



Title	Actualité du droit français : Colloque pour la célébration de la convention avec l'Université de Toulouse 1
Author(s)	
Citation	Osaka University Law Review. 2006, 53, p. 1-46
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/5751
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

Actualité du droit français

Colloque pour la célébration de la convention avec l'Université de Toulouse 1

Nous sommes très heureux d'accueillir la délégation de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, que conduit Monsieur le Président Henry Roussillon. Le 23 juin 2005 l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, la Faculté de droit et la Law School (Hautes Etudes judiciaires) de l'Université d'Osaka ont conclu une convention scientifique générale prévoyant le développement de recherches en commun et l'échange d'enseignants et d'étudiants.

Pour célébrer la signature de cette Convention, en présence de Monsieur et Madame le Président Roussillon, Monsieur et Madame les Professeurs Jean-Pierre et Maryvonne Théron, Monsieur et Madame le Professeur Jacques Larrieu et de Monsieur le Doyen Bernard Beignier, nous avons organisé un colloque consacré à l'actualité du droit français.

Les professeurs de l'Université de Toulouse nous présentent, dans les pages ci-dessous, des communications intéressantes qui nous offrent une occasion importante de découvrir l'état de quelques questions qui font actuellement débat en droit français.

Tadaki MATSUKAWA
Professeur à l'Université d'Osaka

Une coopération pleine de promesses.

Grâce à l'action persévérente et oh ! combien efficace du Professeur Jacques LARRIEU des liens de plus en plus étroits se sont développés entre l'Université d'Osaka et celle des Sciences sociales, Toulouse 1: cours, séjours de recherche, échanges d'ouvrages et, bien entendu, premiers colloques communs.

C'est à l'occasion du séjour à Osaka d'une forte délégation d'enseignants français conduite par le Président de l'Université et le Doyen de la Faculté de droit qu'a pu ainsi être organisé un colloque sur "l'actualité du droit français" dont les rapports figurent dans cet ouvrage publié en un temps record:

- La question de l'euthanasie dans les pays occidentaux: la loi française du 22 avril 2005 sur la fin de vie par le doyen Bernard Beignier.
- Les inventions des salariés actualité jurisprudentielle par Jacques Larrieu.
- La réforme de la loi française "Informatique et libertés" par Dominique Roussillon
- Les instances françaises de régulation économique par Maryvonne Théron;
- Les générations de droits de l'Homme en France par Jean-Pierre Théron.

Une nouvelle étape symbolique de ce désir profond de coopération va être, le 3 mars prochain, à Toulouse, l'attribution au Doyen KUNII du titre de docteur "honoris causa" ce qui constituera une première dans nos relations. Nous sommes très heureux de constater, par ailleurs, que de jeunes professeurs de notre Université ont fait le choix d'apprendre le japonais ce qui est un gage d'efficacité et de pérennité dans nos relations pour lesquelles nous formulons, en ce début d'année, des voeux de plein succès.

Henry ROUSSILLON
Président de l'université Toulouse 1- Sciences sociales

LA REFORME DE LA LOI FRANCAISE « INFORMATIQUE ET LIBERTES »

Dominique Roussillon

Le 6 août 2004, la France a adopté une loi « relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et portant réforme de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

La France a dû se doter d'une loi nouvelle pour transposer une Directive européenne du 24 octobre 1995.

Après hésitations, la France a fait le choix symbolique de maintenir le texte fondateur de la loi de 1978. Ainsi son article 1 est conservé :

« L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

La loi de 1978 protège les personnes physiques

Les données à caractère personnel.

Une donnée à caractère personnel est celle qui permet d'identifier la personne de manière directe ou indirecte.

La loi s'applique aussi bien aux fichiers manuels qu'aux fichiers informatisés, mais seuls ces derniers sont soumis à des formalités préalables.

La loi de 1978 a créé un autorité de contrôle, la CNIL ; elle est chargée de veiller au respect des libertés individuelles face à l'informatique ; depuis 25 ans la CNIL a enrichi la loi d'une pratique très vivante.

En 1978, la loi reposait sur la distinction des traitements publics et des traitements privés ; les traitements publics étaient soumis à un contrôle préalable, les traitements privés à une simple déclaration ; ces derniers étaient en effet peu nombreux et paraissaient moins dangereux.

La loi nouvelle, en harmonie avec la Directive, abandonne le contrôle préalable qui devient exceptionnel, la déclaration devient la règle pour l'ensemble des traitements informatisés ; le contrôle préalable est désormais réservé aux traitements les plus

dangereux privés ou publics.

Le but est d'alléger la tâche de la CNIL ; les contrôles a posteriori sont renforcés.

La loi nouvelle comme la Directive, s'intéresse davantage aux flux transfrontières de données ; à l'heure du commerce électronique, il faut à la fois faciliter ces flux tout en les encadrant ; la Directive a mis en place un groupe réunissant les autorités de contrôle de chaque pays européen ; mais il n'y a pas d'autorité de contrôle commune.

La loi repose sur plusieurs principes :

- le principe du consentement préalable (nouveau), sauf exception (par exemple une obligation légale ou une mission de service public)
- le principe de finalité (1978)
- l'obligation de sécurité (1978)

Nous allons étudier tout d'abord l'autorité de contrôle et les procédures préalables aux traitements informatisés ; nous étudierons ensuite les dispositions de fond de la loi qui concernent également les fichiers manuels de données à caractère personnel.

I. LA CNIL ET LES FORMALITES PREALABLES AUX TRAITEMENTS INFORMATISES

A. LA CNIL (a 13)

C'est une Autorité Administrative Indépendante créée par la loi de 1978 ; ce n'est pas une juridiction, c'est une autorité publique, elle est indépendante par rapport aux pouvoirs publics.

Ses membres sont inamovibles. Son statut et sa composition sont inchangés depuis 1978 ;

Elle est composée de 17 membres, hauts magistrats, parlementaires et personnalités reconnues pour leurs compétences.

La composition des autorités de contrôle varie beaucoup selon les pays européens ; Les pouvoirs de la CNIL ont sensiblement augmenté avec la loi nouvelle (a 11) ;

- comme autorité administrative, elle a un pouvoir réglementaire au sens matériel ; elle a un pouvoir d'autorisation et d'avis pour les traitements les plus dangereux ;
- elle a un pouvoir de contrôle, pour exercer ses missions, notamment

d'investigation et de contrôle sur place ; l'entrave à l'action de la CNIL est sanctionnée pénalement.

- Elle a un pouvoir de sanction, effectif depuis 2004, puisqu'elle peut dresser des amendes, ou ordonner le verrouillage des données ; elle peut dénoncer au parquet les infractions qu'elle constate. Elle privilégie toutefois la concertation.
- Elle a une mission d'information et de conseil auprès des autorités et du public tout entier ; elle est consultée pour les projets de loi qui touchent à son domaine ; elle publie un rapport annuel ; elle a un site internet ouvert aux particuliers « www.cnil.fr »

Sauf exception, Tous les traitements informatisés doivent être déclarés à la CNIL ; les plus dangereux sont soumis au contrôle préalable ;

B. Les procédures préalables aux traitements informatisés (ch. IV)

Elles concernent tous les traitements, sauf ceux mis en place à des fins exclusivement personnelles et les traitements sans danger qui sont exonérés ; La règle est désormais celle de la déclaration préalable auprès de la CNIL ; la mise en place du traitement peut être immédiate ; seuls les traitements dangereux sont soumis à un examen préalable, autorisation ou avis préalable ; le danger tient soit à la nature des informations (données sensibles par exemple), soit à la finalité du traitement (interconnexions) ; c'est la CNIL qui répartit les déclarations entre les différentes procédures.

Mais la CNIL veille également au respect des dispositions de fond de la loi.

II. LA COLLECTE ET LA CONSERVATION DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL

Que le traitement soit manuel ou informatisé, la Cnil veille sur la collecte des informations.

A. LA Collecte des informations (a 6) ;

La collecte doit être loyale, les personnes doivent être informées de la mise en place du fichier, de sa finalité et de ses caractères ; ils peuvent s'y opposer, sauf exceptions ;

Certaines données sont exclues de la collecte ; au cas d'opposition de l'intéressé, les données sensibles – a 8- (ex d'opinion), les infractions et condamnations (a 9) ; ces interdictions souffrent de certaines exceptions, comme l'intérêt public.

Mais la loi pose aussi des règles relatives à la conservation des données ;

B. La conservation des données (a 6)

La conservation est liée à la finalité du traitement (a 6); tout changement de finalité doit être déclaré à la CNIL. Le détournement de finalité est réprimé pénalement (art 226-21C.P.).

La conservation est limitée dans le temps ; au-delà du délai prévu dans la déclaration, les données doivent être effacées ou rendues anonymes ; c'est le droit à l'oubli ; la durée de conservation dépend de la finalité du traitement, quelques années (scolarité) ou toute la vie (santé).

Le responsable du traitement est responsable de sa sécurité ; le code pénal réprime la divulgation volontaire et même par imprudence (art 226-22 C.P.)

Enfin, le responsable du traitement doit rendre possible le droit d'accès des personnes fichées (a 39-I).

Chacun a le droit d'être informé sur sa présence dans un fichier, et des informations le concernant ; ce droit d'accès est direct ; la seule exception concerne les traitements concernant la sûreté de l'Etat, la Défense et la sécurité de l'Etat ; c'est alors la CNIL qui intervient auprès des responsables.

Le droit d'accès ouvre un droit de rectification des informations erronées, périmées, interdites ... (a 40)

La CNIL veille au respect du droit d'accès et de rectification.

LES GENERATIONS DE DROITS DE L'HOMME EN FRANCE

Jean-Pierre Theron

En fonction de choix politiques, de données économiques et sociales, les Etats privilégient telle ou telle catégorie de droits de l'homme. Les affirmations des droits sont pour une large part relatives et contingentes. Il reste qu'il est possible de distinguer des générations de droit. C'est bien la raison pour laquelle les Pactes internationaux affirmés en 1966 dans le cadre de l'ONU ont dissocié les droits civils et politiques des droits économiques et sociaux. Les affirmations de droits de nature différentes traduisent incontestablement un progrès dans les affirmations mais soulèvent aussi, l'exemple français est caractéristique sur ce point, des difficultés liées à l'absence de cohérence voire des contradictions dans les affirmations. La question de ces générations de droits a ressurgi récemment en Europe. On sait en effet que l'un des axes du débat soulevé par un récent référendum a été celui du caractère plus ou moins social de la Constitution européenne, jugée trop libérale pour certains, pas assez pour d'autres. Or la Charte des droits fondamentaux innovait en introduisant pour la première fois des droits économiques et sociaux aux côtés des droits civils et politiques dans un texte à portée régionale. Est-il possible de faire cohabiter deux conceptions différentes ? Celle d'un Etat qui se borne, dans une perspective purement libérale, à fixer la règle du jeu, et celle conduisant à un Etat qui accompagne les évolutions économiques pour en atténuer les effets pervers. On connaît la réponse qui a été donnée. Pourtant, il n'est pas inutile de souligner que cette question se pose en France depuis un certain temps et, qu'en dépit des difficultés, une sorte de cohabitation existe entre droits de nature différente. Le Préambule de la Constitution de 1958 renvoie en effet à la Déclaration de 1789 et à des droits économiques et sociaux affirmés en 1946.

Les sources internes, comme d'ailleurs les textes internationaux, consacrent une extrême diversité de droits, généralement considérée comme preuve de l'enrichissement des reconnaissances. Toute l'évolution des affirmations des libertés publiques s'est traduit par une extension notable des droits de la personne et leur approfondissement.

Cette extension en ce qu'elle révèle parfois une hétérogénéité radicale, soulève la question de la cohérence des affirmations et de leurs supports juridiques.

I. Les catégories de droit

Souvent utilisée par la doctrine, cette expression n'en est pas moins ambiguë. Elle tend à conforter l'idée, fréquemment démentie dans les faits, d'une progression linéaire des droits. Ceux de la «1^o génération» étant définitivement acquis, apparaissent les droits de la «2^o» puis de la «3^o» génération, ce qui relève d'une vision quelque peu optimiste. La formule sous-entend en réalité une certaine hiérarchie des droits proclamés, les droits considérés comme essentiels, c'est à dire civils et politiques, étant complétés par des droits économiques et sociaux. Pour n'être pas inexacte, cette conception est surtout celle de pays économiquement développés que ne partagent pas forcément dans les mêmes termes les pays du tiers Monde.

A. Les droits civils et politiques

Droits de la «1^o» génération, leur affirmation la plus claire résulte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ils sont aussi essentiels dans la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée en 1948. Sans revenir sur l'analyse maintes fois évoquée de la Déclaration française de 1789, on rappellera simplement que les droits affirmés sont généraux, abstraits, universels et individuels en ce sens que la personne est la seule destinataire de la proclamation.

