

N° 411345

Fédération des médecins de France

1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 9 juillet 2018

Lecture du 18 juillet 2018

## CONCLUSIONS

**M. Charles TOUBOUL, rapporteur public**

« *La santé n'est pas la première préoccupation des médecins* » (2014) ; « *Le médecin traitant ne sert à rien, c'est un péage !* » (2013) ; « *Les médecins ont eu une dotation financière pour leur équipement électronique. Ils en ont manifestement fait autre chose : acheter des sacs à main à leur épouse ou des Playmobil pour leurs enfants* » (2011). C'est à M. A... que l'on doit ces quelques aphorismes, le dernier cité lui ayant même valu une condamnation à verser un euro de dommages et intérêts à la confédération des syndicats médicaux Français par le TGI de Paris le 18 mai 2011. La requête que vous avez à examiner aujourd'hui, dirigée contre le décret du 7 avril 2017 nommant l'intéressé à la Haute autorité de santé, émane quant à elle de la Fédération des médecins de France, qui soulève deux moyens.

### 1. Le premier est de légalité externe et ne vous retiendra pas.

Il est soutenu que le décret n'a pas été contresigné par le Premier ministre, non plus que par le ministre chargé de la santé. Le moyen est opérant car ces deux contresignés étaient bien requis. D'une part, en vertu de l'article L. 161-42 du code de la santé publique, les membres du collège de la HAS sont nommés « par décret », expression qui doit être interprétée comme un décret du Président de la République en application de l'article 13 de la Constitution aux termes duquel il « *nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat* » et en l'absence de délégation accordée dans les conditions prévues par l'ordonnance du 28 novembre 1958 (v. 20 déc. 2006, M..., n°278159 T. ; 26 janvier 2018, Mme R..., n°401796 T. sur un autre point).

D'autre part, conformément à l'article 19 de la Constitution, les actes du Président de la République sont contresignés - sauf exception parmi lesquelles ne figurent pas ceux de l'article 13 -, par le Premier ministre et les « *ministres responsables* », définis comme ceux auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des actes dont s'agit (Sect., 10 juin 1966, Pelon et autres, rec.). La ministre des affaires sociales et de la santé, compétente en matière de santé et d'assurance maladie aux termes de son décret d'attributions (Décret n°2014-405 du 16 avril 2014), seule ministre appelée à désigner un membre de la HAS en vue de sa nomination par le président de la République et rapporteure de ce décret devait être regardée comme ministre responsable au sens de l'article 19 de la Constitution. Elle avait donc bien à la contresigner aux côtés du Premier ministre. Mais tel a bien été le cas, comme cela ressort de l'ampliation de la minute du décret communiquée en défense. Le moyen manque donc en fait.

2. Le moyen de légalité interne mérite que l'on s'y arrête davantage. Il est en effet soutenu que la nomination de l'intéressé est entachée d'erreur manifeste d'appréciation et qu'elle méconnaît le principe d'indépendance et d'impartialité des autorités administratives indépendantes.

Si, dans un état primitif de votre jurisprudence, vous avez pu mêler les deux questions dans le cadre de votre contrôle restreint du bien fondé de la nomination (16 mars 2001, Sté coopérative Greenpeace Energy EG et Association de consommateurs Acter, n°221255, 2121392, rec.), vous les distinguez désormais en opérant, d'abord, un contrôle plein sur le respect des règles d'impartialité, puis un contrôle restreint sur l'appréciation portée par l'autorité détentrice du pouvoir de nomination (V. en ce sens, à propos du Haut conseil des biotechnologies : 3 octobre 2011, Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique et S..., n°328326, T).

### 2.1 Commençons par les règles d'indépendance et d'impartialité.

Les membres de la HAS sont soumis à trois corps de règles en ce domaine : celui applicable à l'ensemble des AAI et API, introduit par les articles 9 et 12 de la loi du 20 janvier 2017 ; celui propre aux autorités et agences sanitaires de l'article L. 1451-1 du code de la santé publique et enfin celui spécifique à la HAS, figurant à l'article R. 161-86 du code de la sécurité sociale. Cela étant, ces règles portent pour l'essentiel sur l'exercice des fonctions et non sur l'accès aux fonctions, de sorte que leur éventuelle méconnaissance ne peut que dans de très rares cas conduire à regarder une nomination comme illégale. Mais reprenons chacun des arguments avancés par la fédération requérante.

