

Timbre fiscal dématérialisé de 35 €
N° 1265508245273413

BERNARD FAU
Avocat à la Cour
Ancien Premier Secrétaire de la Conférence
des Avocats au Conseil d'État
et à la Cour de Cassation
16, avenue de Friedland - 75008 PARIS
Tél. : 01 42 76 95 57 - Fax : 01 45 63 12 50
E 1429

CONSEIL D'ETAT
Section du Contentieux



—
REQUETE
—

COPIE

POUR : 1°/ L'ASSOCIATION POUR UNE FORMATION ET UNE INFORMATION MEDICALES INDEPENDANTES DE TOUT AUTRE INTERET QUE CELUI DE LA SANTE DES PERSONNES (FORMINDEP)

Association régie par la loi de 1901 déclarée à la Préfecture du Nord
Dont le siège social est 1100 rue Faidherbe Daubenton
59134 FOURNES-EN-WEPPES

Prise en la personne de son Président en exercice,
Monsieur Philippe MASQUELIER en vertu d'une délibération du bureau en date du 29 juin
2013 (*Production n° 4*) prise en application des statuts (*Productions n° 2 et 3*)

Représentée par

Maitre Bernard FAU
Avocat à la Cour

Demeurant 16, avenue de Friedland 75008 PARIS
Tel. 01 45 63 12 60 Fax. 01 45 63 12 50

en vertu d'un mandat spécial ci-annexé (production n° 5).

Et élisant domicile en son Cabinet

CONTRE : Le Décret 2013-414 du 21 mai 2013 publié au journal officiel du 22 mai 2013, relatif à la transparence des avantages accordés par les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire et cosmétique destinés à l'homme (**production n°1**)

En tant que de besoin contre : le Premier ministre, Hôtel de Matignon, 64, rue de Varenne 75007 PARIS

L'association exposante défère le décret susvisé à la censure du Conseil d'Etat en tous les chefs qui lui font grief et en demande l'annulation par les moyens de fait et de droit ci-après exposés.

FAITS ET PROCEDURE

L'association FORMINDEP, exposante, est une association formée au titre de la loi de 1901, qui a notamment pour objet de défendre une formation et une information médicale indépendantes de tout autre intérêt que celui de la santé des personnes (**production : statuts de l'association FORMINDEP**).

Cette association est composée majoritairement de professionnels de santé et notamment de médecins généralistes.

L'article 2 des statuts de l'association FORMINDEP lui assigne pour mission de favoriser et promouvoir, par tous moyens utiles, la diffusion d'une formation et d'une information en matière de santé, élaborées à partir de connaissances scientifiques fiables, indépendantes de tout autre intérêt que celui de la santé des personnes, en particulier des intérêts industriels, financiers, commerciaux, mais également philosophiques, politiques, religieux ou personnels.

L'association FORMINDEP a également pour objet de diffuser en France et dans le monde, toute connaissance scientifique ou autre, utile à une bonne gestion du risque sanitaire indépendamment de toutes influences exercées par d'autres intérêts que celui de la santé des personnes, sur la formation et l'information médicales.

L'association a encore pour but d'agir par tous moyens utiles, y compris les actions en justice, afin de faire respecter et appliquer les règles et les conditions d'indépendance et de transparence nécessaires à l'élaboration et la diffusion des connaissances en matière de santé.

C'est donc à l'occasion de la réalisation de son objet que l'association FORMINDEP a pris connaissance du décret 2013-414 du 21 mai 2013 relatif à la transparence des avantages accordés par les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire et cosmétique destinés à l'homme (**Production : décret 2013-413 du 21 mai 2013**).

DISCUSSION

I - Sur la légalité externe : incompétence du Premier ministre pour prendre par voie réglementaire des dispositions ressortissant au domaine de la loi

Le premier ministre qui tenait ses pouvoirs des dispositions du paragraphe III de l'article L.1453-1 du Code de la santé publique pour fixer par voie réglementaire les modalités d'application de ce texte ne disposait d'aucune compétence pour modifier par voie réglementaire les dispositions claires et précises de la loi.