Liberté, égalité, sûreté individuelle sont les droits fondamentaux attachés à la personne qui les détient par sa nature même et qui s'imposent aux pouvoirs. La résistance à l'oppression sanctionne la violation éventuelle de ces prérogatives individuelles. La Déclaration évoque seulement quelques concrétisations des principes affirmés, ainsi des libertés d'opinion et de manifestation de la pensée, l'égalité devant l'impôt, devant les emplois publics...

Cette catégorie de droits qui suppose l'octroi de libertés de faire aux individus hors de toute atteinte de la puissance publique est également présente dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Sont notamment proclamés les droits attachés à la personne humaine: droit à la vie, liberté, sûreté, inviolabilité du domicile et de la correspondance, liberté d'aller et de venir. Il en est de même des libertés publiques et politiques: de conscience, d'opinion, d'expression, de réunion

et d'association...

Ces textes évoquent donc, et de manière prioritaire dans la plus pure tradition libérale, des droits susceptibles d'être rattachés à deux aspects fondamentaux des droits de l'Homme, les libertés relatives aux conditions physiques d'existence et celles relatives aux conditions intellectuelles d'existence. Les premières apparaissent d'évidence comme condition d'existence des secondes.

En cela, les droits affirmés sont incontestablement issus des principes du droit naturel.

Ces droits proclamés sont en parfaite conformité avec l'idée, fort à la mode actuellement, d'Etat de droit. Il s'agit en effet de marquer une frontière que la puissance publique ne peut franchir. Ses prérogatives, incontestables, ne sauraient remettre en cause celles des individus.

On conçoit dans cette perspective que cette conception puisse s'allier avec la juridictionnalisation des relations individus/puissance publique. Les droits sont des libertés de faire et non des créances. L'Etat de droit est celui dans lequel un système de sanctions appropriées permet de faire en sorte que la puissance publique ne franchisse pas les bornes qui lui sont fixées. L'État ne doit pas pénétrer dans la sphère d'action laissée aux particuliers. Il ne doit pas remettre en cause les droits naturels. Toute la construction juridique résultant de cette conception libérale est orientée autour d'une délimitation rigoureuse. L'abstentionnisme libéral postule que l'État soit enfermé dans un cercle d'activités aussi restreint que possible. (J.RIVERO): «Les droits de 1789 n'imposent à la société qu'une obligation négative: ne rien faire qui paralyse leur jeu».

La nature même de ces droits révèle combien la conception substantielle de l'Etat de droit est au centre de la Déclaration. On observera qu'actuellement, le Conseil Constitutionnel reste très marqué par cette idéologie. Le contrôle de la conformité ou de la compatibilité qu'il exerce lui permet de rattacher à des droits fondamentaux de 1789 de nouveaux droits par élargissement des principes posés en 1789, par ex. Droit à la protection contre les fichages (août 93)

En caricaturant quelque peu une réalité complexe, on pourrait affirmer que ces droits sont reconnus contre l'Etat. Liés à la nature même de l'homme ils sont absous sous réserve des limites prévues par la loi. Liberté et égalité sont uniquement conçus dans une perspective juridique, ignorant largement les conditions dans lesquelles les individus peuvent les exercer.

En Europe comme dans le reste du Monde, ce qu'il est convenu d'appeler

mondialisation ou globalisation repose largement sur cette idée de « trop d'Etat » et de l'impérieuse nécessité de réduire son rôle

On comprend dès lors les principes qui doivent régir les systèmes de protection des libertés. Les sanctions juridiques prévues par la loi, mises en oeuvre par le juge sont suffisantes à assurer l'effectivité des libertés en punissant les atteintes de la puissance publiques aux prérogatives protégées de la personne.

B. Les droits économiques et sociaux.

Leur reconnaissance, qui confère une dimension radicalement différente à la notion même de liberté publique, résulte en France d'une lente évolution. Ainsi la déclaration de 1793 évoquait-elle l'organisation de l'assistance, le droit à l'instruction. Le préambule de la constitution de 1848 semble renforcer l'idée de libertés plus concrètes et surtout de la nécessaire intervention de l'État pour l'épanouissement de la liberté, par l'amorce de la reconnaissance d'un droit au travail. Le préambule de la Constitution de 1946, repris dans la Constitution de 1958, devait marquer en France l'irruption officielle des droits économiques et sociaux dits de la «2^e génération».

Plusieurs éléments expliquent cette évolution. Les périodes de guerre ou de crise ont ainsi conduit à un accroissement des interventions publiques. Celui-ci n'a pas seulement concerné le domaine économique. Se développe l'idée d'une nécessaire intervention de l'État au service des libertés. Comme le souligne G.Burdeau (*Le libéralisme*, Seuil, 1979), le passage de l'État arbitre à l'État protecteur a aussi été un moyen de remédier aux excès d'un libéralisme pur et dur. Au nom de la liberté, les plus forts ne doivent pas écraser les plus faibles. Le caractère formel des droits civils et politiques est dénoncé non seulement par le courant marxiste, mais aussi par la pensée sociale chrétienne conduisant à une remise en cause des principes de 1789. Pour pouvoir s'exercer, les droits de l'Homme doivent être précisés concrètement. L'État ne doit pas seulement s'abstenir, il doit intervenir au profit des libertés. Cette idée marque profondément la conception française au cœur du débat du récent référendum.

Formellement, le Préambule de 1946 n'opère pas de rupture radicale par rapport aux précédentes déclarations puisqu'il rappelle l'importance des droits de 1789. Il contient pourtant des éléments fort originaux résultant des principes politiques

économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Il affirme ainsi le droit d'asile, le droit au travail, l'égalité de l'homme et de la femme, le droit de grève, le droit de déterminer les conditions de travail, la protection de la famille et de la santé, l'égal accès à l'instruction.

Ces droits économiques et sociaux sont aussi inclus dans les textes internationaux: déclaration universelle, Pacte international, Charte sociale européenne...

C. Les «droits de la 3^e génération»

Il n'y est ici fait référence que pour rendre compte de certaines analyses dégageant une nouvelle catégorie de droits.

Les droits dits de «solidarité» relevaient d'une conception plus communautaire des bénéficiaires des droits, tel le droit à un environnement sain ou le droit à la paix.

Comme le souligne P.M.Dupuy (Droit international public, Dalloz), ces droits, ne partent pas d'une conception initiale de l'individu, mais des groupements auxquels il appartient. Outre les problèmes particulièrement délicats qu'ils soulèvent notamment quant à leurs titulaires, il suffira de souligner ici que ces droits collectifs relèvent davantage d'une vision prospective de la société internationale et, qu'en tout cas, dut-on le regretter ils ne font pas l'objet d'une réelle protection juridique.

II. Portée des évolutions

La présence, dans les textes constitutionnels de droits et libertés différents soulève la question de la cohérence des sources des droits et libertés. Il ne s'agit pas en effet seulement de différences dans le contenu des affirmations, mais aussi dans les relations qu'elle implique dans les rapports avec la puissance publique. Le problème en France se pose tout particulièrement puisque coexistent, dans le même texte, avec la même valeur juridique, des droits et libertés très différents

A. Une conception différente des libertés

Il s'agit d'une rupture fondamentale par rapport à la conception de 1789. A l'Homme isolé, théorique, se substitue l'homme situé (J.Rivero). Dans la conception libérale originaire, l'individu est seul pris en compte. Le groupement est

ignoré et même écarté. Au contraire, les principes particulièrement nécessaires à notre temps prennent en compte la personne dans ses relations avec les groupes. Ceux-ci sont même, directement ou indirectement, bénéficiaires des proclamations, ainsi de la famille ou du syndicat.

Plus concrets, les droits économiques n'ont plus la caractère d'universalisme abstrait qui caractérisait la déclaration de 1789. Ils sont variables en fonction de la classe sociale, des situations économiques, de l'âge: la femme, l'enfant, le travailleur. Ils ne sont plus des prérogatives détenues naturellement par la personne, mais ont largement le caractère de libertés à conquérir, d'où le rôle prééminent de la puissance publique.

B. Les relations des libertés avec le pouvoir.

Il s'agit sans doute de l'un des aspects les plus essentiels des différences dans les droits proclamés. La question n'est pas en effet seulement celle de la nature des droits proclamés, civils et politiques dans un cas, économiques et sociaux dans l'autre. C'est la question même des relations entre le pouvoir et les libertés qui diffère fondamentalement.

L'État n'est plus l'ennemi potentiel des libertés qu'il convient d'enfermer dans un cercle d'activités aussi restreint que possible. Les «droits-créances» font de la puissance publique le pourvoyeur des libertés: «La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement», Elle «garantit à tous la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs».

Fondamental quant au rôle de l'État, le changement l'est par voie de conséquence quant aux systèmes de mise en oeuvre qu'impliquent les reconnaissances.

Dans la conception libérale classique, l'État ne doit rien faire qui soit susceptible de porter atteinte aux libertés individuelles. Aux termes de l'évolution symbolisée par le Préambule de 1946 des prestations positives doivent être fournies et donc la mise en place de structures sociales et économiques susceptibles d'en assurer l'effectivité. Tel est le cas de la participation des travailleurs à la gestion des entreprises ou encore des nationalisations lorsqu'il y a service public national ou monopole de fait.

Aussi bien, le Préambule de la Constitution de 1958 est-il parfaitement le reflet

de l'évolution de la conception libérale des droits de l'Homme.

Sont juxtaposés des droits de nature différente impliquant des relations différentes entre l'individu et le pouvoir. cette hétérogénéité soulève la question de la conciliation entre les «générations de droits».

C. Complémentarité et oppositions.

La présence dans les textes internes et internationaux de reconnaissances fort différentes dans leur conception même n'est pas sans poser de nombreux problèmes d'interprétation.

Encore faut-il apprécier la mesure exacte de la contradiction.

Comme le souligne J.Rivero (Libertés publiques prec.), il n'y a pas par principe de contradiction irréductible entre la conception libérale classique et les droits nouvellement proclamés en 1946. Certains droits classiques supposent pour s'exercer des moyens matériels. Les groupements reconnus constituent des supports essentiels de libertés classiques, telle la liberté d'expression.

En outre, il est assez artificiel de considérer les «droits de 1789» et ceux de 1946 comme deux blocs opposés. Le rôle positif de l'État prestataire ne concerne pas seulement les droits économiques et sociaux, mais aussi les droits plus classiques dans la conception libérale. La liberté de la presse suppose des aides publiques pour pouvoir se manifester, la liberté de l'enseignement implique des engagements financiers au profit des établissements privés, seuls à même de permettre la liberté de choix des familles.

Il n'en reste pas moins que les sources supérieures des libertés publiques, nationales comme internationales, reposent sur une apparente contradiction entre la conception d'un Etat devant rester hors de la sphère des prérogatives individuelles et un État au service des libertés. Cette contradiction concerne d'abord le régime juridique des libertés et en particulier celui des protections. Le juge peut sanctionner la violation d'une liberté, il ne peut contraindre la puissance publique à agir.

Cette contradiction n'est que le reflet des ambiguïtés du régime libéral. D'un côté, les revendications de la liberté autonomie s'opposent à l'emprise croissante de l'Etat dans les relations privées, d'un autre côté, l'intervention publique est sans cesse sollicitée pour que les libertés puissent s'exercer.

Les instances françaises de régulation économique

Maryvonne Hecquard-Théron

Les instances de régulation sont apparues en France avec l'ouverture à la concurrence de secteurs traditionnellement organisés en monopole. Les notions de concurrence et de régulation sont donc intimement liées. La soumission de services publics, structurant la société, traduisant une conception particulière du lien social- et pour cela soumis à des règles pour partie contraignantes et pour partie protectrices- au paradigme du marché, devait entraîner un bouleversement profond du droit de l'Etat. Il fallait, pour assurer la concurrence supprimer toutes les règles susceptibles de l'entraver, donc **déréglementer**. Mais pour autant, surtout dans la conception politique et juridique française, faisant de l'Etat le garant de l'intérêt général, il ne pouvait être question d'abandonner ces services aux seules lois du marché. La déréglementation impliquait alors le recours à une autre forme de réglementation, une « re-réglementation »¹⁾, désigné sous le vocable anglo-saxon de **régulation**. Ce concept envahit non seulement le nouveau droit des services publics désormais en situation concurrentielle, mais aussi l'ensemble des interventions publiques sous forme de politiques publiques. C'est un « concept phare de l'économie publique »²⁾, « érigée en réalité incontournable du débat politique »³⁾. Pourtant, le vocable est loin d'être univoque. Il recouvre des réalités variées. Nous retiendrons les principales.

