

N° 409543

M. D...

QPC

4^{ème} et 5^{ème} sous-sections cambre réunies

Séance du 27 septembre 2017

Lecture du 2 octobre 2017

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine LIEBER, Rapporteur public

Cette affaire pose la question de la constitutionnalité du 1^{er} alinéa de l'article L. 4124-2 du code de la santé publique qui, comme vous le savez, limite à certaines autorités publiques l'engagement des poursuites disciplinaires contre les médecins, chirurgiens-dentistes ou sages-femmes « *chargés d'un service public* », « *à l'occasion des actes de leur fonction publique* ».

Les faits à l'origine de cette question sont liés à une expertise à laquelle M. D..., technicien informatique chez France Telecom puis chez Orange, en congé de longue maladie depuis octobre 2010, a dû se soumettre en octobre 2013, à la demande du comité médical d'Orange. Cette expertise a été réalisée par le Dr K..., médecin psychiatre, qui a conclu à une inaptitude permanente définitive de M. D... et a recommandé une mise à la retraite pour invalidité non imputable au service, avec un taux d'incapacité de 65%. M. D... a porté plainte contre le médecin expert devant le conseil départemental du Rhône de l'ordre des médecins, qui a transmis la plainte sans s'y associer à la chambre disciplinaire de première instance de Rhône-Alpes. Sa plainte ayant été rejetée, il a fait appel devant la chambre disciplinaire de l'ordre des médecins. Mais celle-ci, constatant que le médecin, en procédant à une expertise concernant un agent public, « *devait être regardé comme accomplissant une mission de service public* » l'a rejetée également, comme étant irrecevable en vertu de l'article L. 4124-2 du code de la santé publique. C'est contre cette décision prise par la CDN le 6 février 2017 que le requérant se pourvoit en cassation.

1. Il a par ailleurs, par un mémoire distinct, soulevé la question de la constitutionnalité du premier alinéa de l'article L. 4124-2 du code de la santé publique, par laquelle nous commencerons.

Cette disposition législative est bien applicable au litige et n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Il vous reste à vérifier si la 3^{ème} condition posée par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 est remplie – autrement dit si la question présente un caractère nouveau ou sérieux.

Elle ne présente pas de caractère nouveau – au vu des principes constitutionnels qu'elle évoque (qui relèvent bien, par ailleurs, des droits et libertés garantis par la Constitution, au

sens de son article 61-1) : le droit au recours effectif, l'égal accès des citoyens à la justice, l'égalité devant la loi ou encore le droit de demander compte à tout agent public de son administration. Mais la question de son caractère sérieux est plus délicate. Le requérant invoque, on l'a vu, plusieurs droits et libertés à l'appui de sa QPC. Ces différentes branches sont d'inégale valeur.

1.1. Vous pourrez écarter rapidement le grief portant sur la contrariété des dispositions contestées avec l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux termes duquel « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* », pour plusieurs raisons. La première tient à ce que la notion de médecin « *chargé d'une mission de service public* » au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 4124-2 n'est pas identique à celle d'agent public au sens de l'article 15 de la DDHC, avec laquelle elle ne se recoupe que partiellement. La seconde, à ce que le droit reconnu à « la société » de demander des comptes à tout agent public de son administration n'implique pas que chaque citoyen puisse directement mettre en cause la responsabilité d'un agent public ou intenter une action disciplinaire à son encontre, comme on va le voir ci-après.

1.2. L'atteinte au droit à un recours effectif ne nous paraît pas davantage sérieuse : en effet, le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'implique pas le droit d'exercer « *toutes les sortes possibles de poursuites* » (cf. conclusions de G. Dumortier sur 13 janvier 2014, P...., n° 372804, aux T.).

Le Conseil constitutionnel estime ainsi que la victime « *ne dispose pas d'un droit constitutionnellement garanti de déclencher l'action publique* », mais qu'« *en revanche, le droit de la partie civile de demander réparation de son dommage est garanti par la Constitution* » (commentaire aux Cahiers de la décision n° 2015-461 QPC du 24 avril 2015). Il a par exemple validé les dispositions excluant toute possibilité de se constituer partie civile devant la Cour de justice de la République, dès lors qu'était parallèlement garantie « *la possibilité d'exercer des actions en réparation de dommages susceptibles de résulter des crimes et délits commis par les membres du Gouvernement devant les juridictions de droit commun* » (décision n° 93-327 DC du 19 novembre 1993), solution qu'il a réitérée ensuite s'agissant du monopole du ministère public pour poursuivre devant les juridictions françaises des personnes ayant commis des crimes relevant de la Cour pénale internationale (décision n° 2010-612 DC du 6 août 2010).

