FACULTE DE DROIT ET
D'ECONOMIE

Examen d'accès aux Centres de Formation Professionnelle des Avocats

Pré-CAPA session 2011

Sujets proposés par l'Université de La Réunion

Campus Universitaire du Moufia – 15 avenue René Cassin - BP 7151
97715 SAINT-DENIS MESSAG CEDEX 9

1ère EPREUVE THEORIQUE :

NOTE DE SYNTHESE

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE
C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : NOTE DE SYNTHESE

Durée : 5 heures

Ce sujet comporte 37 pages

Document(s) autorisé(s) :
Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003
Matériel(s) autorisé(s) :
Aucun

Sujet : « CONSENTEMENT ET SOINS MEDICAUX »

Document n°1 : Articles 16, 16-1 et 16-3 du Code civil.

Document n°2 : Principales dispositions de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

Document n°3 : La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux, Thierry Verheyde, Conseiller à la cour d'appel de Douai.

Document n°4 : Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur, Caroline Rey-Salmon, Chef de service des urgences médico-judiciaires de l'hôtel-Dieu et de l'hôpital Armand Trousseau (AP-HP).

Document n°5 : Imposer des soins à un malade est une atteinte à une liberté fondamentale, sauf si sa vie est en danger, Jean Penneau.

Document n°6 : Liberté religieuse et consentement aux soins (suite) : encore une loi inutile ?, Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP.

Document n° 7 :
Article L.1111-2 du Code de la Santé publique
Article L1111-4 du Code de la Santé publique.

Document n°8 :
Article 311-20 du Code civi.l

Document n°9 :CE, Ass., 26 octobre 2001.

Document n°10 :
Article L1231-1 du Code de la Santé publique.

Document n°11: Droits des malades - Fin de vie
Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (JO 23 avr. 2005, p. 7089), Anne-Marie Leroyer, Professeur à l'Université Jean Monnet Paris XI.

Document n°12 :
Article L2131-4 du Code de la Santé publique.

Document n°13 :
Article L1232-1 du Code de la Santé publique.

Document n°14 :
Article 371-2 du Code civil
Article L1111-5 du Code de la Santé publique.

Document n°15 :
Article 511-3 du Code Pénal.

Document n°16 : Panorama Droit constitutionnel (extraits)
janvier 2010 - décembre 2010
Valérie Bernaud, Maître de conférences à l'Université d'Avignon et des pays du Vaucluse, LBNC, EA, 3788, et Laurence Gay, Chargée de recherches au CNRS, UMR 6201, ILF-GERJC.

Document n°17 : Hospitalisation psychiatrique sans consentement : branle-bas de combat !
(CE, 24 sept. 2010 - Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC - CEDH, 5e sect.,1 8 nov. 2010, Baudouin c/ France, n° 35935/03), Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP.

Document n°18 : Répertoire de droit civil, Corps humain - décembre 2005 (dernière mise à jour : mars 2011), Jean Penneau.

Document n °19 :
Article L3211-12 du Code de la Santé publique.

Document n°1 :

Article 16 du Code civil
La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.

Article 16-1 du Code civil
Chacun a droit au respect de son corps.
Le corps humain est inviolable.
Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

Article 16-3 du Code civil
Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.
Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

Document n°2 :
Principales dispositions de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge

Article 1er
Diversification des formes de prise en charge d'un malade faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement, et contrôle de ces mesures par le juge des libertés et de la détention (décision n° 2010-71 QCP du 26 novembre 2010 du Conseil constitutionnel).
Substitution d'un régime de soins sans consentement au régime d'hospitalisation accompagné d'un protocole de soins.
Institution d'une période d'observation et de soins initiale de 72 heures au commencement de la prise en charge d'un malade sans son consentement, avec production d'un certificat médical dans les 24 heures suivant son admission.
Dispositions garantissant le respect des droits reconnus aux personnes faisant ou ayant fait l'objet de soins psychiatriques sans consentement.
Recours possible au juge des libertés et de la détention contre les mesures de soins sans consentement, de façon facultative par le malade et de façon obligatoire par le directeur de l'établissement ou le représentant de l'Etat (décision du juge après débat contradictoire, possibilité d'audience via télécommunication audiovisuelle).
Instauration d'un contrôle de plein droit du juge des libertés et de la détention sur la nécessité du maintien des mesures d'hospitalisations complètes sans consentement.

Article 2
Possibilité d'admission en soins psychiatriques sans consentement d'un malade (troubles rendant impossible son consentement), à la demande d'un tiers (famille ou proche) ou en cas de péril imminent.

Mesures applicables à l'issue de la période d'observation de 72 heures.
Informations à transmettre au préfet, à la commission départementale des soins psychiatriques, au procureur et au tiers.
Pas de maintien de l'hospitalisation sans consentement au-delà de quinze jours sans l'intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire.
Obligation de production d'un certificat médical entre le sixième et huitième jour d'admission en soins pour le maintien des soins sans consentement, faute de quoi la levée des soins est acquise.
Evaluation approfondie de l'état mental en cas de soins depuis plus d'un an.

Article 3
Possibilité d'admission en soins psychiatriques sans consentement d'un malade, sur décision du représentant de l'Etat (intervention du préfet au titre de la sûreté des personnes et de la protection de l'ordre public).
Obligation d'information du directeur d'établissement par le psychiatre lorsque le patient a fait l'objet d'une mesure de soins consécutive à une déclaration d'irresponsabilité pénale ou lorsqu'il a déjà séjourné en unité pour malades difficiles (UMD).
Décision du préfet pour la forme de la prise en charge du patient en fonction du certificat médical établi à l'issue de la période d'observation de 72 heures (prise en compte de l'avis du psychiatre et de l'impératif de l'ordre public).
Hospitalisation complète pour les patients déclarés pénalement irresponsables faisant ou ayant fait l'objet de soins psychiatriques ou ayant séjourné en UMD, décidée par le préfet après avis du collège de soignants.
Possibilité d'une procédure d'hospitalisation d'urgence en cas de danger imminent.
Obligation de production d'un certificat médical entre le sixième et huitième jour d'admission pour le maintien des soins sans consentement.
Maintien ou levée de la mesure de soins au-delà d'un mois en fonction de la décision du préfet.
Pouvoir de proposition du psychiatre pour la levée de la mesure des soins, en tant que participant à la prise en charge du patient.
Possibilité pour le préfet de demander une expertise psychiatrique à tout moment.
Possibilité pour le préfet de prendre un arrêté provisoire d'hospitalisation d'office dans le cas d'une atteinte à la sûreté des personnes ou à l'ordre public.
Possibilité pour le préfet de demander une expertise psychiatrique à tout moment.
Possibilité pour le préfet de prendre un arrêté provisoire d'hospitalisation d'office dans le cas d'une atteinte à la sûreté des personnes ou à l'ordre public.
Possibilité pour le préfet de prendre une mesure d'admission en soins sans consentement après avis médical, en cas de risque pour la sûreté des personnes ou d'atteinte à l'ordre public.
Elargissement de la liste des personnes soumises à la procédure de soins sans consentement, incluant les personnes déclarées irresponsables pénalement, les personnes ayant déjà fait l'objet d'une telle mesure, et les personnes hospitalisées ou l'ayant été en unité pour malades difficiles (UMD).