Concept venu des pays anglo-saxons, il signifie tout d'abord réglementation. Mais à la différence des pays de droit romano-germanique comme la France, la réglementation n'est pas produite de la même manière. Elle ne « descend » pas de l'Etat mais « remonte » de la société civile. Il ne s'agit donc pas du même processus de production normatif. Dans cette acception première, la régulation a donc pour seule fin « d'instaurer et de préserver la concurrence ». C'est une régulation minimale. Dans une seconde acception, retenue en France, la régulation prend en considération d'autres intérêts que ceux du marché et se donne pour ambition de concilier concurrence et intérêts non marchands, tels que prévention

1) Le terme est employé par H.Maisl

2) formule de B.du Marais, Droit public de la régulation économique, Dalloz 2004, p.481

3) id.

des risques ou pluralité de l'information... La régulation est donc conçue en France comme une nouvelle manifestation de l'intervention publique. C'est à la fois un mécanisme de séparation et de réconciliation de l'Etat et de l'économie, faisant perdre à la distinction « public-privé » l'essentiel de sa portée⁴⁾ et nécessitant la mise en place d'instances de régulation, autonomes tant par rapport à l'Etat qu'aux opérateurs privés. En France, cette nouvelle « gouvernance », a nécessité la séparation des trois fonctions traditionnellement réunies entre les mains de l'Etat, l'encadrement réglementaire du secteur, les prestations confiées à des opérateurs publics ou privés, la régulation. Cette dernière a été confiée à des autorités administratives indépendantes (Première partie), dotées de pouvoirs importants (Deuxième partie)

I. Des autorités administratives indépendantes

Dans le domaine économique, la France a confié la régulation à des autorités administratives indépendantes. A côté, des agences existent sous forme d'établissements publics ou de groupements d'intérêt public remplissant certaines tâches de régulation. Mais elles apparaissent soit comme liées à l'Etat⁵⁾, soit comme susceptibles d'être « capturées » par les intérêts professionnels du secteur dans lequel elles interviennent⁶⁾. Elles doivent donc être exclues de ce champ d'étude. On examinera leur place dans le paysage institutionnel français avant de s'interroger sur leur indépendance. On examinera la place des Autorités administratives Indépendantes dans le paysage administratif français avant de s'interroger sur leur indépendance.

A. Des autorités administratives

Les autorités de régulation sont intégrées au système juridique français. Elles empruntent la forme juridique des autorités administratives indépendantes. La première du genre, la Commission des opérations de bourse fut instituée par l'ordonnance du 28 septembre 1967, alors même que la qualification d'Autorité administrative indépendante n'existe pas encore, et ne sera utilisée par le législateur que quelques mois plus tard à propos de la Commission Nationale

4) voir en particulier G.Farjat, Pour un droit économique, PUF, Les voies du droit, 2004, p.113.

5) cf. M.Lombard, Institutions de régulation économique et démocratie politique, AJDA 2005, p.530

6) cf. J.Chevallier, Les agences : effet de mode ou révolution administrative, Etudes en l'honneur de Georges Dupuis, LGDJ 1997, p.47

informatique et libertés⁷⁾.

Autorité renvoie à la magistrature d'influence qu'elles exercent sur le secteur dont elles ont la charge. « C'est la conjonction de leur organisation particulière et de leurs pouvoirs propres qui en fait de véritables autorités »⁸⁾. Elles sont « en principe non dotées de la personnalité morale »⁹⁾, ce qui implique leur insertion dans l'appareil administratif de l'Etat. Elles sont pleinement des autorités de l'Etat. A cet égard cependant une évolution se dessine puisque l'Autorité de régulation des marchés financiers créée en 2003 (et se substituant à la Commission des opérations de bourse et au Conseil des marchés financiers) est dotée de la personnalité morale, et plus récemment, le législateur en 2004 a octroyé la personnalité morale à la Commission de régulation de l'énergie. Mais rien n'a été précisé quant à la personne morale dont il s'agit, nouvelle catégorie d'établissement public, personne sui generis... Simplement cela marque semble-t-il la volonté « d'autonomiser » davantage ces régulateurs pour les rapprocher peut-être des agences anglo-saxones¹⁰⁾.

Leur nature administrative est pleinement acquise, malgré la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence qui a partagé leur contentieux entre le juge administratif et la Cour d'appel de Paris. Fut ainsi relativisée la liaison entre leur nature incontestablement administrative et la compétence juridictionnelle pour connaître en particulier du contentieux de leurs actes.

B. Des autorités indépendantes

Une régulation indépendante tant vis à vis du pouvoir administratif que des intérêts professionnels du secteur concerné nécessite une autorité indépendante et impartiale. En France l'indépendance est assurée par la composition et le mode de désignation du régulateur, des garanties statutaires et une autonomie matérielle et budgétaire.

Les AAI de régulation économique sont toujours collégiales. La nomination des membres fait appel à un panachage, les membres étant nommés pour partie par le Président de la République, pour partie par les présidents des deux assemblées parlementaires, et le gouvernement. Ceci est complété par des membres issues de la

7) loi du 6 janvier 1968

8) G. Vedel et P. Delvolvè

9) Rapport du Conseil d'Etat, 2001, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, EDCE n°52 p.293

10) L'A.M.F., prototype de la réforme de l'Etat ? D. Linotte et G. Simonin, AJDA n°3 2004, p.143

haute fonction publique, en provenance notamment des juridictions financières. La tendance récente est à la diversification. Ainsi, la composition de l'A.M.F. fait-elle appel en outre, à des personnalités issues des professions financières, au risque de conduire à une certaine « privatisation » de la régulation.

Des incompatibilités variables sont instaurées, d'ordre politique, électif ou professionnel pour garantir l'impartialité des membres. A cela s'ajoutent un certain nombre de garanties statutaires, telle que l'irrévocabilité et la longueur du mandat (trois à six ans non renouvelables). Le Conseil d'Etat a, de ce point de vue, jugé que le gouvernement ne pouvait pas mettre fin au mandat des membres atteints par la limite d'âge dans leur corps d'origine¹¹⁾. Comme l'a souligné B. du Marais « De ces différents point de vue, les régulateurs français jouissent ainsi, par leur statut, d'une sorte de magistrature administrative »¹²⁾.

Quant à l'autonomie matérielle et financière elle est assurée de la manière suivante : les AAI sont libres de recruter leur personnel sans avoir à respecter le principe de la fonction publique selon lequel les emplois permanents à temps plein de l'Etat doivent être remplis par des titulaires. Cela permet d'éviter que le personnel des AAI ne provienne massivement des anciens monopoles publics¹³⁾. Les ressources financières sont majoritairement budgétaires, mais le budget des AAI est globalisé, le contrôle financier a priori du ministre de l'Economie est supprimé. Certaines AAI disposent du pouvoir de proposer leur propre budget (c'est le cas par exemple du Conseil supérieur de l'audiovisuel), et d'autres comme l'AMF perçoivent des ressources propres assises sur leur secteur. Mais là, le souci de renforcer l'autonomie du régulateur se heurte à un principe de droit public. Comment justifier que des missions de police administrative soient financées par des « redevances pour service rendu » ? Le Conseil d'Etat, comme le rappelle B. du Marais « interdit en effet la couverture par ce type de recette des frais engagés au titre de fonctions régaliennes fournies universellement dans l'intérêt général »¹⁴⁾.

II. Des pouvoirs importants

La défiance latente des libéraux à l'égard du rôle de l'Etat sur l'économie, le rejet de son pouvoir « hiérarchique » en ce domaine d'une part, la nécessité de mettre en place une régulation « objective », indépendante tant des intérêts

11) CE Ass. 7 juillet 1989 Ordonneau, rec. p.161

12) op. cit. p.520

13) id.

14) op.cit. p.522. CE Ass. 30 octobre 1996 Wasj et Monnier, AJDA 1996 n°12, p.973

patrimoniaux de l'Etat que des opérateurs d'autre part, impliquait de doter les instances de régulation économique des pouvoirs nécessaires. Mais la concurrence qu'elles ont pour mission de faire respecter dépasse largement, à l'heure de la mondialisation et de la globalisation, les frontières de l'Etat. La question se pose donc de l'harmonisation des interventions des régulateurs entre eux.

A. La variété des pouvoirs des autorités administratives indépendantes

Le nombre des autorités administratives indépendantes est élevé en France et n'a cessé de s'élever depuis vingt ans. Dans son rapport de 2001, le Conseil d'Etat en comptait une trentaine. Leurs pouvoirs diffèrent selon leur secteur d'intervention, car si toutes ont pour vocation première de garantir une saine concurrence, la régulation peut présenter, dans son but même, des particularités sectorielles. Ainsi, dans le domaine de l'énergie, faut-il assurer la sécurité de l'approvisionnement et éviter la crise qui s'est produite en Californie en 2000-2001¹⁵⁾. Conscient des risques, et fort de l'expérience désastreuse des Etats-Unis sur ce point, le législateur français a confié la sécurité de l'approvisionnement énergétique, non pas à l'autorité administrative indépendante en charge de l'énergie, mais à l'Etat. Ceci démontre donc qu'en France, la régulation n'implique pas un retrait total de l'Etat mais une reconfiguration de sa place et de son rôle dans l'économie. Quoi qu'il en soit, les autorités administratives indépendantes, assurant la régulation économique disposent non seulement du pouvoir d'émettre des avis (dont le poids est important même si en définitive ils ne lient pas le gouvernement, tels les avis de l'Autorité de régulation des télécommunications sur les tarifs du service universel), de formuler des propositions (ainsi cette même autorité propose les charges de service universel au ministre en chargé de la réglementation) mais surtout d'un pouvoir réglementaire, et d'un pouvoir de sanction. Comme le souligne G. Farjat, « Celles qui appartiennent à la catégorie la plus élevée (le Conseil de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers) peuvent réunir au sein d'une même opération la définition de la norme, son application et sa sanction. On est bien en présence d'organes fondamentaux de construction du droit économique... »¹⁶⁾. C'est précisément ce qui, en France a posé quelques problèmes constitutionnels.

L'instauration de régulateurs indépendants posait en effet deux questions constitutionnelles essentielles, l'une par rapport au monopole du pouvoir réglementaire, l'autre par rapport à la séparation des pouvoirs. Elles furent

15) G. Reinaud, Les méfaits d'une libéralisation incomplète, *Conjoncture Paribas*, 3 mars 2000. voir aussi sur ce point, B. du Marais, *prec.* p.561 et sv.

16) *op.cit* p.116

progressivement résolues par l'encadrement opéré par le Conseil constitutionnel.

Le pouvoir réglementaire, tout d'abord : toutes les AAI n'en disposent pas. Seules peuvent édicter des règlements les principaux régulateurs économiques tels que le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission nationale informatique et libertés, l'Autorité des marchés financiers (qui a succédé à la Commission des opérations de bourse et au Conseil des marchés financiers), ou encore l'Autorité de régulation des télécommunications... la Constitution de 1958 (article 21) réservant la compétence réglementaire au Premier ministre, le Conseil constitutionnel a admis l'intervention réglementaire des AAI mais uniquement subordonnée. Ainsi, seule le législateur peut conférer une compétence réglementaire à une AAI, à condition qu'il ne s'agisse pas d'un pouvoir autonome mais simplement d'application de la loi¹⁷⁾. Le Conseil constitutionnel n'hésite pas à sanctionner les habilitations trop larges¹⁸⁾. Plus récemment, il a confirmé la possibilité pour l'ART de bénéficier d'une compétence réglementaire dans la mesure où les articles 13 et 21 de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi dès lors que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »¹⁹⁾. De surcroît, l'exercice de cette compétence est soumise à l'homologation du ministre concerné.

Le pouvoir de sanction ensuite : il s'agit de sanctions administratives. Là non plus, comme en ce qui concerne le pouvoir réglementaire, toutes les AAI n'en sont pas dotées. Sur les 34 dénombrées par le Conseil d'Etat en 2001, seules à l'époque 12 en bénéficiaient. Parmi ces sanctions, certaines ont un caractère professionnel, restreignant les capacités d'action des opérateurs, pouvant contraindre à la cessation d'activité, d'autres ont seulement un caractère pécuniaire. La multiplication des AAI dotées d'un pouvoir de sanction a incontestablement élargi de façon notable le champ de la répression administrative et du même coup contribué à « déjuridictionnaliser » certains litiges au profit des autorités de régulation. Les avantages sont évidents : la répression administrative est plus rapide et donc plus efficace et plus souple que la répression juridictionnelle. Toutefois, certaines AAI disposent de prérogatives qui les rapprochent des juridictions (c'est le cas par exemple des mesures conservatoires prononcées par l'ART en cas d'atteinte aux

17) Cons.const. 27 juillet 1982 Haute autorité de la communication audiovisuelle, rec.48 ;

18) Cons.const. 17 janvier 2009 Conseil supérieur de l'audiovisuel, rec.18

19) Cons.const. 1juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques, AJDA 2004, p.1393

règles des postes et des communications électroniques)²⁰⁾, sans pour autant toutefois que ces décisions soient revêtues d'une force légale, à la différence des décisions de justice. Ce pouvoir de sanction a très vite été encadré pour deux raisons. D'abord parce que le cumul par le régulateur d'un pouvoir normatif et d'un pouvoir de sanction se heurte a priori au principe de séparation des pouvoirs consacré par le système juridique français depuis 1789. Ensuite, parce que si le régulateur doit être indépendant, son autorité ne doit pas le conduire à prendre des décisions susceptibles d'arbitraire. Aussi, ce pouvoir est-il soumis au principe de la légalité des délits et des peines en application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui donne seule à la loi compétence pour établir l'incrimination et la sanction ; sont exclues les peines privatives de liberté dans la mesure où l'article 66 de la Constitution française fait de l'autorité judiciaire le garant de la liberté individuelle ; s'applique le principe « non bis in idem » (non cumul de la sanction prononcée avec une sanction pénale) ; mais aussi petit à petit ce pouvoir de sanction a été soumis à de très fortes contraintes procédurales. La Cour de cassation assujettit systématiquement les AAI au respect de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁾. Le législateur en a pris acte dans la loi du 1^{er} août 2003 et dans l'organisation du pouvoir de sanction de l'Autorité des marchés financiers.