Cet équilibre entre fermeture d'un recours et possibilité d'exercer, par d'autres voies, une action en réparation se retrouve en matière de poursuites disciplinaires – poursuites qui sont normalement dévolues aux autorités de nomination, et sont donc en principe fermées aux tiers. La logique à l'œuvre, en matière disciplinaire dans la fonction publique, n'est en effet pas celle d'une réparation à la victime, mais celle du bon fonctionnement du service, qu'il importe de préserver en sanctionnant le comportement inadéquat de l'agent public. Vous jugez ainsi qu'une décision de sanction prise à l'encontre d'un fonctionnaire ne crée pas de droits acquis au profit des tiers¹ (cf. 29 décembre 1999, M...., n° 185005, au rec.), qu'un tiers n'a pas intérêt à agir contre le refus de prononcer une sanction ni contre la sanction elle-même (Section, 10 juillet 1995, Mme L...., n° 141654, rec. p. 302 ; 17 mai 2006, B...., n° 268938, rec. p. 257), ou encore qu'il ne peut obtenir de droit à réparation en raison de l'absence ou de l'insuffisance de ladite sanction (2 juillet 2010, consorts BE...., n° 322521, aux T. p. 826).

¹ Ni, d'ailleurs, au profit de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire.

En matière de sanctions ordinaires, de la même manière, n'est pas en jeu un intérêt subjectif du plaignant mais l'intérêt objectif de la profession, chargée du respect de la déontologie par ses membres. Il n'y a donc pas, là non plus, de droit systématique à mettre en mouvement l'action disciplinaire devant les juridictions ordinaires. Les tiers peuvent en revanche recourir à des modes de poursuite alternatifs – notamment en recherchant, le cas échéant, une indemnisation du préjudice qu'ils estiment avoir subi, en mettant en jeu la responsabilité du médecin devant le juge civil, afin d'obtenir réparation, voire devant le juge pénal si les faits reprochés au praticien sont de nature à recevoir une qualification pénale. La fermeture du recours devant les juridictions disciplinaires ordinaires ne constitue donc pas une atteinte au droit au recours des patients, dès lors que d'autres voies de recours leur sont ouvertes.

Vous aviez d'ailleurs déjà écarté ce grief dans votre décision du 13 janvier 2014, *P...*, n° 372804, aux T., qui posait la question très voisine de celle que vous examinez aujourd'hui, de la constitutionnalité du 2^{ème} alinéa de l'article L. 4124-2, aux termes duquel les praticiens chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'ordre « *lorsqu'ils exercent une fonction de contrôle prévue par la loi ou le règlement (...) ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes commis dans l'exercice de cette fonction, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé ou le procureur de la République* ». Le nombre des autorités de poursuite est donc encore plus restreint pour les médecins de service public qui exercent une fonction de contrôle, puisque les autorités ordinaires en sont exclues.

Soulignons toutefois que vous aviez écarté le grief en vous fondant sur deux motifs : d'une part, parce que la disposition contestée n'a ni pour objet ni pour effet de priver les victimes de manquements déontologiques d'autres voies de recours ; d'autre part, en raison de la « *nécessité d'intérêt général de garantir l'indépendance et l'impartialité [de ces médecins] par rapport aux personnes qu'ils contrôlent et, par voie de conséquence, l'efficacité du contrôle médical sur l'activité des professionnels de santé* ». Cette précision tient, croyons-nous, au fait que, comme l'expliquait Gaëlle Dumortier dans ses conclusions, « *l'ouverture des poursuites disciplinaires aux malades par la loi du 4 mars 2002 [n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé] a brouillé quelque peu* » la spécificité des dispositions de l'article L. 4124-2 du code de la santé publique. Votre décision du 13 janvier 2014, *P...*, n° 372804, a donc opté pour une motivation très extensive, explicitant la spécificité des médecins-conseils, par rapport aux médecins de l'alinéa 1^{er} du même article, pour écarter le grief de l'atteinte au droit au recours effectif.

Nous pensons que la nature même du contentieux disciplinaire permet en réalité d'écarter le grief, ce que ne fait que renforcer la nature particulière des missions exercées par les médecins chargés d'une mission de service public. Ce deuxième grief ne nous paraît donc pas de nature à justifier la transmission de la QPC.

3. Le requérant soutient ensuite que les dispositions du 1^{er} alinéa de l'article L. 4124-2 méconnaissent le principe d'égalité devant la loi et d'égal accès des citoyens à la justice, protégé par les articles 1^{er}, 6 et 16 de la DDHC. Ce grief s'inscrit dans la continuité du précédent : la mise en mouvement de l'action disciplinaire n'appartient qu'aux autorités publiques chargées de faire respecter la déontologie au sein de la profession, et qui ne se trouvent donc pas dans une situation comparable aux requérants « ordinaires ». Vous pourrez

également écarter ce grief.

