¹¹. En pratique – et aussi parce que les personnes ne réalisent pas nécessairement sur le moment qu'elles sont éligibles à l'un de ces motifs – la démarche de rendez-vous en préfecture est initiée par la personne elle-même.

Passons sur les infinies difficultés qui peuvent se dresser sur le parcours d'une personne récemment arrivée en France et qui cherche à obtenir un rendez-vous en préfecture, la première d'entre elle étant la dématérialisation des prises de rendez-vous, qui empêche régulièrement les administré-es d'accéder à leurs guichets¹². Passons, car la circulaire d'application de la procédure de « double demande » assure que sera mise en œuvre une parfaite coordination entre les services préfectoraux et l'Office français d'immigration et d'intégration (OFII) et de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA)... On doute toutefois de l'effectivité de ces bonnes intentions au vu de la congestion que semblent avoir atteint certaines préfectures dans le traitement des demandes courantes d'admission au séjour ; degré tel que la circulaire elle-même envisage que certaines demandes d'asile pourraient être déposées... dans le seul but de pouvoir accéder au dépôt d'une demande de titre de séjour¹³ !

Si la personne réussit à déposer ses deux demandes concomitamment, c'est la demande d'asile, plus protectrice, qui est instruite prioritairement¹⁴. Si elle aboutit, le statut de réfugié-e est accordé et la demande de titre de séjour devient sans objet. Si elle n'aboutit pas, une décision est rendue quant à la demande d'admission au séjour. En cas de refus, une décision d'obligation de quitter le territoire français (OQTF) portant sur les *deux* demandes est prise.

La procédure achevée, si la personne n'a pas accédé au séjour, il lui devient théoriquement *impossible* de redéposer une nouvelle demande de titre de séjour, sauf à démontrer l'existence de « circonstances nouvelles ». Une condition qui vise très largement les droits des personnes étrangères gravement malades.

B) Un dispositif affectant directement les personnes étrangères gravement malades

L'un des premiers objectifs de la procédure de double demande est, au regard des travaux parlementaires, d'éviter les situations dans lesquelles, en sollicitant d'abord l'asile puis un éventuel titre de séjour, les personnes « pérennisent » leur présence en France et acquièrent

⁹ Pour une illustration consulter l'annexe 1 de l'excellent rapport de Y. Hammadi, C. Legeay et A. Lamailloux pour La CIMADE, dans le cadre du programme de clinique juridique Euclid de l'université Paris-Nanterre, sous la direction de M. Roccati. Disponible en ligne : <https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2019/07/DOC-FINAL-EUCLID-2019-%E2%80%93-CIMADE.pdf>

¹⁰ *Ibid.* p. 11.

¹¹ Circulaire du 28 février 2019, n° INTV1906328J, p. 13.

¹² L. Carayon, « Personnes étrangères : dématérialisation des procédures, dissolution du droit ! », Le club des juristes, 20 mai 2021, URL : <https://blog.leclubdesjuristes.com/personnes-etranqeres-dematerialisation-des-procedures-dissolution-du-droit/>

¹³ Circ. préc., p. 14.

¹⁴ La pratique rapporte cependant des cas où la demande d'admission au séjour, instruite prioritairement, donne lieu à la délivrance d'un titre *avant* que la demande d'asile ne soit traitée, conduisant ainsi à la perte de l'allocation due aux demandeurs d'asile, en raison du fait que le titre est assorti d'un droit au travail.

ainsi une chance d'obtenir un droit au séjour sur l'un des fondements prévus par le CESEDA (vie familiale ou professionnelle par exemple). Disons-le clairement, il s'agit très largement d'un programme d'affichage : une demande de titre de séjour à la suite du rejet d'une demande d'asile n'offre presque aucun droit aux demandeurs. Elle n'est généralement pas assortie d'un droit au travail et cette nouvelle demande, si elle n'est pas parfaitement fondée, est risquée, puisqu'un nouveau refus peut être assorti d'une interdiction du territoire français, empêchant toute démarche postérieure de régularisation.

Ce qui permet un tel affichage est qu'en théorie, la procédure de double demande concerne tous les cas d'admission au séjour. Mais en pratique, il est presque impossible à une personne tout juste arrivée sur le territoire de satisfaire aux cas d'admission au séjour prévue par le CESEDA. Tout d'abord, l'immense majorité des demandeurs et demandeuses d'asile ne sont pas entrés en France sous couvert d'un visa de longue durée, ce qui les exclut d'une grande part des titres de séjour. Il est également improbable qu'ils et elles possèdent en France de forts liens familiaux ou soient, si peu de temps après leur arrivée, conjoint·es d'une personne de nationalité française ou parent d'un enfant français¹⁵. Pour toutes ces catégories, la procédure de double demande ne changera en réalité pas grand-chose : il ne sera pas difficile pour elles de démontrer des « circonstances nouvelles » : un mariage, la naissance d'un enfant, une reprise d'étude etc.

En pratique donc, la plupart des cas d'admission au séjour susceptibles de concerner une personne dans les premiers temps de son arrivée sont fondés sur des raisons médicales. Rappelons qu'un droit au séjour est dû, de droit, à toute personne « *résidant habituellement en France, si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour [elle] des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont [elle] est originaire, [elle] ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié* »¹⁶. Issu de longs combats militants, en particulier au moment de l'apparition du VIH¹⁷, cette disposition vise à ne pas confiner dans l'illégalité des personnes très gravement malades et dont la précarité pourrait encore aggraver l'état de santé, voire constituer une menace pour la santé publique. Cette protection est, par ailleurs, doublée d'une interdiction d'éloignement de ces personnes qui ne peuvent donc être expulsées vers des pays où il est raisonnable de penser que leur santé, voire leur vie, serait gravement compromise par l'absence de soins¹⁸.