Or, le par le décret d'application n°2013-414 du 21 mai 2013 qui crée un article R.1453-2 du Code de la santé publique, le Premier ministre procède à deux limitations majeures de la portée de la loi en excluant de son emprise les entreprises produisant ou commercialisant les produits mentionnés aux 14°, 15° et 17° du II de l'article L. 5311-1 dudit Code et d'autre part les conventions régies par les dispositions des articles L. 441-3 et L. 441-7 du Code de commerce.

Ce faisant, le premier ministre qui a agi au delà de sa compétence, a méconnu les articles 21, 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, ensemble les articles L.1453-1 et L.5311-1 du Code de la santé publique, entachant d'incompétence le décret attaqué.

Pour cette raison déjà le décret attaqué devra être annulé.

II - Sur la légalité interne : incompatibilité du Décret 2013-414 du 21 mai 2013 avec les dispositions des articles L.1453-1 et L.5311-1 du Code de la santé publique.

Selon l'article L.1453-1 du Code de la santé publique :

« I. - Les entreprises produisant ou commercialisant des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 ou assurant des prestations associées à ces produits sont tenues de rendre publique l'existence des conventions qu'elles concluent avec :

- 1° Les professionnels de santé relevant de la quatrième partie du présent code ;*
- 2° Les associations de professionnels de santé ;*

- 3° Les étudiants se destinant aux professions relevant de la quatrième partie du présent code ainsi que les associations et groupements les représentant ;
- 4° Les associations d'usagers du système de santé ;
- 5° Les établissements de santé relevant de la sixième partie du présent code ;
- 6° Les fondations, les sociétés savantes et les sociétés ou organismes de conseil intervenant dans le secteur des produits ou prestations mentionnés au premier alinéa ;
- 7° Les entreprises éditrices de presse, les éditeurs de services de radio ou de télévision et les éditeurs de services de communication au public en ligne ;
- 8° Les éditeurs de logiciels d'aide à la prescription et à la délivrance ;
- 9° Les personnes morales assurant la formation initiale des professionnels de santé mentionnés au 1° ou participant à cette formation.
- II. - La même obligation s'applique, au-delà d'un seuil fixé par décret, à tous les avantages en nature ou en espèces que les mêmes entreprises procurent, directement ou indirectement, aux personnes, associations, établissements, fondations, sociétés, organismes et organes mentionnés au I.**
- III. - Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article, la nature des informations qui doivent être rendues publiques, notamment l'objet et la date des conventions mentionnées au I, ainsi que les délais et modalités de publication et d'actualisation de ces informations. Il précise également les modalités suivant lesquelles les ordres des professions de santé sont associés à cette publication. »**

L'article L.5311-1 du Code de la santé publique énumère pour sa part les secteurs d'activité concernés par l'obligation déclarative à savoir :

- « (...) 1° Les médicaments, y compris les insecticides, acaricides et antiparasitaires à usage humain, les préparations magistrales, hospitalières et officinales, les substances stupéfiantes, psychotropes ou autres substances vénéneuses utilisées en médecine, les huiles essentielles et plantes médicinales, les matières premières à usage pharmaceutique ;
- 2° Les produits contraceptifs et contragestifs ;
- 3° Les biomatériaux et les dispositifs médicaux ;
- 4° Les dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ;
- 5° Les produits sanguins labiles ;
- 6° Les organes, tissus, cellules et produits d'origine humaine ou animale, y compris lorsqu'ils sont prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale ;
- 7° Les produits cellulaires à finalité thérapeutique ;
- 8° Le lait maternel collecté, qualifié, préparé et conservé par les lactariums ;
- 9° Les produits destinés à l'entretien ou à l'application des lentilles de contact ;
- 10° (Abrogé)
- 11° Les procédés et appareils destinés à la désinfection des locaux et des véhicules dans les cas prévus à l'article L. 3114-1 ;
- 12° Les produits thérapeutiques annexes ;
- 13° (Abrogé)
- 14° Les lentilles oculaires non correctrices ;
- 15° Les produits cosmétiques ;
- 16° Les micro-organismes et toxines mentionnés à l'article L. 5139-1 ;