Renforcement de la procédure de soins par la nécessité d'obtention de deux avis psychiatriques concordants et de celui d'un collège de soignants.
Obligation d'information pour le préfet des décisions relatives aux soins sans consentement envers le procureur, le maire, la commission départementale des soins psychiatriques, la famille du patient ou son chargé de protection juridique.

Article 4
Possibilité d'admission en soins psychiatriques sans consentement des personnes détenues (sous forme d'hospitalisation complète).
Dispositions spécifiques pour les détenus mineurs.
Enumération des droits garantis aux personnes détenues hospitalisées et présentation des modalités de retour en détention en cas de mainlevée des soins ordonnée par le juge.

Article 5
Actes susceptibles d'être sanctionnés dans le cadre de soins sans consentement (atteinte au droit au recours du patient) et diverses peines applicables aux directeurs d'établissement et aux médecins.

Article 6
Organisation de la prise en charge psychiatrique (conditions de transport des patients, dispositions relatives aux UMD et à la commission départementale des soins psychiatriques).

Article 7
Mesures de coordination dans le code de la santé publique (mise en place d'une commission des relations avec les usagers et de la qualité de prise en charge).

Article 8
Mesures de coordination dans le code de procédure pénale (remplacement de l'hospitalisation d'office par l'hospitalisation sans consentement, et possibilité pour les juges d'admettre en soins sans consentement les personnes déclarées pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental).

Document n°3 :D.2009, p.1397
La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux
Thierry Verheyde, Conseiller à la cour d'appel de Douai

Mme S... avait été placée sous tutelle et une association avait été désignée en qualité de gérante de tutelle avant le 1er janvier 2009, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Peu avant cette entrée en vigueur, l'association gérante de tutelle avait saisi le juge des tutelles d'une requête aux fins d'autorisation d'une coloscopie devant être pratiquée sous anesthésie générale sur Mme S... Cette requête ne précisait pas de fondement juridique particulier, mais était motivée par le fait que l'urgence n'était pas caractérisée, que l'acte médical était « grave » et que Mme S... était dans l'incapacité de donner un consentement éclairé à cette intervention, ce qui était justifié

par un certificat médical. Or le juge des tutelles décide qu'il n'y a pas lieu à autorisation de sa part. Pour aboutir à cette décision, il raisonne à partir des dispositions nouvelles régissant la protection de la personne des majeurs protégés applicables depuis le 1er janvier 2009 en admettant, implicitement, qu'elles s'appliquent à une mesure décidée antérieurement (I). La question est importante, non seulement d'un point de vue théorique, mais aussi d'un point de vue pratique, les professionnels paraissant très divisés sur l'interprétation à donner des dispositions nouvelles et, partant, sur les procédures à respecter dès lors que des actes médicaux sont envisagés pour des majeurs faisant l'objet de mesures de protection (II). Cette décision donne également l'occasion de réfléchir à l'office du juge en cette matière (III).

I - L'application de la loi nouvelle aux mesures ouvertes avant son entrée en vigueur

La première question qui se posait était, tout simplement, de savoir si les règles nouvelles posées par la loi du 5 mars 2007 s'appliquaient ou non à une mesure de protection ouverte avant son entrée en vigueur. La loi elle-même, dans son article 45 II, prévoit qu'elle s'applique aux mesures de protection ouvertes antérieurement au 1er janvier 2009, tout en imposant qu'elles soient révisées au plus tard le 7 mars 2012 (la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures vient fort heureusement dans son art. 116-IV, 2° d'allonger ce délai au 1er janv. 2014) dans le cadre de l'application du principe nouveau de limitation dans le temps des mesures, principe posé par les articles 441 et 442 du code civil.

Mais cela ne suffit pas à régler tous les problèmes. En effet, dans le cadre de la tutelle en gérance prévue par les anciens articles 499 et 500 du code civil, les pouvoirs du gérant de tutelle étaient plus limités que ceux dévolus au tuteur en cas de tutelle complète avec conseil de famille ou à l'administrateur légal sous contrôle judiciaire. Or la réforme a entendu unifier les droits et obligations de tous les tuteurs, quels qu'ils soient, c'est-à-dire que la tutelle soit confiée à un membre de la famille ou à un proche, ou qu'elle le soit à un professionnel désormais appelé mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

Un autre point important est de savoir si, dans le cadre de la tutelle en gérance, une mission de protection de la personne sous tutelle était reconnue ou non au gérant de tutelle. C'est l'occasion de rappeler que la loi nouvelle du 5 mars 2007 n'a fait que consacrer un principe qui avait été reconnu par la Cour de cassation dès 1989. Dans un arrêt de principe du 13 avril 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation avait, en effet, affirmé que les régimes civils d'incapacité avaient « pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable ». S'agissant plus particulièrement de la tutelle en gérance, elle avait décidé, dans un arrêt du 24 février 1993, qu'une cour d'appel avait énoncé, à bon droit, que « le gérant de tutelle ne peut accomplir, seul, les actes relatifs à la personne du majeur protégé [...] et qu'il lui appartient, à cet effet, conformément à l'article 500, alinéa 2, du code civil, de saisir le juge des tutelles qui pourra soit l'autoriser à faire ces actes et éventuellement sous les conditions qu'il déterminera, soit décider de constituer une tutelle complète ».

Depuis le 1er janvier 2009, et même avant la révision de la mesure à laquelle le juge des tutelles devra procéder, il est donc logique de soutenir que l'association gérante de tutelle continue à être investie de cette mission de protection de la personne, sans qu'il soit besoin d'aucune décision particulière du juge des tutelles sur ce point. Par ailleurs, il convient d'appliquer à cette association les mêmes règles que celles applicables désormais à tous les tuteurs, en vertu du principe posé par la loi d'application immédiate aux mesures en cours. En l'espèce, c'est ce qui a été au moins implicitement reconnu.

II - Les nouvelles règles applicables en matière de protection de la personne pour les actes médicaux

La loi nouvelle a donc consacré le principe qui avait été dégagé par la Cour de cassation dès 1989, à l'article 415 du code civil. L'article 425, alinéa 2, du même code précise que « s'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ses deux missions ».

La déclinaison des effets précis de la mesure quant à la protection de la personne doit être cherchée dans la sous-section du code civil qui lui est spécialement consacrée, à savoir les articles 457-1 à 463. A partir de là, les choses se compliquent notablement... En effet, l'article 459-1, alinéa 1er, précise que « l'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal ».

De fait, depuis une vingtaine d'années, de nombreuses dispositions en matière de santé publique ont été prises concernant les majeurs protégés, à des degrés et selon des modalités très diverses, malheureusement pas toujours cohérentes entre elles. Ces dispositions régissent soit des actes particuliers (art. L. 1121-8 s. sur les recherches biomédicales, L. 1211-2 sur les prélèvements d'éléments du corps humain, L. 1231-2 sur les prélèvements d'organes, L. 1241-2 sur les prélèvements de tissus, de cellules ou de produits du corps humain et L. 1245-2 sur ces mêmes prélèvements à l'occasion d'une intervention chirurgicale, L. 1241-4 et -5 sur les prélèvements de moelle osseuse, ou L. 2123-2 s. sur la stérilisation à visée contraceptive), soit le cas général des soins médicaux (art. R. 4127-42 sur la déontologie des médecins et, surtout, L. 1111-2 s. sur le consentement à un acte médical).