L'ensemble des pouvoirs des AAI est enfin soumis à certains contrôles. Les décisions qu'elles prennent doivent être motivées et ce même lorsqu'elles sont favorables à leur destinataire²²⁾. Evidemment elles sont soumises au contrôle juridictionnel soit du Conseil d'Etat, soit s'agissant de certaines AAI (certaines décisions de l'ART) de la Cour d'appel de Paris.

Reste une question fondamentale, loin d'être parfaitement résolue en France, celle du contrôle démocratique du fonctionnement de ces instances de régulation. Il est en effet indispensable que le Parlement puisse évaluer régulièrement leur activité.²³⁾ En effet, si les AAI en France se sont inspirées du modèle des agences américaines, force est de reconnaître que contrairement aux Etats-Unis où conscients des risques d'un « quatrième pouvoir » le Congrès et le Président ont renforcé sur elles leur contrôle, « le système retenu en France... confère... une

20) sur ce point, cf. L.Rapp

21) par ex. C.Cass. 5 février 1999 qui conduisit à une modification du règlement de la Commission des opérations de bourse par décret du 1er août 2000

22) Ainsi pour la Commission de régulation de l'énergie ; cf. CE 19 janvier 1998 SNC Grand Littoral, rec.p.16

23) sur ce point, voir l'article préc. de M. Lombard

quasi-immunité aux membres des commissions de régulation »²⁴⁾

B. Les autorités administratives indépendantes et leur environnement

Deux questions sont aujourd’hui au cœur de la problématique régulatrice. En premier lieu, l’essor des instances indépendantes de régulation économique pose le problème de leur coordination. En second lieu, la régulation s’effectue de plus en plus au-delà de l’Etat, dans un ordre économique globalisé international voire transnational, ce qui soulève le problème de régulateurs supra nationaux.

En France, coexistent deux catégories d’autorités régulatrices : celles à compétence générale ou transversale, telle que le Conseil de la concurrence ou encore l’Autorité des marchés financiers. Leur mission est d’établir et de maintenir la concurrence sur l’ensemble des marchés. Celles ensuite à compétence sectorielle, telles que l’Autorité de régulation des télécommunications, la Commission de régulation de l’électricité, le Conseil supérieur de l’audiovisuelle... dont la mission est non seulement le maintien de la concurrence dans le secteur dont elles ont la charge, mais aussi de veiller à garantir l’équilibre entre concurrence et autres contraintes d’intérêt général. Inévitablement des risques d’empiétements existent d’une part entre autorités de régulation sectorielles et d’autre part entre autorités sectorielles et régulateurs à compétence générale, voire entre autorités à compétence générale. Des mécanismes sont mis en place pour prévenir les difficultés, et organiser les relations de manière formelle entre les régulateurs notamment à compétence générale et sectorielle : par exemple, une procédure de consultation préalable obligatoire pour le CSA ou l’ART... Mais avec la multiplicité des secteurs régulés la coordination indispensable impliquera peut-être la mise en place de l’ « interrégulation ».

Reste qu’en dernier ressort seul le juge sera compétent pour trancher les conflits. Mais alors dans la mesure où le contentieux de toutes les AAI ne relève pas de la même juridiction, et qu’au surplus, au sein d’une même autorité de régulation, il arrive que le contentieux soit partagé, qui sera compétent pour harmoniser les décisions juridictionnelles ?

Ensuite, se pose déjà la question du niveau d’exercice de la régulation. Dans le cadre de la construction européenne, elle est en effet de plus en plus ouverte. Les réseaux (énergie, transports, télécommunications...) avaient été construits sur un fondement national, or, les marchés à réguler ont désormais une envergure internationale. Ils sont mondiaux pour les télécommunications, européens pour

24) B. du Marais, op.cit. p.495

l'énergie ou les transports ferroviaires. Certains aspects de la régulation concernent donc le fonctionnement du marché dans son ensemble et pas seulement dans tel ou tel Etat ! Les autorités de régulation étatique sont donc inévitablement conduites à coopérer. Lorsque les marchés, au niveau européen, seront parfaitement unifiés et qu'un conflit éclatera entre deux ou plusieurs Etats sur une question tarifaire par exemple, qui tranchera ? La Commission, la Cour de justice des communautés européennes ou un régulateur spécialisé européen ? La France n'y est guère favorable. Elle entend là faire appliquer le principe de subsidiarité pour assurer le respect des spécificités françaises en matière de service public. Elle préfère donc la voie de la coopération entre instances de régulation à la mise en place de « super-régulateurs ».

Enfin au niveau international apparaissent déjà des instances régulatrices à compétences spécifiques (Union internationale des télécommunications, Organisation internationale de l'aviation civile...) ou générales (Organisation mondiale du commerce), avec les cortèges d'oppositions qu'elles suscitent.

En conclusion, on peut souligner que la régulation dont le but premier est de construire la concurrence a, une fois la concurrence établie pour fonction de la garantir et de la contrôler. Il est évident en effet que « la concurrence tue la concurrence » dans la mesure où la logique même de la concurrence est de conduire à la conquête systématique de parts de marchés, donc à la concentration, ce qui renforce le besoin de concurrence ! Les instances de régulation, traduction d'une nouvelle forme d'être de l'Etat dans sa relation à l'économie sont appelées à se développer mais aussi à se transformer pour s'adapter aux nouveaux défis du marché.

La question de l'euthanasie dans les pays occidentaux. La loi française du 22 avril 2005 sur la fin de vie.

Bernard Bégnier

Il convient de voir rapidement quels sont les diverses législations en vigueur (1^{er} chapitre) avant de voir les difficultés juridiques rencontrées (chapitre II) pour ensuite dire ce que contient la loi du 22 avril 2005 sur la fin de vie (chapitre III).

Chapitre Ier - LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

I. – Les États-Unis

Aux Etats-Unis, l'euthanasie est illégale dans tous les Etats (voir article de Ch. H. Baron, biblio). Toutefois, la question de la légalisation de l'euthanasie n'y est pas nouvelle. En 1906, une loi de l'État de l'Ohio organisant l'euthanasie fut jugée inconstitutionnel par la Cour suprême de cet État.

En revanche, un grand nombre d'Etats a légiféré pour permettre au patient de laisser des instructions quant à la fin de sa vie, lui permettant de demander la cessation d'un traitement devenu sans objet. Il peut soit laisser un testament de fin de vie, soit désigner un mandataire de santé (certains Etats utilisent les deux procédés). Ce type de législation fut inspiré de la loi californienne : le "Californian Natural Death Act" du 30 septembre 1976 qui fut promulgué le 1^{er} janvier 1977 (législation américaine : <http://www.rights.org>).

Ces divers textes ont été inspirés par l'affaire Karen Ann Quinlan en 1976. Cette jeune fille plongée, le 14 avril 1975, dans un coma profond fut maintenue en vie par un respirateur artificiel durant plus d'un an. Ses parents, après consultation des autorités religieuses, sollicitèrent l'arrêt de la réanimation devenue sans espoir. Devant le refus des médecins, ils portèrent l'affaire en justice et obtinrent gain de cause par l'arrêt de la Cour suprême de l'État du New Jersey du 31 mars 1976 (Baron, p. 102). S'inclinant devant ces injonctions, les médecins, le 22 mai suivant, arrêtèrent le processus de réanimation. À la stupeur générale, Karen continua de respirer toute seule. Un second problème se posa : devait-on continuer à l'alimenter ? Il fut décidé d'y procéder dès lors que la survie n'était pas, elle-même, artificielle. Karen survécut dix ans et mourut de sa mort le 13 juin 1986. Le

cas Quinlan posait deux questions : Une personne peut-elle solliciter l'arrêt de soins estimés superflus ? Peut-elle obtenir que l'on mette un terme à une vie gravement atteinte ? À la suite de cette célèbre affaire, divers États élaborèrent des législations entendant répondre à l'une ou l'autre de ces deux questions. La loi californienne a pour finalité déclarée de laisser se dérouler d'une manière naturelle une mort imminente. Le médecin va cesser le traitement tendant à maintenir la vie, mais non celui qui permet l'allégement de la douleur.

La loi permet à tout malade de signer une "directive" (terme consacré par elle) qui porte le nom de *living will* qui peut se traduire par "testament de vie". Pour pouvoir établir un tel document, il faut avoir 18 ans au moins, être sain d'esprit et agir de sa propre volonté. La validité du consentement est assujettie à la présence de deux témoins, lesquels ne doivent avoir aucun intérêt dans la suite du destin de celui qui souhaite laisser ses ultimes volontés. Lorsqu'elle est rédigée, la "directive" a une durée de validité de cinq ans, terme au bout duquel elle doit être réitérée dans les mêmes formes. S'agissant d'une femme, ses effets sont suspendus durant la grossesse de celle-ci. Une fois établie, la "directive" doit être communiquée au médecin traitant qui en garde copie dans le dossier du malade. Il va sans dire que cette "directive" est révocable à tout moment.

La loi californienne, très largement approuvée, a inspiré diverses autres législations d'États et finalement celle du Congrès lui-même qui, par le Patient Self Determination de 1991, a astreint chaque hôpital à remettre à tout patient, lors de son entrée, une information suffisante à ce sujet. En 1992, un projet de loi visant à instaurer une véritable euthanasie dans l'État de Californie fut refusé par référendum.

Il est bon de préciser que le droit pour une personne capable de refuser un traitement médical a valeur constitutionnelle depuis l'arrêt *Union Pacific Railroad co v. Botsford* de 1891 (droit découlant du droit à l'intégrité corporelle).

À l'opposé, l'État de l'Oregon (art. Baron), par un référendum en date du 8 novembre 1994 (51% en faveur et 49% de votes hostiles), admit une loi favorable à l'euthanasie sous le nom de Death with Dignity Act, qui n'était qu'une admission pure et simple du suicide médicalement assisté. Cette loi fut suspendue immédiatement après son vote par le recours d'un avocat l'estimant contraire à la Constitution, au motif qu'elle privait arbitrairement des personnes de la même protection à l'égard du suicide dont jouissent les autres. Toutefois la loi fut confirmée par un référendum le 27 octobre 1997 (60% contre 40%). C'est elle qui a permis en 1998 et 1999 à 57 patients de recevoir une prescription létale. Cette loi permet à « un adulte capable (...) dont le médecin traitant et un médecin consultant

ont établi qu'il souffrait d'une maladie en phase terminale (qui entraînera la mort dans les six mois) et qui a volontairement exprimé son souhait de mourir, de formuler, une requête pour obtenir une médication afin de finir sa vie d'une manière humaine et digne ». Un troisième médecin devait vérifier que le patient ne souffrait pas de dépression.

Mais il faut surtout noter l'arrêt déterminant rendu par la Cour suprême des États-Unis, le 26 juin 1997 (*Washington v. Glucksberg* ; voir E. Zoller (1997), n° 74). L'État de Washington incrimine, comme la plupart des autres États, l'aide au suicide d'autrui. Le Dr Harold Glucksberg avait reconnu avoir l'intention d'aider des mourants à se donner la mort. La loi l'interdisant, il déposa un recours (*Compassion in Dying v. State of Washington et al.*) en inconstitutionnalité devant la cour fédérale de district compétente en se fondant sur le fameux XIV^e amendement et sa clause du *due process* qui prévoit, en particulier, qu'"aucun État ne (...) privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit" (*without due process of law*, c'est-à-dire selon une procédure juste, impliquant l'obligation d'accorder une égale protection à tous les citoyens). Il obtint satisfaction devant cette juridiction, puis devant la cour d'appel du 9^e circuit de Washington (mars 1996). La Cour suprême cassa cet arrêt à l'unanimité et déclara que, "dans presque tous les États, en fait, dans presque toutes les démocraties occidentales, c'est un crime que d'aider un tiers à se suicider. L'interdiction faite par les États d'aider un tiers à se suicider n'est pas une nouveauté. C'est plutôt une expression fort ancienne de l'obligation des États de protéger et conserver toute vie humaine. (...) En vérité, l'opposition au suicide, sa condamnation – et *a fortiori* celle du suicide assisté – sont des valeurs permanentes en harmonie avec notre patrimoine philosophique, juridique et culturel". Contre les requérants, la loi de l'État de Washington fut donc jugée constitutionnelle.