Il ressort des travaux parlementaires que les personnes étrangères malades sont bien les premières visées par la nouvelle procédure de double-demande. Car si, de façon générale, les demandeurs d'asile déboutés semblent représenter une part assez faible des demandes d'admission au séjour postérieures, estimée à 6,3 %¹⁹, il apparaît qu'une part importante des titres de séjour pour soins délivrés le soient à d'anciennes demandeurs ou demandeuses

¹⁵ Une telle situation serait possible pour les demandes d'asile déposées tardivement mais qui ne représentent qu'une faible proportion de l'ensemble des demandes examinées. 21 % d'accélération et les demandes tardives ne sont pas les seuls cas : <https://www.lacimade.org/premier-bilan-de-la-demande-dasile-en-france/>

¹⁶ Pour un regard critique sur ce statut v. N. Klausser, « L'étranger gravement malade : un statut fragmenté pour des garanties augmentées ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, mis en ligne le 11 déc. 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5338> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5338>

¹⁷ C. Izambert, « Sida et immigration : quelles luttes pour quels droits ? », *La Vie des idées*, 6 nov. 2014. URL : <https://laviedesidees.fr/Sida-et-immigration-quelles-luttes.html>

¹⁸ L511-4 10° CESEDA.

¹⁹ Étude d'impact, p. 191. Pratique pourtant qualifiée de « fréquente » p. 189.

d'asile²⁰. Cet état de fait peut s'expliquer notamment par le fait que ces personnes sont plus susceptibles que la moyennes d'être affectées de troubles psychiques liés à des situations post-traumatiques²¹ ou encore par les contaminations, notamment au VIH, contractées sur le trajet, en particulier par les femmes victimes de violences sexuelles. Cette situation, même si elle ne concerne que quelques centaines de personnes par an²², apparaît cependant suffisamment problématique au législateur pour qu'il éprouve le besoin de s'assurer de les maintenir hors de l'accès au séjour... Car, de fait, elles risquent bien de ne jamais pouvoir remplir les conditions posées par le nouveau texte.

Car comment seront appréciées les « circonstances nouvelles » lorsque la demande porte sur l'état de santé²³ ? La découverte d'une pathologie ? La compréhension de sa gravité par le patient ? L'aggravation d'une pathologie existant antérieurement ? *Quid* d'une personne qui aura déclaré « être malade » durant l'examen de sa demande d'asile mais qui n'aura connaissance que plus tard des conséquences exactes de sa pathologie ? *Quid* d'une personne qui, comme c'est le cas dans près de 80 % des situations, découvrira bien plus tard une pathologie dont elle était déjà atteinte au moment de sa demande d'asile mais qu'elle ignorait ?

S'il paraît évident qu'on ne pourrait pas exiger d'une personne qu'elle dépose une demande sur le fondement d'une pathologie dont elle ne sait pas être atteinte, la question pratique est celle de la *preuve* de cette ignorance. En d'autres termes, la question se pose de savoir *qui* supportera la charge de la preuve des « circonstances nouvelles » et quel type de preuve devront être apportées ? La circulaire d'application évoque cette difficulté mais en la contournant très maladroitement. Le texte affirme ainsi que « *pour l'appréciation des circonstances nouvelles liées à l'état de santé, le préfet ne peut exiger la production directement devant lui de pièces contenant des informations relevant du secret médical, mais invite le demandeur à justifier des circonstances nouvelles par tout autre moyen* »²⁴. On perçoit ici toute l'absurdité de cette instruction : si la « circonstance nouvelle » porte sur l'état de santé²⁵ quel autre document que médical pourrait être présenté pour apporter la preuve d'un changement de situation ? Et si la preuve est apportée par un document médical (dégradation d'un état préexistant, preuve d'une contamination postérieure à l'examen de la demande d'asile etc...) en quoi *la préfecture* serait-elle compétente pour en juger de la pertinence ? Le respect de la confidentialité des données médicales et la rigueur de leur examen imposeraient plutôt que ces informations soient analysées par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), organisme déjà en charge de l'appréciation du volet médical des titres de séjour pour soins. Mais la difficulté ne semble pas avoir sauté aux yeux de l'administration.

Puisque l'appréciation de la nouveauté des circonstances alléguées semble devoir revenir à l'autorité préfectorale, le risque existe par ailleurs de voir utiliser, pour évaluer le caractère

²⁰ IGA/IGAS, *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, mars 2013, p. 46.

²¹ Les troubles psychiques sont la quatrième cause de délivrance de titres de séjour pour soins, près de 17 % : OFII, *Rapport au Parlement 2021*, p. 21. Cette part tend à diminuer.

²² Rappelons que les titres de séjour pour soins correspondent à environ 5.000 titres annuels, chiffre dont la tendance est à la baisse. Chiffres actualisés disponibles sur : <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Etudes-et-statistiques/Chiffres-cles-sejour-visas-eloignements-asile-acces-a-la-nationalite/Archives/Statistiques-publiees-en-juin-2021>

²³ Une demande d'avis est actuellement pendante devant le Conseil d'État sur l'appréciation de la notion de « circonstance nouvelle ».

²⁴ Circ. préc. p. 17.