Une première difficulté consiste à déterminer ce qu'il faut entendre par « représentant légal ». Au sens strict, en matière de protection juridique, seul peut être considéré comme représentant légal de la personne protégée son tuteur, la curatelle étant un régime non pas de représentation, mais d'assistance et de contrôle. Or certaines dispositions du code de la santé publique s'appliquent à tous les majeurs protégés, quelle que soit la mesure de protection, d'autres seulement à la tutelle, et certaines ajoutent même des critères supplémentaires (ainsi l'art. L. 2123-2 sur la stérilisation à visée contraceptive s'applique à la personne majeure placée sous tutelle ou sous curatelle en raison de l'altération des facultés mentales si celle-ci constitue un « handicap »). Il est fort vraisemblable que, pour les rédacteurs des textes du

code de la santé publique, le « représentant légal » n'est pas seulement le tuteur, mais la personne chargée de l'éventuelle mesure de protection juridique, quelle qu'elle soit.

Une seconde difficulté tient au sens exact à donner au verbe « déroger » : faut-il en déduire que, dès lors que l'on se trouve dans l'une des situations d'application potentielle du code de la santé publique, seules les dispositions spéciales de ce code s'appliquent ou peut-on admettre qu'il est seulement prohibé d'y contrevenir, mais pas de les compléter ni d'y ajouter ?

En effet, l'une des grandes innovations de la loi du 5 mars 2007 est d'avoir institué comme un régime de droit commun de la protection de la personne, aux articles 457-1 à 459-2 du code civil, régime dont l'articulation fondamentale est la suivante :

- droit à l'information de la personne protégée, information à la charge de la personne chargée de la protection (art. 457-1) ;
- actes à caractère strictement personnels ne pouvant donner lieu à assistance ni à représentation (art. 458) ;
- principe d'autonomie, selon lequel la personne protégée « prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet » (art. 459, al. 1er) ;
- possibilité pour le juge, par exception, et lorsque l'état de la personne protégée « ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée », de décider que la personne protégée « bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection » ; si cette assistance ne suffit pas, le juge peut décider d'une représentation par le tuteur (art. 459, al. 2) ;
- même en cas de représentation par le tuteur, celui-ci ne peut, sauf urgence, « prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée » sans l'autorisation préalable du juge (art. 459, al. 4, devenu désormais al. 3 : cf. art. 116-III, 2° de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 évoquée plus haut).

Lorsque l'acte à caractère personnel envisagé est un acte médical et que la mesure de protection est une tutelle, comme en l'espèce, l'articulation entre ces dispositions et celles du code de la santé publique est loin d'être évidente. L'article L. 1111-4 du code de la santé publique (issu de la loi n° 2002-303, dite loi Kouchner, sur les droits des malades), applicable à tout acte ou traitement médical, dispose dans son alinéa 5 que « le consentement [...] du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision », puis ajoute que, « dans le cas où le refus d'un traitement par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ». Ce texte ne prévoit à aucun moment une quelconque autorisation du juge des tutelles et n'envisage le consentement du tuteur que négativement, c'est-à-dire seulement par rapport aux conséquences éventuelles de son refus de consentir. Pour sa part, l'article R. 4127-42 du code de la santé publique, au titre des obligations déontologiques du médecin, dispose simplement que celui-ci, s'il est appelé à donner des soins à un « majeur protégé » (notion plus large que celle de majeur sous tutelle),

doit « s'efforcer » de prévenir son « représentant légal » et « d'obtenir [son] consentement », ce dont on peut déduire, cette fois positivement, que le consentement du tuteur est bien requis.

Dans la décision ici commentée, le juge des tutelles a combiné les dispositions du code de la santé publique avec celles de l'article 459 du code civil. En effet, il a constaté qu'en l'état aucune décision (qualifiée à juste titre de « spéciale ») du juge des tutelles n'était intervenue pour prévoir l'assistance ou la représentation de la majeure protégée dans les actes touchant à sa personne, sous-entendu sur le fondement de l'article 459, alinéa 2. En tout cas, le juge des tutelles n'a pas écarté d'emblée l'application de l'article 459 au motif que seules les dispositions du code de la santé publique seraient applicables par l'effet de l'article 459-1, alinéa 1er.

Il s'est ensuite demandé si l'on se trouvait ou non dans un cas d'application de l'alinéa 4 du même article, ce qui supposait de déterminer si l'intervention envisagée, à savoir une coloscopie sous anesthésie générale, pouvait avoir pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la majeure protégée, et il a répondu négativement à cette question. En amont de cette appréciation, on peut se demander si cet alinéa 4 pouvait trouver à s'appliquer en dehors de l'application éventuelle de l'alinéa 2. En effet, cet alinéa 4 semble ne concerner que le cas d'un tuteur auquel aurait été reconnu un pouvoir de représentation en application de l'alinéa 2 puisqu'il n'y a que dans une telle hypothèse qu'il pourrait « prendre une décision ». L'alinéa 4 constituerait alors un cas particulier dans lequel la simple représentation ne suffirait pas pour protéger suffisamment le majeur, cette protection passant alors, en outre, par une autorisation judiciaire préalable, compte tenu de la gravité de l'acte, sur un schéma ressemblant à celui existant depuis longtemps en matière patrimoniale, dans lequel le tuteur agit seul pour les actes d'administration et sur autorisation du juge pour les actes de disposition.

En tout état de cause, la loi ne donne guère d'indications au juge pour la détermination précise de ce que sont les actes susceptibles de porter « gravement atteinte à l'intégrité corporelle ». A priori, il s'agit forcément d'actes médicaux. En dehors des cas évidents (une simple piqûre d'un côté ou une amputation de l'autre), le juge paraît assez démuni pour savoir où précisément commence l'atteinte « grave » à l'« intégrité corporelle ». Des indications précieuses auraient pu être données par la liste prévue par l'article 459-1, alinéa 2, du code civil.

Cet article concerne le cas particulier, lorsque la mesure de protection est confiée à un préposé d'établissement de santé ou social ou médico-social, de l'accomplissement des diligences et actes « graves » touchant à la personne dont la liste doit être fixée par décret en Conseil d'Etat, pour lesquels le préposé ne peut pas décider seul, mais doit avoir été spécialement autorisé par le juge. Le problème est que cette liste n'a toujours pas été établie à ce jour, et devrait même purement et simplement disparaître (cf. art. 116-III, 3°de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, évoquée plus haut). Comme dans bien d'autres domaines (par exemple, l'intérêt de l'enfant ou le mineur en danger, ou encore la faute grave), c'est donc la jurisprudence, au

besoin par l'exercice des voies de recours, qui devra progressivement déterminer les contours de ce standard, directement inspiré de l'article 16-3 du code civil.

Enfin, après avoir écarté l'application de l'article 459, alinéa 4, du code civil en affirmant, sans autre motivation (mais le certificat médical du spécialiste devant pratiquer l'examen allait dans ce sens), que l'examen envisagé ne saurait être considéré comme un acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée, le juge des tutelles en a déduit que les dispositions des articles L. 1111-2 et suivants du code de la santé publique prévoyant l'intervention du « seul » représentant légal devaient s'appliquer, c'est-à-dire sans aucune autorisation judiciaire préalable.