En définitive, de manière très cohérente, la législation américaine interdit le suicide assisté ou tout forme d'euthanasie mais permet à tout personne d'être maîtresse des soins qui lui sont administrés.

La mort, le 31 mars 2005, de Terri Schiavo, après l'autorisation donnée par un juge fédéral, confirmée par la Cour suprême, de cesser l'alimentation de cette personne estimée en état végétatif (mais il y avait discussion sur ce point), relance le débat. Le président Bush avait tenté d'empêcher cette mort provoquée en prenant en promulguant, le 21 mars, une loi votée d'urgence par le Congrès, qui se révéla inefficiente.

II. – L’Australie

En 1988, les États de Victoria et celui du Territoire du Nord admirent le testament de vie alors que le Territoire de la Capitale australienne et celui d’Australie méridionale préférèrent avoir recours au mandataire *ad hoc*. Puis, le 25 mars 1995, ce fut l’assemblée du Territoire du Nord qui légalisa l’euthanasie en tant que suicide assisté par le Rights of the Terminal Ill Act.

Le Parlement fédéral, à l’instigation du Premier ministre fédéral, John Howard, par une décision du 9 décembre 1996 de la Chambre des représentants confirmée par une seconde du 23 mars 1997 du Sénat, révoqua la loi en question par l’Euthanasia Laws Act n° 17/1997.

III. – La Grande-Bretagne

Dans un pays où le droit est principalement issu de la jurisprudence judiciaire, celle de la Chambre des Lords-Justice (la juridiction suprême du royaume) est fixée deux arrêt très importants. Le premier est l’arrêt *Airedale NHS Trust v. Bland*, du 9 février 1993, qui déclare qu’un malade peut refuser un traitement. En ce cas, “un médecin n’a pas le droit de passer outre, même s’il apparaît évident pour tous, y compris pour le malade, que des conséquences néfastes et même la mort, pourront s’ensuivre et s’ensuivront”.

Au-delà, la jurisprudence britannique admet que toute personne laisse des instructions pour ses derniers jours. La validité d’un tel document est subordonnée à quatre conditions : le patient doit disposer de sa capacité mentale au moment où il exprime son souhait, saisir la portée de sa décision dans l’hypothèse où il viendrait à perdre cette capacité, comprendre les conséquences de son souhait et ne pas avoir été soumis à une influence dans sa décision. À défaut de document aussi explicite, l’arrêt des soins peut être ordonné par l’accord et de l’équipe soignante et de la famille (c’est ce que décida l’arrêt précité du 4 février 1993).

C’est donc un pays qui admet le droit à l’abstention du traitement, du moins la poursuite de soins devenus inutiles y compris (dit l’arrêt) si ce refus peut provoquer le décès du patient. Il faut ajouter que dans un important rapport rendu le 31 janvier 1994, la Chambre des Lords a validé la théorie dit du « double effet en disant que ne constitue pas une raison de refuser au malade un traitement qui pourrait le soulager, dès lors que le médecin se conforme à la pratique médicale admise et qu’il n’a pas la volonté de tuer mais seulement de soulager la douleur.

L’autre arrêt des Lords est celui rendu dans la dramatique affaire *Diane Pretty*, le

29 novembre 2001. Cette malheureuse femme paralysée par une dégénérescence nerveuse incurable et évolutive demandait que son mari puisse l'aider à se suicider (ce qu'elle ne pouvait faire toute seule) sans encourir une condamnation. La Chambre des Lords refusa de consacrer un possible « droit au suicide ». C'est cette décision qui fut ensuite contestée devant la Cour européenne des droits de l'homme (*cf. infra*). Les Lords se sont fondés sur le *Suicide Act* de 1961 qui interdit toute assistance à un suicide.

IV. – Le Canada

Le Québec est fidèle à la tradition romaine. Le droit y est écrit et codifié. Ainsi, le nouveau Code civil du Québec de 1994 comporte un article 11 : “Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention.

“Si l'intéressé est inapte à donner ou à refuser son consentement à des soins, une personne autorisée par la loi ou par un mandat donné en prévision de son inaptitude peut le remplacer.”

Article 12 : “Celui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'agir dans le seul intérêt de cette personne en tenant compte, dans la mesure du possible, des volontés que cette dernière a pu manifester.

“S'il exprime un consentement, il doit s'assurer que les soins seront bénéfiques, malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère.”

Sur le terrain pénal, l'euthanasie est classiquement un homicide. Un arrêt de 1992 de la Cour suprême, *B. Nancy v. Hôtel-Dieu de Québec*, opère toutefois une nette distinction entre l'interruption de traitement et l'euthanasie par compassion.

V. – Pays scandinaves et germaniques

En Allemagne, le terme même d'euthanasie n'est jamais employé tant il rappelle d'atroces souvenirs. L'on n'use donc que du mot Sterbehilfe (aide à la mort). Il est absolument impensable d'envisager légiférer sur une telle question, dans la mesure où l'article 1^{er} de la Loi fondamentale (la constitution fédérale) protège le droit à la vie et le respect de la dignité de la personne. Toutefois, la Cour fédérale de justice, par un arrêt du 13 septembre 1994, a opéré un revirement de jurisprudence, en admettant que soit interrompue une alimentation artificielle d'une patiente plongée

dans un coma depuis de nombreuses années. La pratique a encouragé la rédaction d'un "Patiententestament" qui est parfaitement licite (exemple de formule : *JCP*, éd. N., 1998, p. 1783 s.). Une loi du 12 septembre 1990 autorise, pour le cas d'un majeur incapable, la désignation d'un mandataire, pour prendre une décision, désigné par le tribunal des tutelles. C'est toutefois ce même tribunal qui devra confirmer la position arrêtée par le mandataire.

Il faut aussi compter avec les directives de la Chambre fédérale des médecins.

En Suisse, le Code pénal dans son article 115 dispose que "celui qui, cédant à un mobile honorable, notamment à la pitié, aura donné la mort à une personne sur la demande sérieuse et insistance de celle-ci sera punie de l'emprisonnement". Mais ce texte ne signifie nullement une licéité de l'assistance au suicide. C'est pourquoi des militants pro-euthanasie souhaitent un complément avec un article 115 bis allant dans ce sens. En dehors de toute législation spécifique, ce sont les directives de l'Académie des sciences médicales qui prévalent. L'interruption du traitement inutile et la théorie du « double effet » sont validés par cette institution. Euthanasie directe et assistance au suicide sont prohibés par ces directives faute d'être des actes médicaux. Au Danemark, une loi n° 351 du 14 mai 1992 (art. 6) modifiant l'exercice de la médecine et une loi n° 482 du 1^{er} juillet 1998 (art. 16) sur le statut juridique du patient autorisent une personne, majeure et capable, à rédiger un testament de vie, pour refuser un traitement inutile.. La loi danoise permet à la personne de demander, préventivement, qu'elle ne soit pas maintenue en vie en cas d'accident grave. Cette législation consacre aussi la théorie du double effet. En Suède, la solution découle largement de la pratique judiciaire. En effet, l'article 2 du chapitre 23 du Code criminel prévoit une diminution de peine si la mort a été donnée par compassion. Cela étant, l'acte est toujours incriminé.

VI. – L'Espagne et le Portugal.

Le Nouveau Code pénal de 1995 (art. 143-4) prévoit que "celui qui causera ou participera activement à des actes provoquant, après ne demande expresse, certaine et non équivoque, la mort d'une personne souffrant d'une maladie grave qui conduira nécessairement à sa mort ou qui produira des douleurs graves et permanentes, sera puni de l'emprisonnement simple d'une durée de six mois à un an ". Il s'agit d'une législation minorant sensiblement la peine encourue. En dehors du droit commun à tout le pays, l'Espagne disposent de droits propres à diverses « communautés autonomes » (les provinces). La Catalogne s'est dotée d'une loi sur les droits du patient, le 21 décembre 2000. Ce texte permet à un malade de laisser

des directives anticipées. A la suite de ce texte, le Parlement national, par une loi du 14 novembre 2002, a fixé le cadre général à l'intérieur duquel les communautés autonomes peuvent exercer leurs compétences en matière de santé publique. Depuis, 13 des 17 communautés concernées ont légiféré dans le même sens que la Catalogne. Signalons, dans ce pays, l'émotion suscitée par la sortie du film d'Alejandro Amenabar, *Mar adentro*, au printemps 2005.

Le Portugal n'a pas de législation particulière, toutefois le Conseil national d'éthique pour les sciences de la vie, de ce pays, par un avis du 7 juin 1995 a condamné comme liés, l'euthanasie et l'acharnement thérapeutique et encourage les soins palliatifs.

VII. – La Belgique

Ce pays a admis l'acte euthanasique par une loi du 28 mai 2002 (site internet du Moniteur belge). Ce texte a été complété par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Cette loi est d'abord une loi qui fait de l'euthanasie un fait justificatif pour le médecin qui y a recours (art.3) moyennant le respect de certaines conditions vérifiées par une procédure. La patient doit être majeur ou mineur émancipé, capable et conscient au moment de sa demande. La demande doit être faite d'une manière volontaire, réfléchie et répétée, sans résulter d'une pression extérieure. Surtout le patient doit se trouver « dans une situation médicale sans issue et (faire) état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable ».

Le médecin doit « informer le patient de son état de santé et de son espérance de vie, se concerter avec le patient sur sa demande d'euthanasie et évoquer avec lui les possibilités thérapeutiques encore envisageables ainsi que les possibilités qu'offrent les soins palliatifs et leurs conséquences ». La loi l'oblige à « arriver, avec le patient, à la conviction qu'il n'y a aucune solution raisonnable dans sa situation et que la demande du patient est entièrement volontaire ». La suite de la procédure tend à réitérer de tels entretiens et à consulter un autre médecin ou l'équipe soignante.

Il doit s'écouler un délai d'un mois entre la demande écrite du patient et l'acte d'euthanasie. Ceci fait le médecin effectue l'acte létal puis constitue un dossier qu'il remet à une Commission fédérale de contrôle et d'évaluation (composée de médecins, de juristes et de personnalités qualifiées). Cette commission vérifie le bon suivi de la procédure légale. Si elle estime que la loi n'a pas été respectée, elle

transmet le dossier au procureur du Roi chargé de diligenter les poursuites. Elle a aussi pour mission d'établir un rapport, deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, sur cette dernière.

La loi permet l'objection de conscience de tout médecin et de tout personnel soignant. Elle ajoute qu'une personne morte par euthanasie est réputée décédée de mort naturelle et non par suicide (au regard de la loi sur les assurances).

Cette loi est entrée en vigueur le 23 septembre 2002. L'annonce de la mise en vente (contrôlée) dans les pharmacies, d'un « kit euthanasie » (permettant aux médecins généralistes de pratiquer l'euthanasie à domicile), en mai 2005, a soulevé de grandes interrogations sur les pratiques.

VIII. – Les Pays-Bas

En 1973, l'arrêt Postma de la Cour suprême appliqua purement et simplement le droit commun à un cas d'euthanasie. L'émotion suscitée par cette décision amena un revirement de jurisprudence en 1984 par l'arrêt Schoonheim où la justice démontra qu'elle ne souhaitait plus statuer de la sorte. Dans les années qui suivirent, les juges firent preuve de beaucoup d'indulgence, les cas de classements sans suite devinrent fréquents. Plusieurs projets de loi n'eurent aucune suite. Les élections de 1989 changèrent les données politiques et le nouveau gouvernement sollicita d'une commission un rapport, déposé en 1991. De son côté, la Cour suprême persista nettement dans sa jurisprudence. Le 21 juin 1994, elle confirma plusieurs arrêts de la Cour d'appel de La Haye qui avaient relaxé des personnes poursuivies pour assistance à la mort volontaire d'autrui. Cette jurisprudence faisait incliner la position de la Conférence des Procureurs généraux à ne plus poursuivre de tels agissements.

C'est ainsi que l'on en vint à la première loi sur la question, en décembre 1993, qui entra en vigueur le 1^{er} juin 1994 qui dépénalisa l'euthanasie. Au terme de ce premier texte, l'euthanasie restait un acte illégal et l'assistance au suicide punie. Le 17 décembre 1994 fut pris le décret en application de la nouvelle loi, instituant une procédure de notification qu'un médecin pratiquant l'euthanasie doit respecter. Cette notification est destinée au procureur de la reine qui décidera s'il y a lieu ou non d'intenter des poursuites.