²⁵ Il pourrait aussi s'agir, en théorie, de circonstances nouvelles sur l'impossibilité de recevoir des soins dans le pays d'origine. La circulaire exclut que la consolidation du caractère habituel de la résidence sur le territoire puisse constituer une circonstance nouvelle (Circ. préc. p. 16).

nouveau des éléments présentés, des déclarations ou pièces présentées au cours de la procédure d'asile. La difficulté est alors que les demandeurs d'asile les mieux informés, sachant qu'ils n'arriveront pas à déposer leur demande d'admission au séjour dans les délais prévus, pourraient choisir de cacher leur état de santé durant la procédure d'asile pour ne pas se trouver, ensuite, empêchés par la règle de double-demande de demander leur admission au séjour. À l'inverse, on peut craindre que les moins bien informés, en produisant des éléments relatifs à leur santé sans se plier – par mécompréhension – à la double procédure perdent ainsi toute chance de régularisation postérieure.

Le risque majeur de cette situation est de voir se multiplier à l'avenir les situations dites de « ni-ni », expression qui désigne les personnes « ni expulsables, ni régularisables ». En effet, si une personne remplit les conditions du droit au séjour pour soins mais ne peut plus, du fait du non-respect de la règle de double-demande, déposer de demande de titre, elle reste inexpulsable au titre de la protection contre l'éloignement. Assignée à un statut de « sans-papier », cette personne se trouvera alors exactement dans la position qui sert de repoussoir et de prétexte à toutes les politiques migratoires restrictives : privée de droit au travail et donc enjointe au travail illégal et dépendante à la fois de l'aide médicale d'État (AME) et de l'aide humanitaire...

Il ne semble alors pas excessif de dire qu'on se trouve là face à un cas typique de norme autoréalisatrice de la situation qu'elle prétend résoudre... Supposée limiter les cas de personnes se maintenant des années sur le territoire français de façon irrégulière, la procédure de double-demande ne fera que les multiplier ! Et les dernières évolutions du droit de la sécurité sociale ne font que renforcer ce processus d'exclusion.

II) Allongement des délais pour l'accès à la Protection maladie universelle : l'exclusion par l'argent

Par un décret du 30 décembre 2019²⁶, le gouvernement a substantiellement modifié les conditions d'accès à la protection maladie universelle (PUMa)²⁷. La nouvelle rédaction de l'article D.160-2 du Code de la sécurité sociale prévoit désormais que les personnes sollicitant l'asile ne bénéficieront de la PUMa qu'après trois mois de présence sur le territoire, là où, jusqu'ici, l'ouverture des droits intervenaient dès le dépôt de la demande d'asile²⁸. Portée par un discours médiatique obsédé par les anecdotes d'« abus » de droits sociaux par les personnes étrangères, cette réforme n'a pas secoué l'opinion. Pourtant, la mesure est grave et, accolée à procédure de double-demande que nous venons d'exposer, risque de placer les personnes les plus vulnérables dans des situations dramatiques. Pour comprendre l'articulation entre cette nouvelle disposition et la règle de la double-demande, il convient de rappeler brièvement les modalités d'examen d'une demande de titre de séjour pour soins.

La personne étrangère qui souhaite solliciter une admission au séjour en raison de son état de santé doit se présenter en préfecture, où il lui est remis un formulaire sécurisé qui devra être rempli par un·e médecin de son choix, attestant de son état de santé. Ce formulaire doit être

²⁶ Décret n° 2019-1531 du 30 décembre 2019 : *JORF* n°0303 du 31 déc. 2019.

²⁷ v. L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale*, Dalloz, 2017.

²⁸ Les bénéficiaires de l'AME devront quant à eux apporter la preuve d'un séjour *irrégulier* de trois mois au lieu de trois mois de séjour « tout court », ce qui prolonge le délai de carence pour ceux ayant bénéficié d'un visa. Afin de s'assurer que le délai est bien respecté les fichiers de la sécurité sociale ont récemment été interconnectés avec celui des demandes de visa (VISABIO) : décret n° 2020-715 du 11 juin 2020.

renseigné de façon très détaillé et envoyé à l'OFII, accompagné de pièces justificatives (analyses médicales, scanner etc.). Le dossier fera alors l'objet d'un double examen médical avant que ne soit rendu un avis sur les conditions justifiant le droit au séjour : la gravité de l'état de santé, l'importance des conséquences en cas d'absence de traitement et l'inaccessibilité de ces traitements dans le pays d'origine. Malgré la possibilité d'une convocation par l'OFII pour des examens médicaux complémentaires²⁹, on comprend que la qualité initiale du dossier présenté est déterminante dans la décision finale de l'OFII : que le certificat soit rédigé à la va-vite ou que les documents complémentaires ne soient pas suffisamment pertinents et le risque sera grand de voir la demande faire l'objet d'un avis négatif – et donc d'un rejet de la demande de titre de séjour par la préfecture.

C'est là qu'apparaît toute l'ignominie de l'articulation entre la nouvelle procédure de double demande et la modification – à peine un an plus tard – des conditions de couverture par la PUMa. Car là où les demandeurs d'asile avaient jusqu'ici accès, dès les premiers temps de leur séjour, à l'ensemble des offres de soins³⁰ – cabinets libéraux et établissements de santé – le « délai de carence » qui leur est désormais imposé limitera grandement leurs possibilités de recourir à des acteurs du système de santé, pourtant indispensables à l'établissement de leur dossier.