17° Les produits de tatouage ;

18° Les logiciels qui ne sont pas des dispositifs médicaux et qui sont utilisés par les laboratoires de biologie médicale, pour la gestion des examens de biologie médicale et lors de la validation, de l'interprétation, de la communication appropriée en application du 3° de l'article L. 6211-2 et de l'archivage des résultats ;

19° Les dispositifs à finalité non strictement médicale utilisés dans les laboratoires de biologie médicale pour la réalisation des examens de biologie médicale. »

Il résulte en substance du premier de ces textes législatifs, un certain nombre d'obligations de publicité des conventions que certaines entreprises concluent avec des cocontractants que le texte énumère.

Le texte législatif ne renvoie par son paragraphe III, à la compétence du décret que pour fixer les conditions d'application de cet article, la nature des informations qui doivent être rendues publiques, notamment l'objet et la date des conventions mentionnées au I, ainsi que les délais et modalités de publication et d'actualisation de ces informations.

Il est également donné compétence au pouvoir réglementaire pour préciser les modalités suivant lesquelles les ordres des professions de santé sont associés à cette publication.

Il est donc clair à ce stade, que le pouvoir réglementaire ne peut s'exercer que pour la fixation des mesures de mise en œuvre du texte, sans pouvoir modifier son champ d'application notamment en ce qui concerne les entreprises assujetties à l'obligation de publicité des conventions.

Il résulte ensuite en substance du second de ces textes législatifs, qu'il établit une liste des secteurs d'activité des entreprises concernées par l'obligation de publicité. Ces secteurs sont au nombre de 19 et le texte ne réserve aucune possibilité d'opérer par décret, une adaptation de la liste.

Il résulte de la combinaison de ces textes, un cantonnement de l'intervention réglementaire, dans le seul domaine de la fixation des modalités pratiques des mesures de publicité des conventions conclues par certaines entreprises ressortissant à des secteurs énumérés dans une liste fixée par la loi, avec des cocontractants dont la liste est également déterminée par la loi.

Or, par le décret n°2013-414 du 21 mai 2013, le premier ministre s'est affranchi de cette limitation et a excédé ses pouvoirs.

En effet, pris pour l'application de ces textes en application de l'article L.1453-1 III° du Code de la santé publique, le décret n°2013-414 du 21 mai 2013 crée un article R.1453-2 du Code de la santé publique ainsi libellé :

« I. Les entreprises produisant ou commercialisant les produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1, à l'exception de ceux mentionnés aux 14°, 15° et 17°, ou assurant des prestations associées à ces produits rendent publique, dans les conditions définies à la présente section, l'existence des conventions qu'elles concluent avec les personnes, associations, établissements, fondations, sociétés, organismes ou organes mentionnés au I de l'article L. 1453-1.

Cette obligation ne s'applique pas aux conventions régies par les dispositions des articles L. 441-3 et L. 441-7 du code de commerce, qui ont pour objet l'achat de biens ou de services entre ces mêmes entreprises et ces personnes, associations, établissements, fondations, sociétés, organismes ou organes.

II. Les mêmes entreprises rendent publics, dans les conditions définies à la présente section, les avantages en nature ou en espèces qu'elles procurent directement ou indirectement aux personnes, établissements, fondations, sociétés, organismes ou organes mentionnés au I de l'article L. 1453-1, y compris dans le cadre des conventions mentionnées au premier alinéa du I du présent article. »

Il est clair que ce texte à valeur réglementaire procède à deux limitations majeures du champ d'application des textes législatifs alors qu'il devait se borner à fixer les modalités d'application.

De ce fait, le décret présente deux incompatibilités majeures avec les dispositions législatives précitées.