La loi de 1993 fut donc une loi de consécration d'une pratique euthanasique déjà couverte par la jurisprudence. Elle ne visait qu'à faire respecter par le médecin procédant à une euthanasie des « critères de minutie » permettant de vérifier, entre autres, la situation désespérée du malade, sa souffrance intolérable, l'absence

d'autre solution, sa décision libre et consciente, la consultation d'un second médecin etc... Moyennant quoi, il y avait lieu de faire application de l'article 40 du Code pénal néerlandais : « N'est pas punissable celui qui commet un fait auquel il est contraint par la force majeure ».

Cette loi fut suivie par une seconde loi, du 12 avril 2001, « relative au contrôle de l'interruption de vie pratiquée sur demande et au contrôle de l'assistance au suicide et portant modification du code pénal ainsi que de la loi sur les pompes funèbres ». Cette loi reprend celle de 1993 et fournit un long questionnaire de 46 questions auquel doit répondre le médecin ayant administré la mort à un malade.

L'euthanasie accomplie, le médecin est invité à dresser un rapport à l'intention du médecin légiste local qui décrit l'historique de la maladie et tout le processus qui a conduit à la décision finale. L'acte d'euthanasie doit être décrit avec précision (substances utilisées, heure, témoins). Le rapport est remis à l'une des cinq commissions régionales de contrôle (chacune est composée d'un médecin, d'un juriste et d'un spécialiste de l'éthique). La commission adresse ensuite son propre rapport à l'inspecteur régional de la santé, lequel peut saisir le conseil de l'ordre des médecins. Mais la commission peut aussi décider de saisir directement le procureur de la Reine si les poursuites paraissent nécessaires.

Il est difficile de faire un bilan exact de cette législation. Concrètement le droit néerlandais ne punit plus guère aujourd'hui que l'euthanasie dite active infligée à un malade sans son consentement.

Le résultat semble être le suivant. Environ 42% des décès enregistrés seraient la suite d'une décision médicale aboutissant à une euthanasie dite passive ou indirecte. D'un autre côté, le nombre de remises de déclarations n'a cessé de décroître (de 2.590 en 1998 à 1.814 en 2003). Amélioration des soins palliatifs ? Pratique plus générale mais crainte de déclarations ? On ne sait. L'on retiendra que les poursuites pénales sont quasi inexistantes : 8 cas transmis au parquet en 2003. Le sentiment le plus général est de conclure que la loi hollandaise n'a fait qu'entériner une pratique devenue importante de l'euthanasie dans ce pays.

Pays où l'on commence à se poser certaines questions : *quid* de l'euthanasie des malades mentaux ? des nouveaux nés. La tendance de l'eugénisme apparaît très clairement.

Au-delà de tout ceci, la Cour de cassation hollandaise, par un arrêt du 24 décembre 2002, a considéré qu'un médecin qui avait euthanasié l'un des patients las de vivre par dépression (un ancien sénateur) ne pouvait se prévaloir de la loi. La même année, le projet du ministre de la santé, du bien-être et des sports, de mise en vente en pharmacie (sur ordonnance médicale) de « pilules de la dernière volonté »,

permettant un suicide rapide et certain, pour les personnes âgées qui sans être malades souffrent d'une vie prolongée à l'excès, a suscité de grandes interrogations dans tout le pays (le projet n'a eu aucune suite).

Chapitre II - L'EUTHANASIE AU REGARD DU DROIT FRANÇAIS

Nous aborderons successivement deux points : l'euthanasie imposée relève du droit pénal ordinaire ; par ailleurs l'euthanasie sollicitée ne peut reposer sur un quelconque droit à demander la mort, le seul droit qui existe est celui de faire respecter sa mort et de pouvoir l'approcher dans la dignité.

I. – L'euthanasie, homicide de droit commun

La question précise est de savoir si l'arrêt d'un traitement voué à l'échec entre dans la catégorie de la non-assistance à personne en péril. L'argumentation qui va suivre démontrera l'importance qu'il y a, pour fournir une réponse pertinente, à dissocier l'arrêt du *traitement curatif* de l'arrêt du *traitement palliatif* (ou *arrêt du traitement* et *arrêt des soins*). Le premier est licite, non le second.

1. Les qualifications possibles en droit pénal de l'acte euthanasique. – Le Code pénal définit, à l'article 221-1, le meurtre comme étant “le fait de donner volontairement la mort à autrui”. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle. Le meurtre prémédité est un assassinat (art. 221-3) encourant la réclusion criminelle à perpétuité. En l'état de la législation française, l'euthanasie dite active ne peut que recevoir l'une ou l'autre de ces deux qualifications.

Le meurtre suppose la conjonction d'un élément matériel et d'un élément intentionnel. L'élément matériel est constitué par l'acte ayant entraîné la mort (ou susceptible de l'engendrer). Dans tous les cas, le meurtre ne peut être réalisé que par un acte positif (le fait de donner une substance létale, par exemple). C'est ce que l'on dénomme une “infraction de commission”. Cela permet de distinguer soigneusement le meurtre d'autres infractions ayant entraîné la mort d'autrui mais par “abstention”, la plus connue étant la non-assistance à personne en péril.

L'élément intentionnel, dénommé *animus nocendi*, est l'élément déterminant de l'infraction, car “il n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre” (art. 121-3 C. pén.). Il ne peut y avoir que l'état de nécessité reconnu par la loi qui estompe cette intention. Ces cas se résument à l'ordre de la loi résultant d'un commandement légitime (art. 122-4 C. pén.) ou de la légitime défense (art. 122-5

C. pén.) rigoureusement définie. Néanmoins la preuve de l'intention criminelle est toujours délicate à apporter. Dans l'hypothèse d'un acte d'euthanasie, il sera souvent bien difficile à l'accusation d'aboutir dans cette démonstration. Il ne suffira pas de prouver que le médecin a inoculé une substance létale (élément matériel), il faudra encore convaincre qu'il l'a fait dans une intention criminelle (élément intentionnel).

Le meurtre est puni dans la personne de son auteur, mais également du coauteur ou du complice. Un membre du personnel soignant qui fournirait à un malade une substance entraînant sa mort, pourrait être poursuivi en ces qualités, alors même qu'il n'a fait qu'obéir (mais consciemment) à une prescription d'un supérieur, car l'ordre n'était pas légitime.

2. Arrêt du traitement et arrêt des soins. – Attendre la mort, dans la paix ; l'appeler, dans l'angoisse. Voilà ce qu'il faut distinguer.

En droit, les choses sont d'une parfaite clarté. Depuis le célèbre arrêt du 20 mai 1936 *Mercier c/ Nicolas*, la Cour de cassation rappelle que le lien qui unit le patient à son médecin est celui d'un *contrat*, dont le patient est le bénéficiaire et dont le médecin est l'exécutant, en tant que fournisseur des services que sont les soins (il est tenu d'une obligation non de résultat mais de moyens). Celui qui sollicite le médecin, c'est le patient qui est d'abord un "client". Toutefois, il faut tenir compte d'un autre arrêt de la Cour de cassation, tout aussi important que le premier, du 9 octobre 2001 qui fonde la relation médicale sur le principe constitutionnel du respect de la dignité de la personne : respect de la volonté du patient, respect de son éminente dignité, tels sont les principes juridiques (de droit civil).

Lorsque le patient fait connaître au médecin qu'il désire l'arrêt d'un traitement curatif, celui-ci n'est pas dans une situation où ce souhait est pour lui une "excuse" ou un "fait justificatif", puisque nous ne nous trouvons pas sur le terrain du droit pénal mais sur celui du droit civil. Le médecin n'a, tout simplement, plus le droit de continuer le traitement (obligation juridique du respect de la *volonté* du patient) ; il doit poursuivre les soins mais dans une autre perspective que celle de la guérison impossible (obligation déontologique et juridique du respect de la *dignité* du patient). Ce n'est pas une faculté mais une obligation. Le médecin, comme tout professionnel, est soumis à son client, et non le contraire. Depuis la loi du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs, l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique dispose en ce sens : "La personne malade peut s'opposer à toute investigation ou thérapeutique" (voir aussi F. Ponchon, *Les droits*

des patients à l'hôpital, Paris, PUF, "Que sais-je?", n° 3530). C'est encore plus vrai avec la grande loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades qui consacre le droit de refuser des soins dans l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical, ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment (...). ».

Risque-t-on, dans ce cas, de commettre une faute de non-assistance à personne en danger ? Ce délit (ce n'est pas un crime) trouve son siège dans l'article 223-6 du Code pénal, alinéa 2, qui punit "quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours". Ce texte est à compléter par l'article 9 du Code de déontologie médicale : "Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires."

Pour qu'il y ait situation de non-assistance à personne en danger, il importe qu'il y ait danger grave et imminent pour cette personne mais le délit n'est pas consommé lorsqu'un malade oppose un refus "obstiné et même agressif" de se soumettre aux soins prescrits par le médecin (Crim. 3 janv. 1973, D, 1973.220).

Le péril de mort doit exister. Sur ce point, on n'oubliera pas qu'il n'y a évidemment pas d'interrogation à avoir quand la personne est... morte. Le droit français depuis 1968 retient comme critère de la mort celui de la "mort cérébrale" (Bruno Py, *La mort et le droit*, Paris, PUF, "Que sais-je?", n° 3339). Ce critère est aujourd'hui défini par le décret du 2 décembre 1996.

Il est vrai que le Conseil d'Etat, par une ordonnance en référée du 16 août 2002, a paru passer outre ce texte en disant, en substance, d'imposer des soins est certes une atteinte à la liberté du malade, sauf si sa vie est en danger. Ceci étant il s'agissait d'une affaire assez particulière (un refus de transfusion sanguine par un témoin de Jéhovah) et dont on ne peut transposer la solution (par ailleurs critiquable en droit) au cas du refus d'un traitement curatif devenu sans perspective. *A contrario*, la décision du Conseil d'Etat va même dans ce sens (dès lors qu'une guérison est inespérée, le traitement est sans objet donc le refus licite). De son côté ; le Comité consultatif national d'éthique, dans un avis du 9 juin 2005, a souligné d'importance

du respect de la volonté du patient dans l'administration des soins. Le refus de soins est d'une parfaite légalité en France.

Résumons-nous. Face à un malade qui, en toute conscience et liberté, souhaite interrompre un traitement devenu inutile quant à un espoir de guérison, le médecin doit respecter cette volonté, il n'est nullement dans un cas de non-assistance à personne en péril, puisqu'il ne délaissé pas la personne. Le traitement est interrompu, non les soins. Il y a assistance dans l'agonie. C'est là qu'apparaît une confusion dans la terminologie. Une semblable situation n'est pas un acte d'euthanasie, de quelque manière qu'on la qualifie. Ce n'est pas une euthanasie active. Ce n'est pas non plus une euthanasie passive.

L'euthanasie est toujours un acte, quels que soient les moyens, directs ou indirects, employés pour l'accomplir. L'euthanasie (dans le sens contemporain du mot) est toujours active, puisqu'elle recherche un résultat ; tandis que l'abstention de traitement ne fait que s'incliner devant une situation irrémédiable et se trouve attendre une issue fatale. Un arrêt des soins n'a aucun substitut. Une abstention d'un traitement curatif suppose de passer à des soins palliatifs. C'est cette situation qui est visée par l'article 38 du Code de déontologie médicale impartissant au praticien d'accompagner le malade "jusqu'à ses derniers instants" et d'"assurer par des soins et mesures appropriées la qualité d'une vie qui prend fin". Si l'on veut jouer sur les mots, l'arrêt des soins est un arrêt de mort, non l'abstention d'un traitement devenu inopportun. L'arrêt du traitement est licite ; l'arrêt des soins est prohibé. Il est superflu de qualifier de "passif" un acte qui n'est pas une "euthanasie".

II. – Existe-t-il un "droit à la mort" ?

Il n'y a pas, en droit français, un "droit à la mort", mais un "droit de la mort".

1. L'impossible "droit à la mort". – D'où vient l'idée d'un "droit à la mort" ? On déduit beaucoup trop souvent, du principe voulant que tout ce qui n'est pas interdit est permis, l'énoncé d'un droit. L'équation est fausse. Un simple exemple suffit à le démontrer. Le droit français ne réprime pas la prostitution, en tant que telle. Sont répréhensibles le proxénétisme ou le racolage sur la voie publique mais pas le commerce de son corps. Cela ne signifie nullement qu'il y a un "droit à se prostituer".