**2.1.1** Le premier argument, on s'en doute, n'est autre que les **prises de position publiques de l'intéressé** que nous rappelions en commençant.

Les textes que nous venons de citer et, en particulier, l'article 9 de la loi du 20 janvier 2017 prévoient que les membres des autorités indépendantes « *ne prennent, à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité à laquelle ils appartiennent* », disposition qui ne couvre pas toutefois les déclarations faites avant la nomination. Cette obligation se combine néanmoins avec le principe d'impartialité que vous avez déjà mobilisé pour contrôler de telles déclarations antérieures.

Dans l'affaire précitée de 2011 sur le haut conseil des biotechnologies, vous avez en effet relevé que « *la circonstance que certaines personnalités scientifiques nommées par le décret attaqué auraient pris des positions favorables au développement des organismes génétiquement modifiés ne saurait conduire, à elle seule, à regarder leur nomination comme contraire au principe d'impartialité* ». Vous n'avez donc pas exclu que les déclarations antérieures de l'intéressé puissent être retenues contre sa nomination au titre du principe d'impartialité, tout en plaçant la barre assez haut pour que le moyen puisse être regardé comme fondé.

Il ne s'agit pas, en effet, de vérifier que les déclarations antérieures de l'intéressé aient pu ou non constituer un pré-jugement, contrôle qui ne vaut que pour les juridictions et les autorités indépendantes statuant en matière répressive, ce qui n'est pas le cas de la HAS. V. not. sur cette distinction, les conclusions de R. Decout-Paolini sur votre décision de Section Zambon France du 22 juillet 2015, n°361962, rec. Et à considérer que vous vous engagiez tout de même dans ce type de raisonnement, on ne pourrait y voir de motif de nature à rendre

illégal la nomination que si ces positions antérieures affectaient une part très importante de l'activité de l'autorité, à la manière d'un problème d'impartialité structurel ou quasi-structurel. On en serait loin ici : si la HAS peut sans doute avoir à examiner des pratiques impliquant les médecins libéraux généralistes qui ont donné lieu aux déclarations publiques de M. A..., il ne s'agit que d'une part circonscrite de l'activité de cette autorité.

Quoi qu'il en soit, il nous semble que ces prises de position doivent être relativisées. Elles sont bien sûr déplacées voire insultantes pour les médecins généralistes et il n'est pas question de les excuser ici.

Mais il ne nous semble pas possible d'apprécier ces prises de positions publiques venant d'un représentant des usagers du système de santé - ancien président de Aides et du CISS - de la même manière que celles qui pourraient venir d'experts scientifiques. De telles fonctions supposent de mobiliser l'opinion et les pouvoirs publics par des déclarations fortes et parfois exagérées qui amènent souvent les intéressés à approcher les limites de l'acceptable.

Et nous croyons qu'il faut se garder d'un contrôle trop strict qui obligerait à ne désigner que des personnalités « grises », alors que cette affaire fait déjà apparaître qu'il est difficile de trouver des profils à mêmes de représenter les usagers, la nomination de l'intéressé étant d'ailleurs intervenue après que la presse eut critiqué l'absence de tels représentants parmi les noms qui circulaient avant le renouvellement du collège (Le Monde, 27 mars 2017, Collège de la HAS : où sont les patients ? » Libération, 21 mars 2017 : « La Haute autorité de santé, toujours sans usager dans son nouveau collège » ; 31 mars 2017, Un représentant des malades finalement nommé à la Haute Autorité de santé »).