La difficulté à combiner toutes ces dispositions ressort d'ailleurs de la contradiction qui apparaît dans la motivation puisque, peu après avoir affirmé que « Mme S... peut prendre seule sans assistance ni représentation la décision », le juge indique que « dès lors les articles L. 1111-2 et suivants du code de la santé publique prévoyant l'intervention du seul représentant légal du majeur sous tutelle doivent s'appliquer en l'espèce ».

Il reste que cette décision doit certainement être approuvée en ce qu'elle s'est essayée à combiner ces différents textes et il paraît raisonnable, et conforme à l'intention du législateur, de renforcer la protection de la personne des majeurs protégés, d'admettre que, dès lors qu'un pouvoir de représentation a été reconnu au tuteur en application de l'article 459, alinéa 2, du code civil et que l'acte est un acte médical susceptible de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle, alors non seulement le tuteur doit y consentir, mais il doit y avoir été autorisé par le juge en application de l'alinéa 4 du même article. L'application de cet alinéa n'est pas nécessairement une dérogation aux dispositions du code de la santé publique visées par l'article 459-1, alinéa 1, elle vient seulement ajouter au consentement nécessaire du tuteur, prévu par le code de la santé publique, une autorisation préalable du juge.

III - L'office du juge des tutelles en matière de protection de la personne

Une autre lecture possible de l'article 459-1, alinéa 1er, du code civil est de considérer que, dès lors qu'il s'agit d'un acte médical, seules les dispositions du code de la santé publique s'appliquent et que, dès lors, aucune autorisation du juge ne serait requise, même sur le fondement de l'article 459, alinéa 4, du même code. C'est, semble-t-il, la position retenue par certains juges des tutelles.

En tout cas, une interprétation qui doit être fermement combattue est celle qui consisterait à solliciter une autorisation du juge pour tout acte médical considéré comme grave par une lecture trop rapide du seul article 459, alinéa 4 du code civil. D'abord, ainsi qu'il a déjà été exposé, cet alinéa doit très certainement être mis en relation avec l'alinéa 2 du même article (et auquel il succède désormais : cf. art. 116-III, 2° de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 évoquée plus haut) et suppose donc que le juge des tutelles ait préalablement décidé qu'un pouvoir de représentation devait être donné au tuteur en la matière, par exception au principe de base posé par l'alinéa 1er selon lequel c'est la personne protégée qui doit décider en pareille matière.

Ensuite, la tentation semble exister pour certains professionnels en charge des mesures de protection et/ou certains soignants de solliciter une autorisation systématique du juge des tutelles dans l'idée d'être ainsi déchargés de leur propre responsabilité éventuelle si l'accomplissement de l'acte en question se révélait finalement préjudiciable au majeur. Or, à supposer même que cette autorisation soit donnée, elle n'exonère nullement, de plein droit, les autres intervenants de leur propre responsabilité, notamment le professionnel soignant s'il a commis une faute médicale ou la personne chargée de la protection si elle a donné elle-même son consentement sans prendre aucune précaution.

Il y a une très grande réticence, parfaitement légitime, de la part des juges des tutelles à devenir des « décideurs » de premier rang dans un domaine qui relève de la sphère éminemment personnelle. Le but de la loi est de protéger le majeur pour les actes dont les conséquences risquent d'être les plus importantes pour lui. Comme en matière de protection des biens, l'intervention du juge ne se justifie que par la « gravité » de l'acte et son office n'est pas de décider lui-même de cet acte, mais de l'autoriser, ce qui n'est pas du tout la même chose.

Si le juge doit donner son autorisation, il doit bien sûr recevoir lui-même, de la part du requérant, qui ne peut être a priori que la personne en charge de la protection, et au besoin avec le concours du professionnel qui est susceptible de pratiquer l'acte en question, toutes les informations nécessaires pour la donner ou la refuser en connaissance de cause. Comme dans tous les autres domaines techniques, il peut, voire il doit, s'appuyer sur les avis de techniciens si nécessaire.

Par ailleurs, le rôle du juge, traditionnel, est de veiller au respect des procédures (l'art. 1220-3 du code de procédure civile lui impose d'ailleurs en principe d'entendre le majeur protégé avant de statuer sur toute requête relative à la protection de la personne et, en application de l'art. 1213 du même code, il peut ordonner que l'examen de cette requête donne lieu à un débat contradictoire) et à celui des conditions de fond prévues par la loi, ici, tout spécialement, en vérifiant, au besoin avec l'aide de techniciens, dans quelle mesure le majeur peut ou non consentir lui-même à l'acte, et, s'il ne le peut pas, en quoi l'acte est nécessaire, quels sont les bénéfices attendus et les risques encourus.

En définitive, et même si la rédaction des dispositions nouvelles concernant la protection de la personne est incontestablement perfectible, il importe que tous les protagonistes susceptibles d'intervenir dans cette protection soient bien au clair avec l'esprit général de celle-ci, qui ne saurait en aucun cas devenir une quelconque « tutelle à la personne » comprise comme un pouvoir exercé sur la personne protégée, ni aboutir à dénaturer l'office du juge des tutelles.

En l'espèce, l'association exerçant la mesure a finalement donné elle-même son autorisation à l'intervention, qui s'est très bien passée...

Document n°4 :D. 2009, p. 2651
Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur
Caroline Rey-Salmon, Chef de service des urgences médico-judiciaires de l'hôtel-Dieu et de l'hôpital Armand Trousseau (AP-HP)

Au cours des deux dernières décennies, tout un corpus de lois, conventions et chartes s'est attaché à reconnaître des droits à l'enfant, qui est aujourd'hui considéré comme une personne à part entière. Pourtant, les âges successifs de la prime enfance à l'adolescence demeurent réunis au plan juridique sous le régime unique de la minorité, faisant du mineur, quel que soit son âge, un « incapable » représenté par le ou les titulaires de l'autorité parentale pour les décisions le concernant. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des patients a profondément modifié les droits applicables aux mineurs en matière de santé. Les adolescents en sont les grands bénéficiaires. En dépit de ces avancées, l'absence d'autonomie des mineurs rend délicat à plus d'un titre l'exercice médical auprès des jeunes patients.

Le secret et la confrontation au principe de l'autorité parentale
L'autorité parentale se définit comme un ensemble de droits et de devoirs que les père et mère exercent dans l'intérêt de leur enfant. En matière de santé, les parents contrôlent la plupart des décisions médicales concernant celui-ci : information et consentement aux soins, recherche biomédicale, prélèvement d'organes... Leur pouvoir n'est cependant pas absolu.
Si le code civil énonce, dès son article 9, que « chacun a droit au respect de sa vie privée », le code de la santé publique stipule que « toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement (...) de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations le concernant ». Exceptés les cas de dérogation expressément prévus par la loi, l'expression « toute personne prise en charge » implique que le secret doit bénéficier au mineur lorsqu'il est lui-même le patient.

