

 COPIE

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX
MEMOIRE EN DEFENSE

Req. 334.397

POUR :

La Haute Autorité de Santé, dont le siège est 2 Avenue du Stade de France 93218 SAINT DENIS LA PLAINE Cedex, agissant poursuites et diligences de son président dans les conditions prévues à l'article L.161-43 du Code de la Sécurité Sociale, ayant pour avocat le Cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre, 1-3 Villa Emile Bergerat - 92522 Neuilly-Sur-Seine Cedex, agissant par Maître Bernard GENESTE et Maître Pierre-Alain DUMAS, Avocats à la Cour ;

ayant pour objet :

La requête en annulation pour excès de pouvoir de la décision du 7 septembre 2009 par laquelle la Haute Autorité de Santé (ci-après "HAS") a refusé de faire droit à la demande de l'Association pour une formation médicale indépendante (ci-après "FORMINDEP"), dont le siège est situé 188 rue Daubenton à Roubaix (59100) tendant au retrait de la recommandation de bonne pratique professionnelle "Diagnostic et prise en charge de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées" adoptée par la Haute Autorité de Santé en mars 2008, ladite Association agissant poursuites et diligences de son président en exercice, à ce dûment habilité par délibération du bureau de l'Association en date du 2 novembre 2009, représentée par Maître Bernard FAU, Avocat à la cour.

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

La Haute Autorité de Santé (Ci-après "HAS"), dont l'une des missions est, en vertu de l'article L.161-37 du Code de la sécurité sociale (Ci-après "CSS"), d'élaborer des recommandations professionnelles, a adopté et publié en mars 2008 la recommandation professionnelle concernant le " diagnostic et prise en charge de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées ".

L'Association pour une formation médicale indépendante (Ci-après "FORMINDEP"), principalement composée de médecins généralistes, a notamment pour objet statuaire, en vertu de l'article 2 de ses statuts, « *de faire respecter et appliquer les règles et les conditions d'indépendance et de transparence nécessaires à l'élaboration et à la diffusion des connaissances en matière de santé* ».

A ce titre, FORMINDEP dénonce le non respect des procédures de gestion des conflits d'intérêts concernant l'élaboration de cette recommandation. L'Association met en doute l'impartialité et la neutralité des experts qui ont participé aux groupes de travail ayant concouru à l'élaboration de la recommandation.

En conséquence, FORMINDEP a saisi, par lettre en date du 16 mars 2009 (pièce adverse n° 17 et requête p. 8) le président de la HAS d'une demande de retrait de la recommandation dont s'agit.

Le président de la HAS a répondu par la négative à cette demande par un courrier en date du 20 mars 2009 (pièce adverse n° 18 et requête p. 10) Sur le fond, le Président a justifié cette décision en exposant de façon circonstanciée l'évolution des procédures de gestion des conflits d'intérêts au sein de l'institution.

L'association FORMINDEP a réitéré sa demande par lettre en date du 6 avril 2009 (pièce adverse n° 19 et requête p. 12).

Le 14 août 2009, FORMINDEP a adressé au président de la HAS une troisième demande de retrait (pièce adverse n° 20 et requête p. 15). Cette demande a été rejetée par lettre en date du 7 septembre 2009 (pièce adverse n° 1)

C'est la décision attaquée.

2. DISCUSSION

2.1. SUR LA RECEVABILITE

La requête de FORMINDEP est entachée d'une irrecevabilité manifeste.

En effet, à un double titre, la décision attaquée ne saurait faire grief.

2.2.1. En premier lieu, la décision attaquée est purement confirmative et, contrairement à ce que tente de soutenir vainement le demandeur, n'opère aucune novation juridique.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'Association requérante a, par lettre en date du 16 mars 2009, « demand[é] à la HAS de retirer (...) deux recommandations » adoptées par elle, dont notamment la recommandation concernant le diagnostic et la prise en charge de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées. Ainsi qu'il a été également indiqué, le Président de la HAS a répondu à cette demande par courrier en date du 20 mars 2009 que le requérant lui-même analyse comme valant rejet de sa demande. En effet, selon l'association requérante, le Président de la HAS a, par la lettre du 20 mars 2009, "refusé de faire droit à cette demande [de retrait]" (voir requête, p. 10).

Par lettre du 6 avril 2009, l'Association a réitéré sa demande en ces termes : « Nous maintenons donc cette demande de retrait » (pièce adverse n° 19 et requête p. 14).

Compte tenu des termes ainsi employés, Vous analyserez la demande du 6 avril 2009 comme valant recours gracieux à l'encontre de la décision initiale de refus en date 20 mars 2009.