4. Reste le grief le plus délicat : il est tiré de l'atteinte à l'égalité entre médecins, selon qu'ils entrent ou non dans le champ des médecins « *chargés d'une mission de service public* ». Le requérant fait ainsi valoir les difficultés résultant de l'application des critères de « *service public* » et d'« *actes de leur fonction publique* » figurant dans les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 4124-2, qui ont donné lieu à une jurisprudence subtile. Il fait valoir, corrélativement, que ces dispositions méconnaissent l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice.

Indiquons d'emblée que votre décision du 13 janvier 2014, P..., n° 372804, en refusant de transmettre la question de la constitutionnalité du 2^{ème} alinéa du même article, ne nous paraît pas avoir engagé la solution, puisqu'elle se prononce au regard d'une rupture d'égalité qui n'était invoquée qu'entre les médecins de service public du 1^{er} alinéa et ceux du 2nd alinéa de l'article L. 4124.2.

Il faut ici revenir, rapidement, sur l'histoire des dispositions contestées. Elles remontent, comme le rappelait A. Roul dans ses conclusions sur votre décision du 17 décembre 2003, H..., n° 241075, aux T. p. 973, à la création des instances ordinales, lorsque ce qui était alors l'article 40 de la loi du 10 septembre 1942 ne concernait que les « *médecins fonctionnaires* », dont il était prévu que « *l'action, quant aux actes accomplis dans l'exercice de la fonction, ne peut être engagée que par le secrétaire d'Etat à la santé* » - autrement dit, qu'ils ne pouvaient faire l'objet de poursuites que de la part de leur administration. L'élargissement aux « *médecins chargés d'un service public* », autrement dit à des médecins, qu'ils soient ou non fonctionnaires, « *à l'occasion des actes de leur fonction publique* », par l'article 35 de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme (dispositions qui ont été transposées telles quelles à l'article L. 418 de l'ancien code de la santé publique, puis recodifiées à l'article L. 4124-2 du code de la santé publique²), a suscité, depuis, de délicates questions de champ d'application.

Vous jugez ainsi, entre autres, que :

- le médecin salarié d'une clinique privée ne peut pas être regardé comme « chargé d'un service public », même si cette clinique participe au service public hospitalier (17 décembre 2003, H..., n° 241075, aux T., précitée) ;
- en revanche, un médecin directeur d'un centre régional de lutte contre le cancer, qui est une structure de droit privé est, lui, « chargé d'un service public » au sens des dispositions en cause, dès lors que ces centres sont non seulement chargés d'une mission de service public mais aussi placés sous la tutelle du ministre de la santé (5 novembre 1982, G..., n° 12135, aux T. ; 30 décembre 2002, MA..., n° 207957, aux T.).

Vous jugez encore que :

- les actes effectués par un médecin exerçant dans un hôpital public mais concernant sa clientèle privée ne relèvent pas d'actes « *accomplis à l'occasion de la fonction publique* » du praticien (20 mai 1981, W..., n° 24539, aux T.) ;

² Elles ont été modifiées à plusieurs reprises notamment pour élargir la liste des autorités pouvant exercer une action disciplinaire à l'encontre des praticiens à l'occasion des actes de leur fonction publique (notamment, Conseil national de l'ordre en 2009² ; directeur général de l'agence régionale de santé en 2010²...).

- mais qu'un manquement commis par un praticien lors d'une consultation pré-opératoire dans le cadre de son activité libérale, avant de procéder à l'intervention chirurgicale qui, elle, se déroulait à l'hôpital public, entre dans le champ des manquements commis « à l'occasion des actes de la fonction publique » de l'intéressé (23 décembre 2016, LA..., n° 392230, aux T.).

Vous excluez du champ de l'article L. 4124-2 du CSP le médecin personnel du Président de la République (29 décembre 2000, M. G., n° 211240, au rec.), ou le médecin du travail, relevant d'un centre de santé privé, qui délivre un certificat d'inaptitude (10 février 2016, Mme LE..., n° 384299, aux T.), mais vous y intégrez le médecin d'un service départemental d'incendie et de secours dans le cadre d'une intervention d'urgence requise par ce service (31 mars 2014, Z..., n° 362135, aux T.), ou le médecin-expert désigné au titre de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale (10 juillet 2017, C..., n° 396452, aux T.); ou même comme expert judiciaire, alors même que sa responsabilité peut être engagée devant les tribunaux judiciaires (18 mars 2015, BO..., n° 373158, aux T.).

On peut donc légitimement s'interroger, au vu de ce paysage jurisprudentiel subtil, sur la légitimité de la frontière que posent les dispositions contestées entre ces médecins « *chargés d'un service public* » et les autres médecins.