Comment concilier ce droit à l'intimité et au secret qui lui est attaché et le plein exercice de l'autorité parentale ? La question a été tranchée en 1993 dans une session du Conseil national de l'ordre des médecins concernant la conduite à tenir face à la découverte d'une séropositivité au VIH chez un adolescent mineur. On peut y lire que « la découverte d'une séropositivité crée la plupart du temps une situation difficile car le médecin ne peut violer le secret qu'il doit à son patient, même mineur, mais qui reste cependant soumis à l'autorité parentale ». Dans cette situation, l'instance ordinale préconise que le médecin mette tout en oeuvre pour convaincre l'adolescent d'informer lui-même sa famille et envisage avec lui les moyens de cette information. Si le jeune patient ne se sentait pas capable d'assumer seul cette charge, il est conseillé au praticien de jouer une fonction de médiation. En cas de refus de l'adolescent, il est demandé au médecin de « savoir respecter son choix et se taire tout en continuant à lui apporter aide et soutien ». Le médecin peut être ainsi conduit à observer le secret vis-à-vis des parents d'un adolescent.

Adolescents et soins anonymes
La loi a prévu des circonstances dans lesquelles l'anonymat du patient est préservé. En effet, il s'est avéré nécessaire de défendre à la fois les intérêts de l'individu et ceux de la société, ces

intérêts pouvant être contradictoires dans certains domaines. Comme les personnes adultes, les mineurs non émancipés bénéficient de ces prérogatives.
Ainsi, une adolescente, quel que soit son âge, a la possibilité de se voir prescrire et délivrer des produits contraceptifs de façon anonyme et gratuite auprès des centres de planification ou d'éducation familiale agréés. En outre, ces centres peuvent assurer le dépistage et le traitement des maladies sexuellement transmissibles. Ils assurent ces services à titre gratuit et de manière anonyme aux mineurs qui en font la demande.
Après des débats parlementaires houleux, la France a opté pour un dépistage systématique du VIH dans des situations librement consenties (don de sang, don d'organe, don de sperme ou de lait maternel) et pour un dépistage volontaire dans toutes les autres situations. Le législateur a mis en place un système de dépistage anonyme et gratuit pour inciter les personnes s'estimant exposées à un risque de contamination à bénéficier d'un test. Il est prévu que les mineurs bénéficient de ce dispositif où il est garanti que « l'identité des intéressés ne pourra en aucun cas être enregistrée ni communiquée à quiconque ».
Le mineur toxicomane peut, à sa demande, être soigné dans le secret.
Enfin, une adolescente peut, au même titre qu'une femme adulte, demander l'anonymat de son admission dans un établissement de santé pour sauvegarder le secret de la naissance de son enfant, cet acte constituant un accouchement « sous X ». Aucune pièce d'identité n'est exigée, ni aucune enquête entreprise. Un dossier médical non nominatif est constitué.

Tous ces exemples ne correspondent pas à des situations où le secret médical est mis en péril. En effet, pour qu'il y ait secret et donc éventuelle révélation, il faut qu'il y ait connaissance. L'anonymat n'offre aucune possibilité de levée du secret puisqu'en définitive il n'y a aucun savoir identitaire.

Le secret et la pratique médicale auprès des adolescents
La question du secret est d'une importance fondamentale dans la pratique médicale auprès des adolescents et conditionne, pour une part, leur accès aux soins. La confidentialité doit être la règle, c'est-à-dire le principe énoncé d'emblée par le médecin à l'adolescent et à ses parents. Afin de donner tout son sens à ce droit à l'intimité, il est indispensable que le médecin rencontre l'adolescent en tête à tête dès le début de la consultation.
Mais cette règle édictée ne suffit pas. En effet, s'agissant des adolescents, il est assez exceptionnel que ceux-ci fassent connaître des actes ou des faits à propos desquels ils demandent le secret. Aussi, si le médecin reste en position d'attente d'une révélation spontanée, il a toute chance d'ignorer les souffrances que ces jeunes peuvent connaître, dans la solitude de leur(s) secret(s), sans rencontrer un interlocuteur capable de les aider à sortir du silence. Comme l'écrivait mon maître, le professeur Victor Courtecuisse, chef du premier service français de médecine pour adolescents : « c'est l'ineffable concernant certaines causes de souffrance, qui les transforme en secrets, davantage du fait d'une véritable impossibilité de dire, que par désir de cacher ».

Aussi, un des rôles du médecin d'adolescents est d'ouvrir la porte à d'éventuels secrets. Il peut le faire en orientant une partie de l'entretien sur les secteurs les plus sensibles de l'adolescence : les apparences physiques, le vécu pubertaire, les expériences amoureuses, les éventuelles

consommations de produits, les violences... Cette phase de la consultation permettra au jeune consultant de vaincre une partie de ses peurs et de ses inhibitions et de sentir qu'il a en face de lui quelqu'un avec qui il peut parler de tout et pas seulement des vaccins, des études et de l'acné.

Les parents restent des partenaires indispensables à la fois pour l'adolescent et le médecin. Ils méritent d'être reçus dans le deuxième temps de la consultation, en présence de leur enfant. Leur récit, leur analyse sont souvent différents de ceux que l'adolescent a pu faire. Ces différences sont elles-mêmes riches d'information et ont souvent une bonne valeur d'orientation dans l'approche des difficultés relationnelles.

Mais avant de rencontrer les parents, il est utile de faire préciser à l'adolescent les points sur lesquels il souhaite maintenir la plus grande discrétion. En pratique, ces points concernent surtout l'activité sexuelle, la contraception et la consommation de tabac et de haschich. L'entretien avec les parents en présence de l'adolescent permettra à celui-ci de vérifier que le médecin agit avec loyauté envers lui et l'engagera à ouvrir d'autres espaces de son intimité lors des prochaines consultations.

Les parents peuvent être frustrés de ne pas avoir pu s'entretenir seuls avec le médecin. Il arrive qu'ils cherchent à lui parler avant la consultation ou qu'ils lui téléphonent après pour savoir ce qu'a pu leur dire l'adolescent. Dans ces situations assez courantes en pratique clinique, le praticien pourra souvent utilement les rassurer sans trahir le contenu des échanges avec le jeune consultant.

Le secret opposé au mineur

Le code de déontologie médicale nous enseigne qu'il n'y a pas de secret opposable au patient. S'agissant des mineurs, et même si leurs droits sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale, il est précisé qu'ils ont le « droit d'être informés sur leur état de santé, de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée à leur degré de maturité ». Ce même article stipule que « dans l'intérêt du malade, et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination ».

Chez l'enfant gravement malade, il peut arriver que certaines vérités sur sa pathologie lui soient délibérément cachées, dans un souci essentiel de protection. Mais nous savons que l'enfer est pavé de bonnes intentions, et le dévoilement, s'il est insuffisamment préparé, peut avoir des effets dévastateurs. Le risque est alors grand de voir s'effondrer la confiance patiemment instaurée entre un jeune et son entourage qui avait imaginé possible d'entretenir chez lui une illusion mensongère pour diminuer ses peurs et ses souffrances.