En effet, après avoir limité à l'alinéa 1 du I° la liste légale des entreprises destinataires de l'obligation de publicité (exclusion des secteurs visés aux 14°, 15° et 17°), le deuxième alinéa réduit, pour les entreprises restant assujetties, les hypothèses légales de déclarations obligatoires (exclusions de tout achat de produits ou de toute prestation de service pour une activité professionnelle).

A ce stade il doit être redit que le décret d'application auquel renvoie l'article L.1453-1 III° du Code de la santé publique ne peut avoir pour autre objet que de « *fixe(r) les conditions*

d'application du présent article, la nature des informations qui doivent être rendues publiques, notamment l'objet et la date des conventions mentionnées au I, ainsi que les délais et modalités de publication et d'actualisation de ces informations ».

Il apparaît donc en première analyse que le décret d'application ne peut légalement avoir ni pour objet ni pour effet de réduire d'aucune manière le champ d'application de l'obligation déclarative telle que déterminée par la loi, tant en ce qui concerne les secteurs d'activité des entreprises concernées, qu'en ce qui concerne la nature des conventions concernées, devant donner lieu à publicité.

- Première limitation illégale :

La première limitation résulte de ce que le décret exclut du champ d'application de l'obligation déclarative les entreprises dont l'activité est visée aux points 14°, 15° et 17° du II de l'article L.5311-1 du Code de la santé publique, étant observé particulièrement que le point 15° concerne les entreprises de cosmétique dont les liens avec l'industrie pharmaceutique ne sont pas à souligner.

Cette exclusion paraît frontalement incompatible avec l'exigence posée par la loi d'une obligation déclarative imposée à ces mêmes entreprises, puisque par renvoi de l'article L.1453-1 du Code de la santé publique aux II° de l'article L.5311-1 du même code, elles sont expressément incluses dans la liste des entreprises concernées.

Dès lors que le législateur a établi lui-même la liste des entreprises concernées et qu'il n'a dévolu à l'autorité réglementaire aucun pouvoir pour en limiter dérogatoirement l'étendue en quelque circonstance que ce soit, l'autorité réglementaire n'avait nullement le pouvoir d'exempter certaines catégories d'entreprises, de son propre chef.

En procédant comme il l'a fait, le premier ministre qui n'avait pas compétence pour ce faire a, par une norme infra législative, privé d'effet une disposition de la loi en modifiant son champ d'application, en l'espèce les destinataires de l'obligation légale de publicité.

Procédant ainsi d'un excès de pouvoir, le décret attaqué devra, pour cette raison déjà, être annulé.

- Seconde limitation illégale :

La seconde limitation résulte du libellé du 2^{ème} alinéa du I° de l'article R.1453-2 du Code de la santé publique dans la rédaction donnée par le décret 2013-414.

En effet, après avoir limité à l'alinéa 1 du I° le nombre des entreprises destinataires de l'obligation de publicité (cf. supra), le deuxième alinéa réduit, pour les entreprises restant assujetties, les hypothèses de publicité obligatoires.

Ce deuxième aliéna a pour objet d'exclure de l'obligation de publicité, des catégories entières de conventions susceptibles d'avoir été passées entre les entreprises exerçant les activités listées au II° de l'article L.5311-1 du Code de la santé publique et les personnes physiques ou morales mentionnées au I° de l'article L.1453-1 du Code de la santé publique.

Cette deuxième exclusion constitue le deuxième étage de réduction illégale par le décret, du champ d'application de l'obligation établie par la loi.

Selon le texte du 2^{ème} alinéa du I° de l'article R.1453-2 du Code de la santé publique :

« Cette obligation ne s'applique pas aux conventions régies par les dispositions des articles L. 441-3 et L. 441-7 du code de commerce, qui ont pour objet l'achat de biens ou de services entre ces mêmes entreprises et ces personnes, associations, établissements, fondations, sociétés, organismes ou organes. »

Or, les conventions régies par les dispositions des articles L. 441-3 et L. 441-7 du code de commerce, recouvrent d'une manière générale et exhaustive « ***tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle*** ».