Enfin, dans le cas particulier de M. A..., on peut relever que celui-ci a admis publiquement une erreur au sujet des aides financières dont avaient bénéficié les médecins généralistes qu'il avait hâtivement imaginé employées à l'achat de sacs à main et Playmobil. Cette déclaration remontait en outre à six ans en arrière à la date de sa nomination et les deux autres à quatre et trois ans, M. A... ayant fait preuve d'une certaine réserve médiatique depuis lors. On peut admettre plus aisément nous semble-t-il de ne pas tirer de conséquence trop lourde de ces déclarations, dans l'esprit d'un certain « droit à l'oubli ».

**2.1.2** Le deuxième élément avancé par la fédération requérante tient aux **intérêts que l'intéressé détenait avant sa nomination** de nature à interférer avec l'exercice des fonctions.

Mais là encore les obligations instituées par les textes, conçues dans la perspective d'éventuels déports, s'imposent surtout après la nomination et non comme des conditions de légalité de celle-ci. Et, là encore, votre décision de 2011 sur le haut conseil des biotechnologies a ouvert la voie. Vous avez en effet jugé que : *« si les requérants relèvent que certaines des personnalités nommées ont des intérêts entrant dans le champ des compétences du haut conseil, résultant de liens directs ou indirects avec certaines sociétés ou de la détention de certains brevets, il résulte des dispositions mêmes de l'article R. 531-10 du code de l'environnement que de tels intérêts doivent être déclarés ; que le risque que de tels intérêts portent atteinte au fonctionnement impartial du haut conseil est prévenu par l'obligation, pour ses membres, de ne pas participer aux débats lorsque ses comités statuent sur des questions susceptibles de mettre en cause ces intérêts ; qu'il ne ressort par ailleurs des pièces du dossier ni qu'une ou plusieurs des personnalités nommées seraient de façon systématique, du fait de cette obligation, dans l'impossibilité de participer aux travaux du haut conseil, ni que le fonctionnement d'ensemble de celui-ci serait, du fait des nominations*

*contestées, susceptible d'être affecté ; qu'ainsi, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le décret attaqué méconnaîtrait le principe d'impartialité du fait des intérêts détenus par certaines des personnalités nommées ».*

Vous pourrez transposer l'ensemble de ces motifs à la HAS : l'article L. 1451-1 du code de la santé publique oblige lui aussi à la déclaration des intérêts ; l'article R. 161-86 du code de la sécurité sociale oblige lui aussi à se défaire dans les trois mois suivant la nomination (et non avant celle-ci) des liens qui compromettraient l'indépendance du membre du collège qui les détient et l'article L. 1451-1 et la loi du 20 janvier 2017 obligent eux aussi, combinés au principe d'impartialité, à s'abstenir de siéger lorsque les délibérations sont susceptibles de mettre en cause des intérêts détenus par l'intéressé dans une affaire particulière.

Quant à l'existence d'un risque de conflit d'intérêt structurel, qui - en toute rigueur - est la seule branche de l'argumentation réellement opérante au vu de ce précédent de 2011, elle ne ressort pas des pièces du dossier. La requête pointe certes les fonctions antérieures de membre du conseil d'administration de la fondation d'entreprise Roche (financée par plusieurs entreprises de l'industrie pharmaceutique), de trésorier adjoint de l'association Coopération santé (dont son membres de nombreux laboratoires de l'industrie pharmaceutique) et de membre du conseil scientifique de la MGEN.

Mais on ne saurait suivre la requérante dans l'idée que ces activités de l'intéressé, parce qu'elles « *l'on conduit à côtoyer de nombreux professionnels de l'industrie pharmaceutique et du secteur des mutuelles de santé* », suffiraient à le placer en situation de conflit d'intérêt structurel ou quasi-structurel. Les documents produits par la HAS montrent, au demeurant, que celui-ci n'a pas rencontré de difficulté particulière au regard de ses obligations de dépôt à la suite de sa nomination.

**2.1.3** Le troisième et dernier élément avancé par la fédération requérante porte sur des **manquements aux obligations de dépôt de déclaration d'intérêts** qu'elle a cru détecter en comparant les déclarations déposées par l'intéressé à différentes dates.

Sont d'abord critiquées deux déclarations de 2012 et 2015, mais qui ont été faites par l'intéressé à l'occasion de colloques organisés par la HAS et présentaient donc un caractère thématique : seuls les intérêts en lien avec les sujets abordés étant recensés. Il n'y a donc aucun manquement à cet égard.