Dans le très beau livre d'Eric Emmanuel Schmitt, Oscar et la dame en rose, Oscar a dix ans et une leucémie. Il exprime avec ses mots d'enfants qu'il a deviné que sa maladie est fatale : « Depuis ma greffe osseuse, je sens bien que je ne fais plus plaisir. Quand le docteur Düsseldorf m'examine le matin, le coeur n'y est plus, je le déçois. Il me regarde sans rien dire comme si

j'avais fait une erreur... J'ai compris que je suis devenu un mauvais malade qui empêche de croire que la médecine est formidable ». Oscar sait qu'il va mourir et en a la confirmation en surprenant une conversation entre ses parents et le docteur Düsseldorf. Il en veut terriblement à ses parents qu'il traite de « lâches » et aux soignants qui lui mentent en faisant « comme si... ». Au contraire de toute l'équipe médicale, Mme Rose, une bénévole qui rend visite aux enfants hospitalisés, n'essaie pas de cacher à Oscar qu'il n'a que peu de temps à vivre. L'enfant osera donc parler avec elle de sa mort.

Comment concilier le devoir d'information et la protection de nos jeunes patients ? Il est certainement du devoir du médecin, dans ces situations particulièrement douloureuses, de prendre le temps d'expliquer aux parents que le secret qu'ils défendent au nom de l'exercice des droits de l'autorité parentale est non seulement souvent un secret de Polichinelle mais aussi une bombe à retardement dans la relation avec leur enfant.

Faut-il informer le jeune et comment le faire ? S'il paraîtrait absurde d'adopter la position de toujours impérativement tout dire, quelle que soit la situation, il serait tout autant absurde de s'en tenir à des mensonges systématiques, visant à embellir en permanence la réalité. L'information doit se dérouler avec tact et pudeur, en accord avec le degré de maturité de l'enfant, et surtout avec ce sens de l'occasion propice où la révélation est possible. Une juste mesure est à inventer pour chaque histoire, pour chaque situation et pour chaque enfant avec ses parents, en respectant leur culture et leur système de croyances.

Les soins confidentiels

En août 1999, Mme Dominique Gillot, alors secrétaire d'Etat à la santé et à l'action sociale, demandait au Conseil national du SIDA de se pencher sur la question des soins confidentiels aux mineurs. Cette demande était motivée par l'interrogation des professionnels des centres de dépistage anonyme et gratuit du VIH (CDAG) quant à l'attitude à adopter face à des mineurs séropositifs. Le rapport du Conseil national du SIDA du 6 mars 2000a largement inspiré les mesures législatives adoptées pour permettre une prise en charge confidentielle des mineurs en situation de détresse. Ainsi, après la loi relative à la contraception d'urgence adoptée en décembre 2000, le législateur a décidé en juillet 2001 de ne plus soumettre au consentement préalable des titulaires de l'autorité parentale la prescription des produits contraceptifs aux mineurs et a introduit un régime dérogatoire au consentement exprès de l'un des titulaires de l'autorité parentale en matière d'interruption volontaire de grossesse. La loi du 4 mars 2002 a donné une portée générale au droit du mineur à des soins confidentiels, ce droit étant ouvert sans référence à l'âge civil.

Les mineurs qui réclament ces soins confidentiels peuvent souffrir de mauvaises relations avec leurs parents. La revendication de la confidentialité peut alors traduire des conflits, notamment sur des convictions morales ou religieuses ; elle peut aussi renvoyer à la peur de la réprobation par rapport à certaines conduites, particulièrement en matière de sexualité ou de consommations de produits. Mais, pour un certain nombre d'adolescents, cette revendication renvoie à un réel désir d'intimité.

En pratique, les problèmes de santé pour lesquels le jeune réclame le secret sont le traitement d'une maladie sexuellement transmissible, l'interruption volontaire de grossesse et les besoins de soins consécutifs à des pratiques addictives, dont la consommation d'alcool.
Deux conditions doivent être réunies pour que le médecin puisse se dispenser du consentement des parents : une opposition expresse du mineur à leur consultation et des circonstances dans lesquelles l'abstention de soins serait préjudiciable à la santé du mineur. Evidemment, il n'est pas souhaitable qu'un mineur puisse être traité à l'insu de ses parents pour n'importe quelle pathologie. Il serait inadmissible qu'un médecin accepte de soigner un adolescent atteint d'un diabète, sans le soutien et l'aide de ses parents. C'est la raison pour laquelle il est prévu que le médecin puisse se récuser, hors les cas d'urgence. Dans tous les cas, il lui est demandé de s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à la consultation des titulaires de l'autorité parentale.
Ce droit à des soins confidentiels n'est pas une prérogative supplémentaire dans l'arsenal des soins anonymes puisque, dans le cadre de soins confidentiels, un dossier médical est établi au nom du mineur selon les règles communes.
Le mineur doit « se faire accompagner d'une personne majeure de son choix », mais le texte législatif est muet sur la ou les qualités que doit posséder cette personne.

Un des problèmes qui se pose est de savoir comment concilier les soins confidentiels dispensés à un mineur avec l'exercice de l'autorité parentale. Les parents, qui ont une fonction de garde et de surveillance du mineur, pourraient légitimement être conduits à s'inquiéter, voire à alerter les services de police ou de gendarmerie au cas où la mise en oeuvre de l'intervention médicale nécessiterait une hospitalisation prolongée de leur adolescent. C'est le cas par exemple d'une interruption volontaire de grossesse pratiquée en ambulatoire qui se complique d'un syndrome hémorragique obligeant à convertir l'hospitalisation de jour en hospitalisation conventionnelle. C'est, à notre avis, dans ce type de situation délicate que devrait prendre tout son sens le rôle du majeur accompagnant, pour servir d'appui à l'équipe médicale et tenter de convaincre le mineur d'avertir ses parents.
Le second problème est celui de la prise en charge financière des soins confidentiels aux mineurs. En dehors de l'interruption volontaire de grossesse qui fait l'objet d'une prise en charge par l'Etat de bas de page, il n'y a pas de dispositif spécifique prévu. Dans la mesure où les mineurs sont souvent dépendants de leurs parents en matière de sécurité sociale, le remboursement des actes par la caisse d'assurance maladie est susceptible de rompre la confidentialité. Ces actes doivent donc être considérés comme gratuits, ce qui n'est pas sans poser d'autres difficultés.
(...)

Document n°5 :D. 2004, p. 602
Imposer des soins à un malade est une atteinte à une liberté fondamentale, sauf si sa vie est en danger, Jean Penneau

Sous l'empire des textes antérieurs à la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, le Conseil d'Etat, tout en posant fermement que l'on ne peut pas faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade, avait décidé, dans

l'espèce qui lui était soumise, que compte tenu de la situation extrême dans laquelle se trouvait le patient, les médecins avaient pu choisir, dans le seul but de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, et que, dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'avaient pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'administration (CE 26 oct. 2001, V. l'arrêt cassé, CAA Paris 9 juin 1998).

La présente ordonnance de référé a été rendue au visa des dispositions de l'art. L. 1111-4 c. santé publ. dans la rédaction que lui a donnée la loi du 4 mars 2002 (CE 16 août 2002, RTD civ. 2002, p. 781, obs. J. Hauser). Aux termes des trois premiers alinéas de cet article : « 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 oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte 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.