Soit la situation de santé de la personne est extrêmement urgente et les soins pourront être financés sur le dispositif des « soins urgents et vitaux »³¹. Cette situation extrême rend toutefois difficile de concevoir que la personne puisse entamer efficacement un double parcours administratif asile/séjour³². Soit la situation de santé ne nécessite pas de soins urgents – ce qui ne signifie pas qu'elle ne soit pas éligible à un droit au séjour pour soins – et la personne n'aura alors que trois choix : passer par une Permanence d'Accès aux Soins de Santé (PASS)³³, qui accueille les malades en situation de précarité sans condition de couverture sociale ; renoncer aux soins ou payer de sa poche consultations, analyses et traitements (étant entendu que les demandeurs et demandeuses d'asile ne bénéficient pas d'un droit au travail dans les six premiers mois de leurs démarches). Lorsque l'on sait par ailleurs que la situation des PASS est très inégale sur le territoire français – il n'en existe pas partout³⁴ et certaines dysfonctionnent gravement³⁵ – on comprend la situation problématique dans laquelle risquent de se trouver certain·es candidat·es à la « double-demande ». Dans les trois mois suivant l'enregistrement de leur demande d'asile, le dossier médical soutenant leur demande de titre de séjour pour soins doit être rendu, parfaitement complet et détaillé. Si la personne se trouve sur un territoire où l'accès à la PASS est difficile, elle pourra être tentée de payer de sa poche les consultations nécessaires à l'établissement de son dossier et a toutes les chances de se limiter au minimum vital des consultations ; de la même façon, si sa situation

²⁹ L'objectif de ces convocations étant moins de compléter les informations contenues dans le dossier que d'en vérifier l'exactitude, notamment au regard de l'identité de la personne demandeuse.

³⁰ Nous parlons bien d'un accès théorique, qui ne prend pas en compte les discriminations dans l'accès aux soins subies par les personnes titulaires de l'AME. Sur ce sujet, v. le rapport du Défenseur des droits, *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME*, mars 2014.

³¹ Art. L. 254-1 CASF. Le dispositif permet la prise en charge par la sécurité sociale des soins délivrés à une personne sans couverture médicale et sans avance de frais.

³² Rappelons notamment que l'enregistrement d'une demande de titre de séjour pour soins nécessite une comparution personnelle du demandeur devant les services préfectoraux ce qui la rend presque impossible à mettre en œuvre lorsque la personne est hospitalisée ou dans l'incapacité de se déplacer.

³³ Art. L. 6112-6 CSP.

³⁴ La création d'une PASS est possible mais non obligatoire dans les établissements hospitaliers ou les établissements privés collaborant au service public de la santé.

³⁵ V. Médecins du Monde, *Observatoire de l'accès aux droits et aux soins dans les programmes de médecins du monde en France*, 2017, p. 59.

de santé nécessite des investigations complexes ou que lui sont imposés des délais de rendez-vous importants, elle ne sera pas forcément en mesure de déposer un dossier suffisamment solide dans le délai imparti. Autant de facteurs qui multiplient les risques que la demande d'admission au séjour soit rejetée, non pas parce que la personne n'en remplit pas les conditions mais parce qu'elle n'a pas été mise en position de pouvoir le prouver correctement ! Or, si le dossier médical n'est pas remis à l'OFII dans les trois mois ou que la demande est finalement rejetée, la personne sera alors *définitivement* empêchée de déposer une nouvelle demande mieux étayée. Sauf une fois encore à démontrer des « circonstances nouvelles » à la définition plus que vaporeuse...

Conclusion

Face à cette situation apparemment inextricable, deux inconnues subsistent.

Tout d'abord quelles seront les stratégies que mettront en place les personnes concernées ? Une première possibilité pour une personne souhaitant demander l'asile mais qui, se sachant malade, veut – et doit – également déposer une demande de titre de séjour pour soins, serait de déposer sa demande d'asile le plus tard possible dans le délai légal – avant quatre-vingt-dix jours de son arrivée – afin de pouvoir bénéficier de la PUMa peu de temps après, et pouvoir ainsi préparer son dossier médical en étant couverte par la sécurité sociale. Mais cette attitude impose de ne pas bénéficier, dans les trois premiers mois de son séjour, des « conditions matérielles d'accueil » réservées aux demandeurs d'asile et notamment, d'un logement et d'un revenu minimal³⁶. Seconde possibilité : si la personne estime que sa demande d'asile a finalement peu de chance d'être acceptée – ce qui ne signifie pas qu'elle ne soit pas fondée – , elle pourrait être tentée ne pas la présenter afin de ne pas tomber sous le coup de la règle de la double-demande et pouvoir, plus tard, présenter une demande de titre de séjour pour soins solidement argumentée.

On voit bien ici comment le contournement des règles – comportement bien souvent désigné comme opportuniste ou fraudeur – est en réalité *généré* par l'absurdité de la règle elle-même, totalement déconnectée de la réalité concrète de personnes qui, on le rappelle, viennent bien souvent d'arriver en France, vivent couramment – en raison des défaillances de nos institutions – dans des conditions déplorables, et qui, jusqu'à preuve du contraire, devraient être considérées comme fuyant de graves persécutions et des situations humanitaires catastrophiques.

Face à ce délire réglementaire, une dernière inconnue : l'attitude des juridictions. Espérons qu'elles feront de la notion de « circonstances nouvelles » une appréciation souple, voire s'autoriseront à écarter l'interdiction de dépôt d'une demande de titre de séjour après le rejet d'une demande d'asile si les circonstances de l'espèce le rendent indispensable à la sauvegarde de la vie privée de la personne ou à la préservation de son intégrité corporelle. Ici malheureusement, la protection contre l'expulsion bénéficiant aux personnes étrangères les plus gravement malades, pourrait bien jouer contre elles : en sauvegardant théoriquement d'un éloignement elle rend difficile de prouver que seule la régularisation administrative est à même de garantir la continuité des soins.