La requête pointe ensuite des écarts entre les déclarations faites le 6 avril 2017 et le 2 mai 2017 en lien avec la nomination de l'intéressé comme membre de la HAS où il ne faisait pas état de sa qualité de membre du conseil d'administration d'une fondation d'entreprise relevant du secteur de la protection sociale complémentaire jusqu'en 2015 ni de président, de février à octobre 2014, d'une association promouvant l'ouverture des données de santé à l'assurance maladie.

Toutefois, dès lors que les dispositions de l'article L. 1451-1 du code de la santé publique ne font du dépôt de la déclaration qu'une formalité exigible à la date de la prise de fonctions et seulement un préalable à la participation aux travaux, délibérations et votes du collège et non à la nomination elle-même, un éventuel manquement, à considérer même qu'il puisse être retenu, nous semble devoir rester sans incidence sur la validité de la nomination.

L'*a contrario* est en effet très net avec ce que prévoit le I de l'article 25 ter de la loi du 13 juillet 1983 sur les fonctions et emplois d'un certain niveau hiérarchique énonçant clairement que : « *la nomination (...) est conditionnée à la transmission préalable par le fonctionnaire d'une déclaration exhaustive, exacte et sincère de ses intérêts à l'autorité investie du pouvoir de nomination* » ; rédaction dont vous déduisez logiquement qu'un manquement à cette obligation de transmission emporte illégalité de la nomination : v. p.ex. 26 janvier 2018, Association professionnelle des membres de l'inspection générale de la jeunesse et des sports, n°408215, T. Mais ces dispositions ne sont expressément pas applicables aux emplois et fonctions qui, comme pour la HAS, relèvent de l'article L. 1451-1 du code de la santé publique.

Et la circonstance qu'en l'espèce, une déclaration d'intérêts ait été déposée la veille de la nomination de l'intéressé en vue semble-t-il de celle-ci -comme l'indique maladroitement la HAS en défense- ne change rien à cette inopérance.

Enfin, la requérante ne nous semble pas pouvoir donner davantage d'opérance à son moyen en l'appuyant sur l'article L. 1454-2 du code de la santé publique, sanctionnant les manquements aux obligations d'établir ou de modifier une déclaration d'intérêts d'une amende de 30 000 euros. Même en faisant l'effort d'analyser cet argument à la lumière de votre jurisprudence d'Assemblée Société Lambda du 6 décembre 1996 (n°167502, au Recueil) intégrant les infractions pénales au bloc de légalité, contrairement à ce précédent qui portait sur la prise illégale d'intérêts, on n'est pas ici dans une situation où la nomination de l'intéressé l'amènerait nécessairement à commettre une infraction, puisqu'il pouvait actualiser sa déclaration avant de siéger.

Nous pensons donc que vous pourrez écarter aussi cette troisième série d'éléments et, avec elle, le moyen tiré d'une méconnaissance des règles d'indépendance et d'impartialité.

**2.2** Si vous nous suivez, vous aurez à vous prononcer sur la seconde question qui est celle de savoir si, indépendamment d'une méconnaissance de ces règles, il ne résulte pas de toutes ces circonstances un halo si défavorable que l'on puisse regarder la nomination de l'intéressé comme entachée **d'erreur manifeste d'appréciation**.

Mais nous ne le pensons pas. Ses prises de position publiques étaient très regrettables mais elles sont à replacer dans le contexte de l'exercice de ses fonctions de porte-voix des usagers qui font aussi aujourd'hui son utilité à la HAS et elles remontaient à plusieurs années avant sa nomination.

On ne décèle pas non plus de comportement répréhensible quant aux intérêts détenus dans le passé et en particulier aucune intention de dissimulation de nature à faire douter de la probité de l'intéressé. Compte tenu par ailleurs de ce que ses compétences et son expérience ne sont aucunement mis en doute, nous vous invitons à écarter le moyen d'erreur manifeste d'appréciation.

**PCMNC** au rejet de la requête.