Il apparaît donc que cette disposition réglementaire par renvoi à une catégorie de conventions de la plus extrême généralité puisqu'elle vise tous produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle, vide pratiquement de tout objet l'obligation de publicité.

Notamment s'agissant des experts, toute convention ayant ou ayant eu pour objet une prestation service dans le cadre d'une activité professionnelle est exclue de l'obligation de publicité par l'effet du décret.

La lecture du texte laisse comprendre que ne demeurerait dans le champ de l'obligation déclarative que les achats de produits et/ou de prestation de service réalisés dans un cadre non professionnel.

Outre qu'il paraît très délicat de déterminer ce que pourrait être une prestation de service pour une activité non professionnelle dans le cadre d'une convention conclue entre une entreprise de l'un des secteurs visés par la loi et l'une des personnes figurant dans la liste légale, il est évident que sous couvert de fixer les modalités de la publicité légale, le Premier ministre a réduit le champ d'application de la loi, ce qu'il n'avait ni compétence, ni pouvoir de faire.

Dans la mesure où le renvoi au texte du code de commerce renverrait à toute activité ayant donné lieu à rémunération de la personne, cette disposition ne laisserait pratiquement plus subsister par hypothèse dans le champ de l'obligation déclarative que des prestations réalisées à titre gracieux et/ou bénévole, ce qui est pour le moins paradoxal.

Cette disposition du décret est enfin contraire à l'esprit et à la lettre des dispositions de l'article L.1451-1 qui imposent généralement, au titre de l'obligation de publicité, qu'elle *« mentionne les liens d'intérêts de toute nature, directs ou par personne interposée, que le déclarant a, ou qu'il a eus pendant les cinq années précédant sa prise de fonctions, avec des entreprises, des établissements ou des organismes dont les activités, les techniques et les produits entrent dans le champ de compétence de l'autorité sanitaire au sein de laquelle il exerce ses fonctions ou de l'organe consultatif dont il est membre ainsi qu'avec les sociétés ou organismes de conseil intervenant dans les mêmes secteurs. »*

Au total, il apparaît que ces dispositions du décret 2013-414 sont elles aussi incompatibles avec les dispositions législatives précitées des articles L.1453-1 et L.5311-1 du Code de la santé publique.

Le décret encourt pour cette raison à nouveau l'annulation, en ce que l'autorité réglementaire ne pouvait, par une norme infra législative, priver d'effet une disposition de la loi en modifiant la portée de son champ d'application, en l'espèce en excluant de l'obligation déclarative – fut-ce par renvoi à une disposition du Code de commerce » une catégorie d'actes consistant dans *« tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle »*.

Pour l'ensemble de ces raisons, le décret n°2013-414 du 21 mai 2013 devra être annulé.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, l'exposante conclut qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **ANNULER le décret n°2013-414 du 21 mai 2013,**
- **CONDAMNER l'Etat à verser à l'association FORMINDEP la somme de 8.000 euros sur le fondement de l'article L 761-1 du Code de Justice Administrative,**

Avec toutes conséquences de droit.


BERNARD FAU
Avocat à la Cour
Ancien Premier Secrétaire de la Conférence
des Avocats au Conseil d'Etat
et à la Cour de Cassation
16, avenue de Friedland - 75008 PARIS
Tél. 01 42 76 95 57 - Fax : 01 45 63 12 50
1429

Productions :

Production n°1 : Décret n° 3013-414 du 21 mai 2013

Production n°2 : Récépissé de déclaration de modification des statuts de FORMINDEP

Production n°3 : Statuts en vigueur de FORMINDEP

Production n°4 : Délibération du Bureau de FORMINDEP du 29 juin 2013

Production n°5 : Mandat de représentation devant le Conseil d'Etat donné à Me Bernard FAU

Production n°6 : Timbre fiscal dématérialisé de 35 € N° 1265508245273413