³⁶ V. art. L.551-8 et s. CESEDA.

Est-il possible de penser que l'avenir sera encore plus sombre que le présent pour les personnes étrangères malades ? C'est possible étant donné les propositions de lois qui s'avancent, dans le cadre d'une énième réforme du droit de l'immigration, et qui tendent une fois encore à attaquer l'existence de l'AME³⁷. Qu'on y prenne garde cependant : au-delà des situations individuelles c'est notre système social et sanitaire qui prend ici un risque majeur. Celui d'y perdre son humanité.

³⁷ V. Sénat, proposition de loi n° 677 du 1^{er} juin 2023, not. art. 31.

Le risque de la captation d'héritage en matière de santé

Juliette DUGNE

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992).

Résumé : En droit des successions et des libéralités, le législateur consacre une incapacité dite de « défiance » à l'endroit des professionnels santé. Plus précisément, les praticiens ayant prodigué des soins au *de cuius* pendant sa dernière maladie ont l'interdiction de recevoir une donation ou un testament de sa part. Si l'interdit légal permet de prévenir le risque de captation d'héritage, elle a pour nécessaire revers de limiter le droit de la personne vulnérable de disposer librement de son patrimoine.

Mots-clés : risque ; santé ; incapacité de disposer ; libéralités.

Abstract : *In the law of succession, the legislator has established a measure called incapacity of "mistrust" towards healthcare professionals. Specifically, practitioners who provided care to the deceased during his last illness are prohibited from receiving a donation or will from him. While this legal prohibition helps prevent the risk of inheritance appropriation, it has the necessary downside of limiting the vulnerable person's right to freely dispose of his or her assets.*

Keywords : *risk ; health ; incapacity ; liberalities.*

La corrélation. Le duo formé par le risque et la santé tient presque lieu d'évidence. De manière instinctive le plus grand des risques en matière de santé pourrait être celui de la perdre par l'effet du temps qui passe et ou de la maladie qui survient. Le temps de la pandémie de Covid-19 offre, si ce n'est le meilleur, à tout le moins le plus récent des témoignages¹.

Aux côtés de cette problématique générale, d'autres implications plus spécifiques, pour ne pas dire originales, se font jour. Afin de souscrire à la spécificité et à l'originalité qui infusent « Les rendez-vous du risque », la présente étude prend donc celui d'évoquer « le risque de la captation d'héritage en matière de santé ».

Les définitions. De manière plus classique, il importe de définir préalablement les termes du sujet. En premier lieu, le risque consiste en un évènement dommageable dont la survenance se veut incertaine². Se dessine le double aspect propre à la notion. Une part d'incertitude tout d'abord, puisque la survenance de l'évènement risqué n'est finalement qu'éventuelle. Une part de crainte ensuite : celle que le dommage finalement ne se réalise.

En second lieu, le risque en cause, ici celui de la captation d'héritage. L'expression est familière au droit des successions et des libéralités. En la matière, la captation consiste à s'attirer les bonnes grâces d'une personne en vue d'obtenir d'elle une donation contractée de son vivant ou un testament rédigé à cause de mort³. Là encore, le terme se révèle porteur d'une double dimension. La première, empreinte de sujétion et de séduction manifestées à l'égard du gratifiant ; auteur généreux de la libéralité. La seconde, constituée par les manœuvres mises en place par le gratifié, bénéficiaire captieux de l'acte gratuit.

Les interdictions. Le risque de captation d'héritage est d'autant plus accru que le disposant se trouve dans un état et/ou une situation de vulnérabilité. Afin de prévenir une éventuelle

¹ V. not. : numéro spécial *Riséo*, « Le risque Covid-19 », 2020, en ligne : <https://www.riseo.cerdacc.uha.fr/wp-content/uploads/2017/04/Ris%C3%A9o-2020-num%C3%A9ro-sp%C3%A9cial-Le-risque-Covid-19-derni%C3%A8re-version.pdf>

² Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, 14^e éd., 2022, V. : « *risque* ».

³ *Ibid.* V. : « *captation* ».

maltraitance financière – laquelle viendrait porter atteinte au patrimoine des héritiers présomptifs – le législateur institue un certain nombre d’interdits couramment qualifiés d’« incapacités de défiance »⁴. Contrairement aux incapacités de protection traditionnellement associées au droit des majeurs protégés, ces interdictions légales n’affectent pas directement la capacité juridique de la personne vulnérable. L’incapacité de défiance frappe ceux dont le législateur se défie à raison de l’emprise présumée qu’ils exercent sur l’auteur de l’acte. Certaines interdictions sont anciennes, voire quelque peu obsolètes. Il en va ainsi de l’incapacité de recevoir un legs dirigée contre les capitaines de navires⁵ au cours d’un voyage maritime. D’autres se font plus récentes comme l’incapacité issue de la réforme du 5 mars 2007 interdisant aux mandataires judiciaires de recevoir une libéralité de la part des personnes dont ils protègent les intérêts⁶.