Ce texte indique clairement que le médecin, certes, doit tout mettre en oeuvre pour convaincre le patient d'accepter un traitement indispensable (l'art. 36, al. 2, c. déont. médicale - décr. n° 95-1000 du 6 sept. 1995 - précise que le médecin doit informer le patient des conséquences de son refus), mais il indique également de la manière la plus claire possible qu'aucun acte ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du patient, ce consentement pouvant être retiré à tout moment (le code de déontologie médicale précise, dans le texte précité, que le médecin doit respecter le refus du patient dûment informé des conséquences de ce refus, comme il a été dit).

Dès lors, on ne peut qu'être surpris par l'ordonnance rendue par le Conseil d'Etat qui approuve le juge des référés du tribunal administratif de Lyon d'avoir décidé que l'injonction qu'il adressait au centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne, de s'abstenir de procéder à des transfusions sanguines sur la personne de la requérante, cesserait de s'appliquer si l'intéressée (qui, Témoin de Jéhovah, refusait absolument ce traitement) venait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu le pronostic vital. Certes, le Conseil d'Etat ajoutait la réserve qu'il appartenait, au préalable, aux médecins de centre hospitalier de mettre tout en oeuvre pour convaincre la patiente d'accepter les soins indispensables - mais cette diligence est expressément exigée par la loi en cas de refus d'un acte médical par le patient - et de s'assurer que le recours à une transfusion soit un acte indispensable à la survie de l'intéressée et proportionné à son état - ce qui est le moins que l'on puisse faire lorsque - contrairement aux prévisions de la loi - on passe outre le refus d'un traitement clairement exprimé par un patient dûment informé des conséquences de son refus et capable de ses actes !

On ne peut, dans un même souffle subordonner la licéité de l'atteinte à l'intégrité du corps humain résultant de l'acte médical au consentement libre et éclairé du patient, et autoriser le

médecin à pratiquer cet acte à l'encontre du refus exprimé par le patient capable, dûment informé des conséquences de ce refus.

On ne peut que comprendre (et l'auteur de ces lignes a vécu professionnellement ces expériences) le désir du médecin - dont l'action a pour finalité première de préserver la vie et l'intégrité physique des personnes qui se confient à lui ou dont il a la charge - de sauver son patient malgré lui en ne respectant pas ce qu'il juge comme une décision dénuée de sens ; sans doute est-ce ce qui explique la résistance de la jurisprudence à l'application de la loi (V. égal., TA Lille, ord. réf., 25 août 2002 ; RTD civ. 2002, p. 781, obs. J. Hauser). Mais il reste impossible de justifier ce qui pourrait permettre à un tiers de s'ériger en censeur de la décision prise par le patient capable et parfaitement informé de tous les risques et conséquences de sa décision, quel que soit le fondement - philosophique, religieux... - de celle-ci. Il y a là, au plan de la liberté individuelle une immixtion intolérable et sans fondement ni justification. Une telle immixtion ne pourrait être admise que si, au plan de la sécurité sanitaire des autres personnes le refus de soins constituait un risque pour les tiers.

Mais il faut remarquer, par ailleurs, que le médecin qui respecte le refus de soins de son patient ne commet pas de faute (Cass. crim. 3 janv. 1973 ; CE 6 mars 1981), à condition de ne pas commettre de négligence à l'occasion du respect du refus du patient (CE 29 juill. 1994).

Document n°6 :RTDCiv. 2003, p. 781
Liberté religieuse et consentement aux soins (suite) : encore une loi inutile ?
(TA Lille, 25 août 2002; CE 16 août 2002)
Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

Comme nous l'avions supposé très récemment, l'intervention du long article L. 1111-4 du code de la santé publique, tel qu'il résulte de la loi du 4 mars 2002, risque d'être sans utilité si l'on s'en tient à la décision du Conseil d'Etat ci dessus mentionnée. Dans le cas classique d'une malade, témoin de Jéhovah, refusant une transfusion sanguine (V. par exemple, CE, 26 oct. 2001), la Haute juridiction administrative nous livre une lecture subliminale du nouvel article. Celui-ci affirme d'abord que toute personne prend les décisions concernant sa santé (al. 1), puis que le médecin doit respecter cette volonté (al. 2) et que, si elle refuse un traitement qui met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre (al. 3). Comme, fort sagement, le législateur a pensé que cela ne suffisait pas, l'alinéa 4 est d'une clarté aveuglante : « 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 » puis l'article 36 alinéa 2 du code du déontologie médicale n'est pas moins clair. Pour une personne majeure, consciente et non protégée la loi s'arrête là. Or, étrangement, la juridiction y voit une suite non prévue qui détruit à peu près le début : si la tentative de conviction a échoué et si la malade se trouve dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital... le médecin pourra passer outre et n'engagera pas sa responsabilité et le juge du fond, statuant en référé, pourra introduire une telle condition à son injonction de ne pas procéder à une transfusion sanguine. Le Tribunal de Lille accepte quant à lui de délivrer une telle injonction mais pose également comme condition qu'il n'y a pas de danger immédiat pour la vie de la

patiente. On comprend bien que le serment d'Hippocrate impose de soigner mais était-il nécessaire de nous gratifier de ce déluge de bonnes intentions (et de papier !) sous le beau titre « Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté » après le symbolique article 16-3 du code civil, sans compter quelques normes internationales supplémentaires, pour finalement en revenir à la décision médicale avec la bénédiction des plus hautes juridictions ayant décidé d'ignorer la loi ou de la lire à leur manière ? Le docteur a dit, le docteur a fait... (J. Romain, Knock).

Document n° 7 :

Article L.1111-2 du Code de la Santé publique

Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5.

Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.

Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.

En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.

L'établissement de santé recueille auprès du patient hospitalisé les coordonnées des professionnels de santé auprès desquels il souhaite que soient recueillies les informations nécessaires à sa prise en charge durant son séjour et que soient transmises celles utiles à la continuité des soins après sa sortie.

Article L1111-4 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 tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci 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.
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.
Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.
Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical.
Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.
L'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants qui reçoivent cet enseignement doivent être au préalable informés de la nécessité de respecter les droits des malades énoncés au présent titre.
Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions.

Document n°8 :

Article 311-20 du Code civil

Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la

femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre cette assistance.

Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.
En outre, sa paternité est judiciairement déclarée.L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331.

Document n°9 :