L'absence de sanction pénale n'implique pas l'existence d'un droit. De même, la dépénalisation n'équivaut pas à la création d'un droit. Si l'on fait retour à la

question du suicide, le droit français a aboli définitivement l'incrimination du suicide en 1791. Ce silence, de respect et de pudeur, ne signifie qu'une dépénalisation de l'acte du suicidé lui-même. Il n'a jamais voulu dire que le droit reconnaissait un quelconque "droit au suicide". Pour preuve, la loi du 31 décembre 1987, qui incrimina la "provocation" au suicide, disposition reprise aujourd'hui aux articles 223-13 à 15 du Code pénal. Mais il ne s'agit bien que de la "provocation". Devant le mystère du suicide, le droit s'abstient. De cette abstention ne peut, naturellement, découler un droit. Surtout, il ne peut y avoir de "droit" sans un "créancier" et un "débiteur" ; le droit est un rapport d'obligation entre une personne qui peut en exiger le bénéfice face à une autre qui le doit. Cet "autre" peut être un individu ordinaire (c'est l'obligation de droit privé) ou la société dans son ensemble (ce sont les droits de l'homme et du citoyen). Ce caractère distributif manque catégoriquement au prétendu "droit à la mort" (consulter l'article de Thomas Givanovitch, "Le suicide est-il l'un des droits de l'homme ?", *Rev. intern. dr. pén.*, 1952, p. 407 s.). C'est d'ailleurs ce qu'a explicitement déclaré la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Diane Pretty* (*cf. infra p. ...*). Il convient d'ajouter qu'il est même inapproprié de prétendre que le suicide est toujours une "liberté". Pareille conclusion ne peut valoir que pour le suicide parfaitement lucide et conscient. La plupart des psychiatres spécialistes du suicide attestent que, dans l'immense majorité des cas, le suicide est un appel au secours vers les autres.

2. Le nécessaire "droit de la mort". — Le droit à la mort n'existe pas, mais le droit à mourir dans la dignité est une certitude. La mort ne peut découler du droit, mais la mort exige le respect. La dignité de la personne humaine, du commencement de sa vie à son achèvement est la clef de voûte du droit. La dignité de la personne n'est pas un droit de l'homme, elle est l'assise du concept de "droit de l'homme".

Certes, on se trouve à nouveau sur le terrain des ambiguïtés terminologiques. De ce point de vue, on ne peut légitimer la fausse alliance entre les soins palliatifs et l'euthanasie, car "les spécialistes de l'accompagnement des mourants dénoncent la confusion entre soins palliatifs et euthanasie".

L'euthanasie répond à une philosophie absolument opposée à celle des soins palliatifs. La première tend à nier la phase ultime de l'agonie, alors que les seconds en assurent l'aboutissement paisible. L'euthanasie passive étant une illusion, il ne peut y avoir aucune relation entre l'euthanasie et les soins palliatifs. Admettre dans une même législation les soins palliatifs et l'euthanasie, c'est faire cohabiter la loi de l'effort et celle de la facilité.

Chapitre III - Le droit de la fin de vie.

Très clairement le législateur français a refusé de suivre l'exemple de certains pays : l'euthanasie est interdite en France. En revanche, le parlement a voté une loi plus raisonnable et plus humaine sur « la fin de vie », promulguée le 22 avril 2005. La loi a donc regardé dans d'autres directions que celles proposées par le Comité consultatif national d'éthique.

I. – Le droit pénal commun et sa souplesse.

– Pour ce qui est de la responsabilité pénale, l'article 122-7 du même Code rappelle que “n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister”. C'est ce que l'on dénomme la contrainte. En revanche, le droit français ne connaît pas d'autres excuses ou d'autres circonstances atténuantes, telles le crime passionnel ou le crime compassionnel.

On peut en être surpris. Mais l'explication se trouve ailleurs, dans la procédure pénale. Les crimes relèvent d'une juridiction tout à fait particulière qui est la cour d'assises, dont l'élément essentiel est la présence du jury populaire. La cour prononce des arrêts non motivés. Est-il besoin, ensuite, de rappeler que la pierre angulaire de la procédure criminelle française est l' “intime conviction” ?

Il est capital de souligner que la cour d'assises bénéficie de ce que l'on dénomme une pléitude de juridiction. Cela signifie que sa compétence est sans restriction dès lors qu'elle est saisie. Ce principe joint à celui de l'intime conviction, il est aisément de comprendre que les assises constituent une juridiction infiniment originale dans le droit juridictionnel français. Les assises sont le peuple rendant justice.

Lorsqu'ils ont à répondre aux questions, les jurés sont totalement libres de leur appréciation : ils n'ont aucune justification à apporter à leur verdict. Le jury est souverain, ses arrêts, contrairement aux autres décisions de justice françaises, ne comportent aucun motif. Le jury fait ce qu'il veut.

Par ailleurs, le Code de 1994 ne comporte plus de peine minimale mais seulement une peine maximale. Par exemple, la peine du meurtre est d'un maximum de trente ans de réclusion (art. 221-1 C. pén.). La Cour peut parfaitement décider de ne condamner qu'à une peine inférieure et même très minime. Enfin, on sait communément que toute peine, même criminelle, peut être assortie du sursis de son exécution (art. 132-29 s. C. pén.). Dans ce cas, si le condamné ne se rend pas coupable d'un nouveau crime ou d'un nouveau délit dans les cinq ans qui suivent la

condamnation, celle-ci est réputée non avenue (art. 132-35 C. pén.). Le 11 mars 1998, la cour d'assises d'Ille-et-Vilaine a ainsi jugé coupable l'auteur d'une euthanasie (l'acte a bien été qualifié d'assassinat) tout en ne prononçant qu'une peine de cinq ans d'emprisonnement assortis du sursis simple. Le 12 février 2001, la cour d'assises du Rhône a condamné à un an d'emprisonnement avec sursis un mari (poursuivi pour assassinat) qui avait tué sa femme gravement malade et qui avait tenté de se donner la mort ensuite. Dans ces conditions on ne comprend absolument pas que, dans son avis n° 63, le Comité consultatif national d'éthique puisse écrire : "Sur le plan du droit, ces constatations ne devraient pas conduire pour autant à la dépénalisation et les textes d'incrimination du Code pénal ne devraient pas subir de modification. Les juridictions, chargées de les appliquer, devraient recevoir les moyens de formuler leurs décisions sans avoir à user de subterfuges juridiques faute de trouver dans les textes les instruments techniques nécessaires pour asseoir leurs jugements ou leurs arrêts. »

Enfin, et d'abord, dans l'ordre chronologique, entre en jeu le principe dit de "l'opportunité des poursuites". L'article 40 du Code de procédure pénale dispose : "Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner. Il avise le plaignant du classement de l'affaire ainsi que la victime lorsque celle-ci est identifiée." Que signifie ce principe ?

Cela implique que le procureur (sur instruction du garde des Sceaux) est parfaitement dans son droit de privilégier la répression de telle ou telle catégorie de délits ou de crimes, plutôt que telle autre (car la répression absolue est impossible). Or, pour revenir à la question de l'euthanasie, si les condamnations sont rarissimes, c'est que les poursuites le sont tout autant (parce que les dénonciations sont quasi inexistantes).

II - La loi sur la fin de vie du 22 avril 2005.

A la suite de la dramatique affaire Vincent Humbert (26 septembre 2003), le président de l'Assemblée Nationale, à l'instigation de plusieurs députés, a mis en place une mission d'information ayant pour mission de s'interroger sur le point de savoir quelles sont les réformes législatives requises pour éviter semblable cas. Sa présidence fut assurée par M. Jean Leonetti (député UMP des Alpes-Maritimes) qui en a dirigé le rapport. Composée de 31 membres représentant toutes les sensibilités politiques, elle a procédé à 81 auditions organisées en cinq cycles. Elle a ainsi entendu des historiens, des philosophes, des sociologues, des théologiens et des religieux, des représentants des loges maçonniques, des médecins et des

représentants du secteur hospitalier, des associations les plus diverses, des juristes ; enfin elle s'est déplacé en Belgique et aux Pays-Bas. Son travail particulièrement conséquent s'est déroulé entre octobre 2003 et juin 2004 : elle a adopté à l'unanimité le rapport de son président le 30 juin, il a été publié en juillet 2004, en deux tomes (Assemblée Nationale, document n° 1708) sous le titre excellent « Respecter la vie, accepter la mort » qui en constitue un parfait résumé. En première lecture, le 30 novembre 2004, la proposition a fait l'objet d'une quasi unanimité (mois une voix). Assez étrangement, le Sénat se divisa le 14 avril 2005. La loi fut promulguée le 22 avril 2005.

La mission proposait deux réformes, celle du Code de déontologie médicale et celle du Code de la santé publique, dans sa partie issue de la loi sur les malades de 2002. Le Code de déontologie ayant une nature réglementaire, seul un décret peut le modifier. La loi du 22 avril ne touche qu'au seul Code de la santé publique (pour l'essentiel). Le nouvel article L. 1110-5 CSP dispose que les actes médicaux « ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 (les soins palliatifs) ». Le dernier alinéa de ce même texte consacre la doctrine du « double effet » : « Si un médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abréger la vie, il doit en informer le malade (ou la famille ou un proche). La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical ». L'article L. 1111-10, à son tour, dispose : « Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin doit respecter sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.. L'article L. 1111-11 CSP rend possible la désignation d'une personne de confiance et l' article L. 1111-12 autorise de laisser des directives de fin de vie (le vrai « testament de vie », cf. *supra*).. A défaut (art. L. 1111-13) la famille a le droit de prendre parti, voire des proches. De manière générale, l'article la loi impose au corps médical de ne prendre que des *dispositions collégiales* pour éviter le désarroi ou les décisions unilatérales.

La loi invite les facultés de médecine à un renforcement de la formation relative

aux soins palliatifs (art. L. 6143-2-1 CSP) Elle invite à réécrire les articles 37 et 38 du Code de déontologie, en particulier pour consacrer la théorie du « double effet » et délivrer de scrupules infondés les médecins qui viendraient à cesser un traitement curatif inutile. L'interdit de provoquer délibérément la mort subsiste bien évidemment.

Il faut souhaiter une adoption rapide par le Parlement de ces propositions humaines, raisonnables et intelligentes. S'inspirant de la législation de la plupart des pays occidentaux, cette loi consacrera véritablement un droit au respect de la dignité de la personne dans sa mort.

Au-delà peut-on esquisser une conclusion à une réflexion dont le lecteur aura mesuré combien il est téméraire de prétendre la conduire en si peu de pages ? n'y a pas lieu d'établir un quelconque parallèle entre soins palliatifs et euthanasie. Ce n'est pas là une alternative, laquelle supposerait deux principes de même valeur. Le principe est celui de l'accompagnement de l'agonisant par des soins palliatifs. L'exception marginale doit être l'euthanasie dans des situations extraordinaires. Non l'inverse. La loi a vocation à se fonder sur des principes, non sur des exceptions.

Il n'existe aucun droit à la mort, mais un droit de la mort. La dignité de l'homme est de l'accepter à son heure ; celle du soignant de l'accompagner sans la provoquer.

Ces arguments sont forts, ils ne sont pas arbitraires ; ils n'oublient ni l'humanité des mourants, ni celles des soignants. Le droit est un art de la mesure, pour trouver la solution juste et bonne pour tous. Il ne s'agit nullement de s'ériger en juge des intentions de ceux qui militent en faveur de l'euthanasie, c'est souvent la générosité et une extrême attention à la souffrance de l'autre qui animent leur combat. Leur conscience n'est pas suspecte. Ces qualités peuvent servir une autre cause, qui est, en définitive, la leur. Au terme de tout, on s'aperçoit que l'euthanasie est pour l'essentiel un faux débat parce qu'elle ne peut, tout simplement, concerner l'homme. Il faut, décidément, réservier ce terme à la pratique vétérinaire (art. 211 du Code rural, tel qu'issu de la loi du 6 janvier 1999 relative aux "pitbulls"). Les juristes aiment réduire en brocards ou en adages les points de droit les plus saillants. Puisse-t-on un jour voir frapper en maxime celui qui affirmera : "En France, on euthanasie les animaux, non les personnes. ». La loi du 22 avril 2005 est une loi qui l'illustre parfaitement.

Les inventions de salariés

Jacques LARRIEU

La plupart des inventions qui débouchent sur des brevets d'invention sont réalisées au sein des entreprises par des salariés. Les inventions conçues par des inventeurs indépendants représentent moins de 10%.

Dès lors se pose le problème de la répartition des droits sur l'invention entre l'employeur et l'employé. Des réponses très différentes sont données à cette question dans les divers secteurs de la propriété intellectuelle.

Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique la solution légale (art. L. 111-1 CPI) est très favorable au salarié. Contrairement à ce qui se passe ailleurs, par exemple aux Etats-Unis (work fo hire), quand une œuvre de l'esprit est créée au sein d'une entreprise c'est en principe le salarié qui se voit attribuer l'ensemble des droits de l'auteur¹⁾. Ceux-ci peuvent être transférés à l'employeur, mais seulement par un contrat spécifique²⁾.