Enfin, nombreuses sont les incapacités de défiance en lien avec le domaine de la santé et visant ses acteurs. Dans le secteur sanitaire, l’article L. 3211-5-1 du Code de la santé publique édicte une interdiction de contracter à destination des personnes exerçant une fonction ou occupant un emploi dans un établissement de soins psychiatriques. En matière médico-sociale, l’article L. 116-4, I, du Code de l’action sociale et des familles interdit aux professionnels en lien avec un établissement ou un service du secteur de recevoir une libéralité consentie par la personne prise en charge. Enfin, la plus emblématique – car source d’un contentieux nourri – est celle édictée à l’article 909, alinéa 1^{er} du Code civil. Aux termes de cette disposition, « *les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu’elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci* »⁷.

À l’été dernier, cette incapacité a fait l’objet d’une question prioritaire de constitutionnalité. Par une décision en date du 29 juillet 2022, le Conseil constitutionnel a déclaré sauve et conforme à la Constitution l’interdiction affectant les professionnels de santé⁸. Malgré l’atteinte portée à la capacité de recevoir et indirectement à celle de disposer, la collision a été jugée justifiée et proportionnée au regard de l’ambition protectrice poursuivie. L’examen de constitutionnalité offre la possibilité de s’attarder sur l’incapacité de l’article 909, alinéa 1^{er} en relevant ici toute son ambivalence.

La présentation. L’avant de cette disposition est celui de la protéger le disposant vulnérable contre le risque de captation. Le revers est celui de finalement « surprotéger » l’intéressé au

⁴ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, personnalité, incapacité, protection*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2012, n°297 p. 282 ; I. Najjar, « Libéralités : détermination et capacité des parties », *Rép. civ.*, juin 2011, actualisation V. Brémond (mise à jour : novembre 2022).

⁵ C. civ., art. 995 : « *Les dispositions insérées dans un testament fait, au cours d’un voyage maritime, au profit des officiers du bâtiment autres que ceux qui seraient parents ou alliés du testateur, seront nulles et non avenues.*

Il en sera ainsi, que le testament soit fait en la forme olographe ou qu’il soit reçu conformément aux [articles 988 et suivants](#) ».

⁶ C. civ., art. 909, al. 2 (issu de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, *JORF* 7 mars 2007 en vigueur le 1^{er} janvier 2009) : « *Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité* ».

⁷ Le dernier alinéa du texte énonce une incapacité similaire à destination des ministres du culte.

⁸ Cons. constit. 29 juillet 2022, n°2022-1005 QPC : *D. actu.*, 13 septembre 2022, obs. C. Hélaïne ; *AJ fam.* 2022, p. 437, obs. J. Houssier ; A. Niémec, *RDSS* 2022, p. 963 ; *dr. fam.* 2022, comm. 147, obs. A. Tani ; *JCP N* 2 septembre 2022, act. n° 35, obs. S. Bernard et Z. Brémond.

risque de le priver de l'autonomie de sa volonté en matière patrimoniale. À la protection du risque (I) fait donc jour le risque de la protection (II).

I) La protection du risque

L'incapacité de défiance telle que visée à l'article 909, alinéa 1^{er} a pour objectif de protéger la personne atteinte d'une pathologie mortelle contre le risque de captation d'héritage par les professionnels de santé en charge de lui prodiguer des soins au cours de cette ultime affection. La mesure d'interdiction repose donc sur deux présomptions : la vulnérabilité du gratifiant d'une part (A), la malhonnêteté du gratifié d'autre part (B).

A) La vulnérabilité du gratifiant

Une vulnérabilité personnelle. Le premier alinéa de l'article 909 du Code civil frappe de nullité la libéralité consentie par une personne « *pendant la maladie dont elle meurt* ». À titre principal, l'incapacité repose donc sur la vulnérabilité personnelle de l'auteur de l'acte gracieux ; plus précisément sur la maladie qui, à terme, entrainera son décès. Cette dernière maladie affecte le disposant à plusieurs égards. Sur un plan physiologique tout d'abord, la pathologie en cause s'accompagne le plus souvent d'une déficience longue et progressive⁹ du corps et ou de l'esprit. Sur un plan psychologique ensuite, la crainte d'une fin qui se fait proche est susceptible d'entraver le libre arbitre de celui qu'elle affecte. En témoigne une ancienne décision en vertu de laquelle la mesure incapacitante serait notamment fondée sur l'idée qu'un individu atteint « *d'une maladie qui menace son existence, mû par l'instinct de la conservation, est disposé à tout sacrifier et à faire taire tous les autres sentiments pour faire en sorte d'assurer la guérison qu'il attend de la science, en faisant à son médecin une libéralité* »¹⁰. Une décision plus récente vient tout de même relativiser l'importance de la psyché dans la mise en œuvre de l'incapacité. Dans un arrêt rendu le 16 septembre 2020, la Cour de cassation estime en effet que la connaissance par le gratifiant de sa maladie est indifférente¹¹. À l'appui d'une lecture littérale de l'article 909, seule devrait compter l'existence biologique de la maladie au jour de la libéralité. Outre l'incidence de la pathologie sur le disposant, sa pathologie influe également sur les relations qu'il entretient avec son entourage ; plus précisément avec les professionnels en charge de le soigner.