Cette seconde demande a été adressée par courrier simple et non en lettre recommandée avec accusé de réception postal. Elle est toutefois parvenue à la défenderesse dès le mardi 7 avril 2009, ainsi qu'en fait foi le registre d'arrivée du courrier tenu à la Présidence de la HAS (pièce n° 1).

En conséquence, le recours gracieux implicitement mais nécessairement contenu dans la demande itérative en date du 6 avril 2009 a été implicitement rejeté le 7 juin 2009 et il appartenait à la requérante de saisir Votre juridiction d'un recours en annulation dirigé contre ladite décision de rejet implicite, ensemble la décision attaquée la décision initiale en date du 20 mars 2009, au plus tard le lundi 10 août 2009.

Or, postérieurement à l'expiration de ce délai, la requérante a, par lettre en date du 14 août 2009, réitéré une troisième fois « formellement ce jour par courrier accusé réception [sa] demande de retrait (...) » (pièce adverse n° 20).

En conséquence, cette troisième demande n'a pu provoquer qu'une décision purement confirmative et la décision attaquée en date du 7 septembre 2009 n'a pu, par elle-même, provoquer aucune novation juridique.

Dès lors, et conformément à la règle selon laquelle si un premier recours administratif - qu'il soit gracieux, comme en l'espèce, ou hiérarchique -, conserve le délai de recours contentieux, dès lors, du moins, qu'il est lui-même formé à l'intérieur du délai de recours contentieux, tel n'est pas le cas si ce premier recours administratif est suivi, comme en l'espèce, d'un second.

Dans ce cas, en effet, la requête formée consécutivement à ce second recours administratif est elle-même irrecevable

En l'espèce, la requête est donc manifestement irrecevable, sans même qu'il y ait lieu de tenir compte de la circonstance que ce second recours administratif a été lui-même formé postérieurement à l'expiration du délai de recours contentieux

La requérante d'ailleurs ne s'y méprend pas qui n'hésite pas à soutenir, au prix d'une dénaturation des pièces du dossier, que, le 14 août 2009, elle n'a fait qu'user "de son droit permanent à demander l'abrogation d'une recommandation illégale de la HAS" en adressant "une demande d'abrogation de la recommandation professionnelle sur le diagnostic et la prise en charge de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées élaborée en mars 2008" (requête, p. 15), analysant dès lors la décision attaquée comme une décision "par laquelle le Président de la Haute Autorité de Santé (HAS) a opposé une décision de refus à la demande d'abrogation d'abroger (sic) la Recommandation Professionnelle " le diagnostic et la prise en charge de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées" de mars 2008" (voir p. 1 de la requête, présentation de l'objet de celle-ci).

Mais Vous ne sauriez Vous laisser abuser par la terminologie ainsi employée.

D'une part, en effet, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, cette présentation des faits est formellement contraire aux pièces du dossier : c'est bien en effet d'une nouvelle et troisième demande de retrait de la recommandation contestée dont a été saisi le Président de la HAS par la correspondance du 14 août 2009 ; à aucun moment, l'Association requérante n'a substitué à sa demande initiale de retrait une quelconque demande d'abrogation.

D'autre part, et en tout état de cause, à supposer même que, comme le soutient à tort la requérante, Vous analysiez la demande du 14 août 2009 comme valant demande d'abrogation de la recommandation en débat et non comme une demande de retrait de celle-ci, Vous devriez alors constater que cette demande était implicitement mais nécessairement contenue dans les demandes antérieures des 16 mars 2009 et 6 avril 2009, dès lors qu'une demande de retrait - pour le passé et pour l'avenir - emporte nécessairement demande d'abrogation - pour l'avenir seulement.

A tous égards, la décision attaquée du 7 septembre 2009 ne saurait produire quelque effet juridique novateur et la requête est entachée d'une première irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance (Conseil d'Etat, 22 juin 1951, Savary, Lebon p. 366).

2.1.1. En second lieu, la recommandation dont le retrait a été demandé est dépourvue de portée impérative, ce qui rend irrecevable la demande de son retrait

Selon Votre jurisprudence relative aux circulaires administratives :

« Considérant que l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; » (Conseil d'Etat, 26 septembre 2005, Duvignères, Lebon p. 463, n° 233618).