Pour les logiciels qui sont protégés par un droit d'auteur aménagé, la solution est très différente : l'ensemble des droits patrimoniaux sont automatiquement dévolus à l'employeur, quelle que soit la fonction assurée par l'employé dans l'entreprise (chercheur, informaticien, comptable, juriste,...).

Ces deux solutions radicalement opposées sont source de déséquilibre : la première au détriment d'un employeur qui fournit pourtant au salarié tous les moyens de la création, la deuxième au détriment du salarié qui se trouve ainsi bien peu incité à se montrer inventif, puisqu'il ne tire aucun profit d'une création.

« La politique de l'entreprise en matière de rémunération de l'activité innovante de ses salariés a une incidence réelle sur le processus d'innovation »³⁾. Aussi, en matière d'inventions le législateur français a adopté un système beaucoup plus nuancé qui cherche à concilier les intérêts antagonistes de l'employeur et de l'employé. Ce système résulte de la loi du 26 novembre 1990⁴⁾ et constitue

1) Sauf le cas de l'œuvre collective.

2) Ce n'est pas une conséquence de la seule signature du contrat de travail.

3) INPI, Passeport PI, n°7

4) Le régime des inventions de salariés a été introduit en France par la loi du 13 juillet 1978 (moins favorable aux salariés que le système actuel). Auparavant les rapports salariés-employeurs étaient uniquement régis par le contrat de travail.

actuellement l'article L. 611-7 CPI. Il consiste à distinguer, selon les fonctions assurées par l'employé-inventeur, entre les « inventions de mission » et les « inventions hors mission ».

Une jurisprudence récente relativement abondante a apporté des précisions utiles sur l'interprétation de certaines règles que l'entreprise pourra utiliser pour optimiser sa politique d'innovation.

I. Les inventions de mission

Définition et régime général

Ce sont les inventions faites par un salarié soit dans l'exécution de son contrat de travail comportant une mission inventive (il a été embauché comme chercheur⁵⁾), soit au cours d'une étude particulière qui lui a été confiée explicitement. Il s'agit donc d'une personne qui reçoit un salaire en contrepartie d'un travail de recherche permanent (chercheur d'un laboratoire) ou temporaire (ingénieur de fabrication qui se voit confier une étude). Il a été jugé qu'un étudiant stagiaire dans un laboratoire de recherche public n'entre pas dans ces catégories⁶⁾.

L'art. L. 611-7, 1° CPI prévoit que l'invention de mission appartient à l'employeur, mais que le salarié a droit à une rémunération supplémentaire. La loi renvoie aux conventions collectives, accords d'entreprise⁷⁾ et contrats de travail le soin de fixer cette rémunération supplémentaire.

Au début de cette année, la Cour de cassation a précisé que ce dispositif légal est d'ordre public. Une convention collective ne peut pas limiter le droit à rémunération supplémentaire aux seules inventions présentant un intérêt exceptionnel. Les clauses d'une convention collective ne peuvent restreindre les

5) Voir TGI Paris 18 nov. 2003, Sté d'Etude et de réalisation de systèmes de sécurité, PIBD 2004, 783-III-186 : l'intéressé « a eu la qualité de responsable technique au sein de la société Sersys de 1989 à 1999, avec pour mission d'assurer l'étude et le développement... des serrures électriques ». Idem : Cass. com. 22 fevr. 2005, Sonigo, PIBD 2005, 809-III-332 (« chargé de recherche »). Jugé en revanche qu'un « dessinateur projecteur » n'a reçu aucune mission inventive : TGI Paris, 7 octobre 2003, PIBD 2004, 781-III-122

6) Paris 10 septembre 2004, CNRS/Puech, PIBD 2004, 796-III-607

7) Un avenant à un accord d'entreprise qui lui a été notifié, même s'il est postérieur à la rupture du contrat de travail, est opposable au salarié : Cass. Com. 22 fevr. 2005, Sonigo/Institut Pasteur, PIBD 2005, 809-III-332

droits que le salarié tient de la loi⁸⁾. La cour a aussi précisé que cette rémunération n'était pas limitée aux seules inventions brevetées, mais concernait toutes les inventions susceptibles d'être brevetables⁹⁾.

Rémunération supplémentaire

La créance de « rémunération supplémentaire » a une « incontestable nature salariale » affirme le Tribunal de grande instance de Paris¹⁰⁾. L'action en paiement de celle-ci se prescrit donc, comme pour les salaires, par cinq ans¹¹⁾.

Toutefois cette « rémunération supplémentaire » ne se confond pas avec le salaire habituel du salarié, ni avec les primes habituelles qu'il reçoit. Elle vient s'ajouter aux rémunérations normales du salarié¹²⁾.

C'est le calcul du montant de la rémunération qui suscite les principaux problèmes.

Traditionnellement cette rémunération était calculée en référence au salaire de l'inventeur (un mois, deux mois de salaire,...). C'était un « supplément de salaire »¹³⁾. Cependant, en 2000, un arrêt de la Cour de cassation a mis fin à cette tradition et suscité beaucoup de vocations revendicatives chez les salariés. Il s'agit de la jurisprudence Raynaud/Roussel¹⁴⁾, selon laquelle il ne résulte d'aucun texte que la rémunération due doive être fixée en fonction du salaire. Pour une invention concernant un médicament qui a connu un grand succès commercial, M. Raynaud s'était alors vu attribuer une rémunération supplémentaire de 4 millions de francs.

8) Cass. Com. 22 févr. 2005, Application des Gaz SAS, PIBD 2005, 807-III-253

9) L'obligation de déclaration des inventions qui pèse sur le salarié concerne toutes les inventions qu'elles soient ou non brevetables : Paris 12 sept. 2003, RTDCOM 2004, 300.

10) TGI Paris 9 mars 2004, Brinon, PIBD 2004, 787-III-321 ; TGI Paris 27 avril 2004, Panol, PIBD 2004, 792-III-477

11) Ce délai ne commence à courir qu'à partir du moment où cette créance est « déterminée », TGI Paris 9 mars 2004, Brinon, préc.. Cass. Com. 22 févr. 2005, Application des Gaz SAS, préc.. TGI Paris, 3 sept. 2004, Cousse/P. Fabre, PIBD 2005, 802-III-107 : « Attendu que la prescription quinquennale ne peut commencer à courir qu'à compter de la connaissance par le bénéficiaire de l'événement ouvrant droit à la rémunération. »

12) Elle ne se confond pas avec la « prime d'intéressement » aux résultats de l'entreprise : ; TGI Paris 27 avril 2004, Panol, préc.

13) Notamment selon les services fiscaux

14) Cass. Com. 21 nov. 2000, Raynaud/Hoechst Marion Roussel, JCP-E 2001, 275, J.-C. Galloux. Lyon 14 nov. 2002, cité par B. Tézier Herman, Comment rémunérer les inventions de salariés, Les Echos 9 mai 2005

La fixation de la rémunération due est à la source d'un contentieux assez important, car les conventions collectives et contrats de travail sont souvent muets sur ce sujet. Si, le salarié et l'employeur ne s'entendent pas sur le montant, ils peuvent saisir une instance de conciliation (CNIS) ou le tribunal de grande instance.

Renonçant à toute référence au salaire pour calculer le montant de la rémunération due, les juges utilisent deux repères¹⁵⁾ :

- le rôle personnel du chercheur dans la réalisation de l'invention,
- la valeur économique de l'invention pour l'entreprise

Les dispositions réglementaires relatives aux inventions réalisées par des fonctionnaires¹⁶⁾ servent parfois de référence même si elles ne sont pas directement applicables aux inventeurs du secteur privé¹⁷⁾. Elles prévoient un intérêsement du fonctionnaire à l'exploitation économique de l'invention.

Les rémunérations complémentaires varient : 15 000 € dans un cas, 600 000 € dans un autre cas... les situations des chercheurs sont très disparates.

II. Les Inventions hors mission

Les inventions qui ne sont pas des « inventions de mission » appartiennent au salarié. Ces inventions « hors mission » sont de deux sortes :

- les inventions hors mission attribuables
- les inventions hors mission non attribuables

Le classement de l'invention dans telle ou telle catégorie ne dépend pas de la volonté des parties ; il est déterminé objectivement par les critères légaux¹⁸⁾.

A. Les inventions hors mission attribuables

Il s'agit, selon l'art. L. 611-7 CPI, de l'invention faite par un salarié :

- soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions

15) TGI Paris 30 sept. 2003, RTDCom 2004, 300, Galloux ; TGI Paris 9 mars 2004, Brinon, préc.

16) Décret du 2 octobre 1996 ; Décret 2001-141 du 13 février 2001 : « elle est constituée par une prime d'intérêsement aux produits tirés de l'invention par la personne publique »

17) TGI Paris 9 mars 2004, Brinon, préc.

18) TGI Strasbourg 1er décembre 2003, Muller, PIBD 2004, 781-III-125

- soit dans le domaine des activités de l'entreprise
- soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle.

Par conséquent, un agent comptable réalisant une invention pendant son temps de travail dans l'entreprise, fait une invention hors mission attribuable, comme l'agent commercial d'une entreprise spécialisée dans la fabrication du verre qui met au point un système de manutention, sans risque de détérioration, d'articles fragiles¹⁹⁾.

L'invention « hors mission attribuable » appartient au salarié mais l'employeur se voit reconnaître une sorte de droit d'expropriation pour utilité privée. Il peut, moyennant le paiement d'un « juste prix » se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie de l'invention. C'est une vente forcée.

La question la plus épineuse est celle de la fixation du « juste prix ». il ne se confond pas avec la « rémunération supplémentaire » de tout à l'heure²⁰⁾. C'est un prix de vente de l'invention qui doit, normalement correspondre au prix du marché.

Ce prix peut correspondre à une somme forfaitaire ou à une rémunération proportionnelle aux résultats d'exploitation du brevet. Dans ce dernier cas une obligation d'exploitation de l'invention, qui peut se révéler fort contraignante, pèse sur l'employeur²¹⁾.

Quant à la date d'évaluation du juste prix, il faut se placer au jour de l'attribution de l'invention à l'employeur et le fixer « par rapport au rendement probable de l'invention »²²⁾. Il ne faut pas prendre en compte le chiffre d'affaires effectivement réalisé grâce à l'invention après cette date.

Pour évaluer le juste prix les tribunaux tiennent compte, d'une part, de la part contributive de l'employé dans la réalisation de l'invention et, d'autre part, des perspectives industrielles et commerciales de l'invention (et des dépenses de

19) Paris 9 juin 2004 Saint-Gobain, PIBD 2004, 793-III-504. Pour un dessinateur, voir : TGI Paris, 7 octobre 2003, Gilbert Li, PIBD 2004, 781-III-122

20) Paris 9 juin 2004 Saint-Gobain, préc.

21) Cass. 18 février 2004, France Télécom, cité par B. Tézier Herman, préc.

22) TGI Paris 11 mars 2003, Lasserre, PIBD 2003, 769-III-382 (jurisprudence constante).

l'entreprise).²³⁾

53 000 dans un cas, 70 000 dans un autre, le « juste prix » n'est pas forcément supérieur à la « rémunération supplémentaire », et il n'est pas toujours fixé à la hauteur des espérances des inventeurs salariés...

B. Les inventions hors mission non attribuables

Imaginons qu'un ingénieur de fabrication travaillant dans l'usine Toyota France s'adonne à la natation dans sa piscine le dimanche. S'il met au point pendant ce loisir innocent un modèle révolutionnaire de masque de plongée (sans aucun lien avec l'entreprise qui l'emploie), cette invention qualifiée de « hors mission non attribuable » lui appartient et son employeur n'a aucun droit sur elle²⁴⁾.

Conclusion

Le régime des inventions de salariés est laissé à l'appréciation des législateurs nationaux par la Convention de Munich du 5 octobre 1973 sur le brevet européen. Des distorsions de concurrence pourraient apparaître du fait des différences de régimes entre les différents pays, ce qui, pourrait amener la Commission européenne à proposer une directive d'harmonisation²⁵⁾. Copié sur le droit français ?

23) TGI Paris 11 mars 2003, Lasserre, préc. ; TGI Paris, 7 octobre 2003, Gilbert Li, préc. ; Paris 9 juin 2004, Saint Gobain, préc. : il aurait fallu fixer le « montant du juste prix en tenant compte de la date de l'attribution de l'invention à l'employeur, par la levée de l'option, des perspectives normalement espérées, de la part du salarié dans la conception de l'invention, de la participation de l'entreprise pour la fourniture des moyens nécessaires à sa réalisation ».

24) Mais le salarié a l'obligation de la déclarer à son employeur : Paris 12 sept. 2003, Salou, PIBD 2004, 780-III-97

25) Dans ce sens : Galloux, préc., p. 301