Pour autant, cette frontière repose sur l'exercice, ou non, par les intéressés, d'une mission de service public, lors de laquelle ils s'adressent, non pas à de simples clients, mais à des usagers de ce service public³. Il y a donc une réelle différence de situation entre les praticiens concernés, mais aussi entre les plaignants potentiels, qui n'ont pas le même statut. A cet égard, les particularités des conditions d'engagement des poursuites selon que le médecin relève ou non du champ de l'article L. 4124-2 ne sont pas sans parenté avec la distinction qui vous est familière entre responsabilité administrative et responsabilité civile – même si ces notions ne se recoupent pas.

Dans ces conditions, l'atteinte au principe d'égalité nous paraît s'éteindre, et ce d'autant plus que les critères définissant l'exercice d'un « service public » ou l'accomplissement d'un acte se rattachant à la « fonction publique » des intéressés au sens de l'article L. 4124-2, s'ils aboutissent à dessiner un paysage jurisprudentiel nuancé, reposent sur des notions objectives et rationnelles telles que :

- la nature, publique ou privée, du lieu d'exercice ; et l'existence d'éventuelles prérogatives de service public lorsqu'il s'agit d'une structure privée ; vous n'hésitez pas d'ailleurs à recourir aux critères dégagés par votre décision de Section du 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), n° 264541, au rec. (voir ainsi 10 février 2016 Mme LE..., n° 384299, préc.) ;
- ou encore vous vérifiez la nature de l'acte à l'occasion duquel le manquement s'est produit, et notamment de la mission en vertu de laquelle l'acte a été accompli.

Dans ces conditions, il nous semble que le législateur a pu, légitimement, poser des règles différentes pour régir des situations différentes, et que la différence de traitement instaurée par les dispositions contestées, qui repose sur des critères objectifs et rationnels, est en rapport

³ Cf., sur la notion d'usager d'un service public, votre récente décision du 5 juillet 2017, Mme BS..., n° 399977, aux T.

direct avec l'objet de la loi. Nous vous proposons donc, *in fine*, de ne pas retenir non plus ce grief comme sérieux, ce qui vous amènera à ne pas transmettre la QPC au Conseil constitutionnel.

2. Vous pourrez, si vous nous suivez, prendre position sur l'admission en cassation du pourvoi de M. D.... Le moyen tiré de ce que la décision contestée de la chambre disciplinaire nationale reposerait sur une disposition législative inconstitutionnelle ne peut être retenu si vous ne transmettez pas la QPC.

Sont ensuite invoquées une erreur de droit et une dénaturation à avoir fait application du décret du 4 février 2014 relatif à la création du comité médical national et de la commission de réforme nationale de la SA Orange. D'abord, parce que ce décret n'était pas entré en vigueur lorsque l'expertise a été ordonnée. Mais ce moyen nous paraît sans incidence sur la question de savoir si le médecin expert était ou non chargé d'une mission de service public. La deuxième branche du moyen invoque l'illégalité du décret du 4 février 2014 en ce qu'il renvoie aux dispositions de l'article 5 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 applicable aux fonctionnaires. Il s'agit du décret régissant la désignation des médecins agréés et l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme dans la fonction publique. Mais le moyen est très faiblement argumenté et manque de précisions pour en apprécier le bien-fondé, et au demeurant les personnels de France Télécom qui avaient le statut d'agent public ont pu rester sous ce statut en application des articles 29, et suivants de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990.

Le moyen suivant d'insuffisance de motivation à n'avoir pas expliqué en quoi le médecin accomplissait une mission de service public ne tient pas puisque la décision indique précisément qu'il réalisait une expertise concernant un agent de droit public.

L'erreur de qualification juridique des faits à avoir jugé que le médecin expert accomplit une mission de service public n'est pas non plus sérieuse, la CDN ayant à juste titre retenu la qualification de mission de service public, en appliquant votre jurisprudence classique en la matière (cf. 29 décembre 1997, *GU...*, n° 133793, aux T., dans le cas très similaire d'un médecin expert mandaté par la commission consultative médicale prévue à l'article R. 17 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre). Ne tient pas non plus le moyen d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique des faits au regard de l'article L. 4124-2 du code de la santé publique : le médecin a bien été mis en cause pour un acte accompli dans l'exercice de sa « fonction publique » au sens de l'article L. 4124-2, puisque c'est à l'occasion de l'expertise réalisée, acte qui relève de la mission de service public assumée par le praticien, que l'intéressé a été mis en cause.

Enfin, le dernier moyen est tiré de la violation des articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif, ainsi que de son article 14 prohibant les discriminations. Il s'agit de la reprise, sous la bannière de la convention européenne, des griefs invoqués dans le cadre de la QPC et pour les mêmes motifs que ceux précédemment évoqués, ils ne peuvent justifier l'admission en cassation du dossier.

PCMNC :

- à ce qu'il n'y ait pas lieu de transmettre la QPC soulevée par M. D...,
- à la non admission en cassation de son pourvoi.