Dans le même esprit, Vous avez jugé, s'agissant des recommandations de bonne pratique élaborées sur le fondement de l'article L. 1111-9 du code de la santé publique (ci-après "CSP") que :

« aux termes de l'article L. 1111-9 du code de la santé publique, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'arrêté attaqué : « (...) Les modalités d'accès aux informations concernant la santé d'une personne, et notamment l'accompagnement de cet accès, font l'objet de recommandations de bonnes pratiques établies par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé » ; que si les recommandations de bonnes pratiques ainsi définies, qui visent normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales, n'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la santé, le caractère de décision faisant grief, elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative ; » (Conseil d'Etat, Section, 18 décembre 2002, publié au recueil Lebon, n° 270234).

Ainsi donc, aux termes de cette jurisprudence, le recours en annulation pour excès de pouvoir dirigé contre une recommandation de bonne pratique professionnelle ou, comme en l'espèce, le refus d'abroger ou de retirer une telle recommandation, est recevable pour autant que celle-ci présente un caractère impératif.

Pour soutenir que tel serait le cas en l'espèce, le requérant se prévaut de pas moins de cinq arguments.

Aucun d'eux n'emportera Votre conviction.

- En premier lieu, le requérant estime que le raisonnement que Vous avez tenu dans Votre décision de Section du 18 décembre 2002, précitée, dans le cas des recommandations de bonne pratique adoptées sur le fondement de l'article L. 1111-9 CSP doit nécessairement s'appliquer aux recommandations de bonne pratique élaborées sur le fondement de l'article L. 162-12-15 CSS. En effet, le requérant considère que, du seul fait que les recommandations adoptées sur le fondement de cette disposition législative accompagnent une référence médicale opposable (ci-après "RMO"), elles en deviennent par là-même opposables et donc impératives.

Ce premier argument ne pourra être qu'écarté.

En effet, contrairement à ce qu'affirme l'association requérante, il n'existe aucune RMO en relation avec la maladie d'Alzheimer et les maladies apparentées. Contrairement à ce qui est

soutenu dans la requête, la recommandation professionnelle « *Diagnostic et prise en charge de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées* » n'accompagne donc pas une RMO.

Dans sa rédaction résultant de l'article 41-I de la loi n° 2007-1786 du 16 décembre 2007 relative au financement de la sécurité sociale pour 2008 et modifiant le Code de la sécurité sociale, le cinquième alinéa de l'article L. 161-37 CSS relatif aux missions de la HAS dispose que :

« Dans le cadre de ses missions, la Haute Autorité de santé émet des recommandations et avis médico-économiques sur les stratégies de soins, de prescription ou de prise en charge les plus efficaces. »

La recommandation « *Diagnostic et prise en charge de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées* », dont le promoteur est la HAS, exprime à travers son intitulé l'objectif de celle-ci. Elle trouve sa base légale dans les dispositions précitées de l'article L. 161-37 CSS. C'est une recommandation médico-économique.

C'est donc à tort que le requérant se réfère à l'article L. 162-12-15 CSS.

Dans ces circonstances, Vous ne pourrait qu'écartier cet argument qui est, en tout état de cause, inopérant.

- En deuxième lieu, le requérant justifie l'opposabilité des recommandations de bonne pratique par le fait qu'elles « *conditionne[nt] des avantages : ainsi les professionnels de santé peuvent adhérer à un contrat de bonne pratique ouvrant droit à un complément de rémunération et à la majoration d'une participation, en contrepartie du respect des engagements que le contrat prévoit (article L. 162-12-18 du Code de la Sécurité Sociale). Or, « le contrat comporte nécessairement des engagements relatifs (...) à l'évaluation de la pratique du professionnel des références opposables et des recommandations de bonne pratique prévues à l'article L. 162-12-15 » (article L. 162-12-18 du Code de la Sécurité Sociale, précité). »*

L'article L. 162-12-18 du CSS ici invoqué a été abrogé par l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, de sorte que, à ce jour, aucune disposition législative n'associe les RMO et les recommandations de bonne pratique concernant l'évaluation de la pratique des professionnels de santé.

Toutefois, dès avant cette abrogation, il a été jugé que l'adhésion à un contrat de bonne pratique ne dispense pas le médecin du respect des règles instituées dans l'intérêt des patients comme la liberté de prescription.

Vous avez en effet estimé qu'il résulte

« de l'ensemble de ces dispositions que le législateur, afin notamment de respecter l'objectif fixé par l'article L. 162-2-1 du code de la sécurité sociale, a habilité les parties à la convention nationale des médecins à instituer des obligations individuelles ou collectives portant sur l'activité des médecins conventionnés, notamment en matière de prescriptions médicamenteuses, soit au moyen d'accords de bon usage des soins ou de stipulations de la convention nationale auxquels se soumettent les médecins du fait de leur adhésion à celle-ci,