Une vulnérabilité relationnelle. L'incapacité de défiance en général et celle de l'article 909 du Code civil en particulier se singularise par sa dimension relative. Outre la faiblesse personnelle de l'auteur de l'acte, l'interdit légal repose sur la relation particulière que celui-ci entretient avec le bénéficiaire. Au sens du texte étudié le critère relationnel se matérialise par le soin que le gratifié prodigue au gratifiant au cours de sa dernière maladie. Dès lors la liste des soignants frappés d'incapacité se compose de tous membres des professions médicales et de

⁹ À noter qu'un accident mortel n'équivaut pas à la dernière maladie telle que visée par l'article 909 du Code civil. Dans ce sens, un arrêt ancien illustre ce point en considérant le texte inapplicable dans un cas où le donateur avait « *succombé à une mort instantanée produite par la lésion de l'artère gastrique* ». Les juges d'ajouter que « *la présomption légale de captation de l'article 909 implique l'existence d'une maladie qui a une certaine durée et pendant laquelle l'action du médecin [...] a pu s'exercer* » (Req. 13 avril 1880, DP 1880.1.263).

¹⁰ T. civ. Niort, 30 avril 1857, D. 1859, 3, 12.

¹¹ Civ. 1^{re}, 16 sept. 2020, n°19-15.818 : D. actu., 13 octobre 2020, obs. Q. Guiguet-Schiélé ; D. 2021, p. 509, note G. Raoul-Cormeil et Q. Le Pluard ; AJ fam. 2020, p. 599, obs. J. Houssier.

la pharmacie mais également des auxiliaires médicaux tels les infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes ou encore pédicures podologues¹².

La relation soignant-soigné est donc suspectée par le législateur lequel redoute l'ascendant du premier sur le second. Bien que la relation de soins aspire à s'inscrire dans un modèle « démocratique », elle reste intrinsèquement inégalitaire. En effet, bien souvent, elle met en présence un praticien-sachant face à un patient-profane. Lorsqu'il s'inscrit dans la continuité, le soin prodigué peut instaurer un lien de dépendance lequel ouvre la voie au risque d'abus. Afin de parer à l'éventuelle maltraitance – ici financière – le législateur coupe le mal à la racine et interdit les professionnels de santé d'être donataires ou légataires de la personne qu'ils ont soignée au cours de sa dernière maladie. L'incapacité de l'article 909, alinéa 1^{er} a donc pour objectif de protéger le gratifiant vulnérable de la malhonnêteté présumée du professionnel gratifié.

B) La malhonnêteté du gratifié

Une captation présumée. En matière de libéralité consentie au cours de la dernière maladie, le législateur préfère donc « *prévenir que guérir* ». L'incapacité en cause est donc une mesure de prévention ayant pour effet d'instaurer une présomption de captation à l'encontre des professionnels de santé ayant prodigué des soins au disposant malade. En substance, tous les professionnels de santé penchés au chevet de la personne malade seraient donc animés d'une volonté captatrice. En outre, ces derniers ne peuvent se défendre en excipant d'une absence de manœuvre captatrices ou suggestives. En effet, cette présomption de malhonnêteté est de nature irréfragable¹³.

Une présomption irréfragable. Du côté de celui qui invoque la nullité de la libéralité litigieuse, la présomption *juris et de jure* de l'abus est avantageuse. Sur le plan de la preuve, nul besoin pour lui de démontrer l'existence de manœuvres. Du côté du bénéficiaire de l'acte, il lui est impossible d'arguer que celui-ci a été librement consenti. À titre d'illustration, il serait vain pour le gratifié de mettre en avant l'intelligence du gratifiant pour d'échapper à l'anéantissement de la donation ou du legs¹⁴. Si cette facilité probatoire est particulièrement commode, elle semble quelque peu excessive. En effet, la présomption absolue d'abus jette la suspicion sur l'ensemble des personnes en charge de prendre soin du disposant au cours de sa dernière maladie. Si le risque de captation d'héritage est bien présent, n'y a-t-il pas d'autres moyens juridiques d'y faire face ? Au-delà de la protection du risque se fait jour son revers, à savoir : le risque de la protection.

II) Le risque de la protection

Dans un versant plus critique, il convient de relever les effets secondaires de la protection contre le risque de captation d'héritage en santé. Dans versant plus prospectif, ces effets délétères invitent à proposer des remèdes permettant de juguler la mise en œuvre de cette

¹² Au titre des auxiliaires médicaux, l'on retrouve également : les ergothérapeutes, les psychomotriciens, les orthophonistes, les orthoptistes, les manipulateurs d'électroradiologie médicales, les techniciens de laboratoire médical, les audioprothésistes, les opticiens lunetiers, les prothésistes, les orthésistes et, enfin, les diététiciens.

¹³ V. not. Req. 7 avril 1863, *DP* 1863.1.231.

¹⁴ CA Toulouse, 12 janvier 1864, *DP* 1864.2.9.

incapacité de défiance. Aussi, après l'exposé des limites de la protection (A) vient celui des limites possibles à la protection (B).

A) Les limites de la protection

L'atteinte à la capacité du disposant. À premières vues, l'incapacité de défiance affecte uniquement la capacité juridique des professionnels de santé incapables juridiquement de recevoir une libéralité accomplie au cours de la dernière affection du disposant. Cependant – et de manière indirecte – l'incapacité affecte également la capacité de l'auteur de l'acte. Pour reprendre une image doctrinale, l'article 909 consacre une incapacité « *bicéphale* »¹⁵, ou plus exactement sur deux têtes : une incapacité de recevoir sur celle des professionnels de santé bénéficiaires, une incapacité de disposer sur celle de l'auteur de la libéralité. C'est d'ailleurs au titre d'une atteinte au droit de propriété et, plus précisément, au droit de disposer librement de son patrimoine qu'a été questionnée la constitutionnalité de l'incapacité de l'article 909, alinéa 1^{er} du Code civil. *In fine* la mesure a été considérée comme justifiée et proportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi¹⁶. À la lecture de la décision des Sages et au regard de l'atteinte portée à la capacité juridique du disposant, on peut s'interroger sur la place accordée à son intérêt individuel et, plus encore, à sa volonté personnelle.

L'atteinte à la volonté du disposant. L'incapacité de défiance en ce qu'elle limite le droit de disposer à titre gratuit vient *a fortiori* restreindre l'autonomie de la volonté du gratifiant. Pareille restriction peut sembler paradoxale à l'heure où le législateur français – encouragé par le droit international – tend à promouvoir l'autonomie des personnes vulnérables.

Un autre constat se fait jour s'agissant de l'intérêt protégé. En effet, l'incapacité de défiance est avant tout invoquée par les héritiers du *de cuius* ayant consenti de son vivant une libéralité venant diminuer leurs droits successoraux. De l'avis de certains auteurs, l'incapacité de défiance serait en réalité un instrument de « *contrôle familial* » visant à protéger un intérêt du même ordre¹⁷. Or un tel contrôle de l'activité de la personne fragilisée par la maladie revient à lui dénier la liberté de gratifier les personnes de son choix et notamment celles qui lui prodiguent des soins et avec qui elle peut nouer une relation affective sincère. À cet égard, l'incapacité préventive en matière de santé paraît pour le moins excessive. Sans appeler à son extinction, des limites peuvent être trouvées pour tenter d'en juguler le recours.

B) Les limites à la protection

Des exceptions légales. La première limite est posée par le législateur lequel prévoit deux séries d'exceptions à la nullité de la libéralité consentie à un professionnel de santé ayant soigné le *de cuius*. Au premier chef, l'article 909 valide les « *disposition rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus* ». Autrement dit, la présomption de captation cède lorsqu'il est question pour le disposant de récompenser un service effectivement rendu par le bénéficiaire de l'acte.

¹⁵ D. Noguero, *De l'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse de doctorat, Paris 2, 2000, n°238, p. 259.

¹⁶ Cons. constit. 29 juillet 2022, n°2022-1005 QPC (considérant n°8).

¹⁷ M. Nicod, « Liberté de disposer de la personne âgée et lutte contre les captations d'héritage », *dr. fam.* 2016, n°10, dossier 36, n°16.

La seconde exception légale concerne ensuite « *les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement* ». Le champ est ici circonscrit. À l'appui d'une lecture littérale restent frappés d'incapacité les parents de 5^e degré et au-delà, les alliés ou encore les amis proches. S'agissant cette dernière catégorie on relève cependant un infléchissement cette fois de la part des juges.

Des aménagements jurisprudentiels. En effet, au sein du contentieux relatif aux libéralités faites au cours de la dernière maladie, la jurisprudence s'attache à tenir compte des liens d'affection unissant les intéressés. Plus précisément, les juges sont attentifs à l'affection du bénéficiaire de l'acte à l'égard de son auteur. De cette manière, la Cour de cassation a fait le choix d'écarter l'incapacité de recevoir du conjoint-médecin ayant pris soin de son épouse au cours d'une maladie ayant conduit à son décès¹⁸. Dans cette hypothèse, il convient d'admettre que « *le médecin n'intervient pas exclusivement en sa qualité de praticien auprès de cujus* »¹⁹. Du reste, il semble logique que le conjoint ayant prodigué des soins à son partenaire de vie échappe à la présomption d'abus. Le même raisonnement peut être appliqué à l'ami médecin. Dans ce sens, la haute juridiction a estimé que l'assistance apportée par le professionnel de santé à la testatrice « *en raison des liens affectifs qui l'unissait à elle [...] ne constituait pas un traitement médical au sens de l'article 909* »²⁰. La motivation des soins – lorsque celle-ci trouve sa source dans un lien conjugal ou amical – est donc à même d'écarter l'application de l'incapacité de défiance. En revanche la jurisprudence demeure plus stricte s'agissant de la prise en compte de la motivation du disposant. En effet, les mobiles du disposant demeurent ignorés des juges. Dans ce sens, la Cour de cassation a considéré que rien ne permettait « *de supposer qu'il soit entré dans la pensée du législateur de laisser au juge la faculté d'éluder les prohibitions de la loi, en déclarant qu'il résulte des circonstances que la libéralité s'adresse à l'ami plutôt qu'au médecin* »²¹. Le motif de la libéralité ne permet donc pas aujourd'hui de sauver la libéralité accomplie en raison de l'affection du gratifiant à l'égard du gratifié. Certains auteurs estiment cependant qu'il n'est pas exclu que les juges usent demain de la cause, ou plus exactement de la notion de but, pour limiter la mise en jeu de l'incapacité de défiance en santé²². À la jurisprudence désormais de prendre son risque...

¹⁸ Civ. 21 août 1822, S. 1823. 1. 129.

¹⁹ D. Autem, « L'ami médecin échappe à l'incapacité de recevoir de l'article 909 du Code civil », *Defrénois* 2014, n°18, p. 982.

²⁰ Civ. 1^{re}, 15 janvier 2014, n°12-22.950 : *D. actu.* 31 janvier 2014, obs. T. Douville ; *Defrénois* 2014, note D. AUTEM ; *JCP N* 2014, 1313, note J. Massip.

²¹ Req. 29 juillet 1891, *DP* 1892. I. 260.

²² D. Martel, note sous Civ. 1^{re}, 4 novembre 2010, n°07-21.303, *RJPF* 2011, n°2.