CE, Ass., 26 octobre 2001

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 10 août et 10 décembre 1998 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Catherine X..., ; Mme X..., agissant tant en son nom personnel qu'au nom de ses enfants mineurs Audrey et Dayn, demande au Conseil d'Etat d'annuler l'arrêt du 9 juin 1998 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté sa requête tendant 1) à l'annulation du jugement du 5 avril 1995 du tribunal administratif de Paris en tant qu'il a rejeté leurs conclusions tendant à ce que l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris soit condamnée à leur verser une somme de 100 000 F en réparation du préjudice causé par la décision de pratiquer des transfusions sanguines sur son mari, M. Sunil X..., malgré la volonté contraire exprimée par celui-ci, 2) à la condamnation de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris à lui verser ladite somme, ainsi que la somme de 10 000 F au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
Vu le code civil ;
Vu le code de la santé publique ;
Vu le décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale ;
Vu le code de justice administrative ;
Après avoir entendu en séance publique :
- le rapport de Mme Le Bihan-Graf, Maître des Requêtes ;
- les observations de Me Blondel, avocat de Mme X... et de Me Foussard, avocat de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris,
- les conclusions de M. Chauvaux, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'il ressort des constatations de fait opérées par l'arrêt attaqué et dont l'exactitude matérielle n'est pas contestée que M. Sunil X..., alors âgé de 44 ans, a été hospitalisé le 2 janvier 1991 au centre chirurgical de l'ouest parisien à La Garenne-Colombes en raison d'une insuffisance rénale aiguë, puis a été transféré le 22 janvier 1991 à l'hôpital Tenon à Paris à la suite de l'aggravation de son état ; que, dans une lettre écrite le 12 janvier 1991 alors qu'il était hospitalisé à La Garenne-Colombes, et ultérieurement communiquée avec son dossier médical aux médecins de l'hôpital Tenon à Paris, M. X... avait déclaré qu'il refusait, en tant que témoin de Jéhovah, que lui soient administrés des produits sanguins, même dans l'hypothèse où ce traitement constituerait le seul moyen de sauver sa vie ; qu'il a réitéré son refus le 23 janvier 1991 devant un médecin de l'hôpital Tenon, en présence de son

épouse et d'une infirmière, et qu'il l'a maintenu par la suite, alors qu'il était informé du fait que cette attitude compromettait ses chances de survie ; que, toutefois, durant la période du 28 janvier au 6 février 1991, date du décès de l'intéressé, des transfusions sanguines ont été pratiquées à la suite de l'apparition d'une grave anémie ;

Considérant que pour confirmer le rejet par le tribunal administratif de la demande de Mme X... tendant à ce que l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris soit condamnée à raison du préjudice qui serait résulté pour son mari de la méconnaissance de la volonté qu'il avait exprimée, la cour administrative d'appel de Paris s'est fondée sur ce que : " ... l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer (...) trouve (...) sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu ; que par suite, ne saurait être qualifié de fautif le comportement de médecins qui, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu et en l'absence d'alternative thérapeutique, pratiquent les actes indispensables à la survie du patient et proportionnés à son état, fût-ce en pleine connaissance de la volonté préalablement exprimée par celui-ci de les refuser pour quelque motif que ce soit" ; qu'elle a ainsi entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade ; que, ce faisant, elle a commis une erreur de droit justifiant l'annulation de son arrêt ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat, s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, peut "régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie" ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond ;

Considérant que, compte tenu de la situation extrême dans laquelle M. X... se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que, dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport de l'expert désigné par ordonnance du président de la cour administrative d'appel de Paris, qu'en raison de la gravité de l'anémie dont souffrait M. X..., le recours aux transfusions sanguines s'est imposé comme le seul traitement susceptible de sauvegarder la vie du malade ; qu'ainsi, le service hospitalier n'a pas commis de faute en ne mettant pas en oeuvre des traitements autres que des transfusions sanguines ;

Considérant que M. X... ayant été en mesure d'exprimer sa volonté, Mme X... n'est pas fondée à soutenir que les médecins de celui-ci auraient commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris en s'abstenant de la consulter personnellement ;

Considérant que les transfusions sanguines administrées à M. X... ne sauraient constituer un traitement inhumain ou dégradant, ni une privation du droit à la liberté au sens des dispositions des articles 3 et 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Mme X... n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant à la mise en jeu de la responsabilité de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris ;

Sur les conclusions tendant au versement des frais exposés et non compris dans les dépens :

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de condamner Mme X... à payer à l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris la somme qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamnée à payer à Mme X... la somme qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;
Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en date du 9 juin 1998 est annulé.
Article 2 : La requête de Mme X... contre le jugement du tribunal administratif de Paris est rejetée, ensemble le surplus des conclusions de sa requête devant le Conseil d'Etat.
Article 3 : Les conclusions de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.
Article 4 : La présente décision sera notifiée à Mme Catherine X..., à l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris et au ministre de l'emploi et de la solidarité.

Document n°10 :
Article L1231-1 du Code de la Santé publique
Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur.
Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou soeurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur.
En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes. Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une

situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur. En cas de mise en œuvre d'un don croisé, les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs. L'anonymat entre donneur et receveur est respecté.
Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment.
L'autorisation de prélèvement sur une personne mentionnée au deuxième alinéa est délivrée, postérieurement à l'expression du consentement, par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3.
Les prélèvements sur les personnes mentionnées au premier alinéa peuvent également, sauf en cas d'urgence vitale, être soumis à l'autorisation de ce comité lorsque le magistrat chargé de recueillir le consentement l'estime nécessaire.
L'Agence de la biomédecine est informée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement d'organes à fins thérapeutiques sur une personne vivante.
Le Gouvernement remet au Parlement tous les quatre ans un rapport sur l'application du présent article, et notamment les dérogations autorisées au titre de son deuxième alinéa.

Document n°11 :
Droits des malades - Fin de vie
Extraits de la Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (JO 23 avr. 2005, p. 7089), Anne-Marie Leroyer, Professeur à l'Université Jean Monnet Paris XI

La loi n° 2005-370 du 25 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie, doit être remarquée comme l'une des rares qui ait pu être adoptée rapidement (en moins de cinq mois) et dans un assez large consensus politique (en une seule lecture et peu d'amendements). Le texte est issu de la proposition de loi n° 1882 du 26 novembre 2004, qui fait siennes les conclusions de la mission d'information parlementaire sur l'accompagnement de fin de vie (rapp. AN, n° 1708, fait au nom de la Mission d'information sur l'accompagnement de fin de vie, par J. Léonetti), mission créée le 15 octobre 2003 par le président de l'Assemblée nationale, à la suite d'événements ayant confronté brutalement notre société avec la mort.

Pléthore de propositions de lois relatives à la fin de vie avaient alors été déposées devant le Parlement (V. not. proposition de loi AN, n° 1766 du 21 juill. 2004, relative aux droits des malades et à la fin de vie, de J. Léonetti ; proposition de loi AN, n° 1395, du 4 févr. 2004, relative à l'aide à la délivrance volontaire en fin de vie, de H. Martinez ; proposition de loi AN, n° 788, du 10 avr. 2003, relative au droit de finir sa vie dans la liberté, de J.-P. Dupré ;

proposition de loi AN, n° 1446 du 24 févr. 2004, instituant le droit de mourir dans la dignité et garantissant aux médecins le droit de conscience, de Y. Cochet ; proposition de loi Sénat, n° 89 du 1er déc. 2004, relative à l'autonomie de la personne, au testament de vie, à l'assistance médicalisée au suicide et à l'euthanasie volontaire, de F. Autain ; proposition de loi Sénat, n° 26 du 14 oct. 2004, relative au droit de bénéficier d'une euthanasie, de M. Dreyfus-Schmidt) et si celle du 26 novembre 2004 a finalement permis l'adoption de la loi du 25 avril, c'est sans aucun doute en raison de sa grande modération. Le texte dans l'ensemble « n'innove en rien » et ne mériterait d'être salué que pour sa « vocation pédagogique ». Il est ainsi assez symptomatique que la loi se singularise à nouveau par sa propension à n'être que répétition.

En effet, il n'a pas été choisi de dépénaliser l'euthanasie, à l'instar des droits belge (L. du 28 mai 2002) ou néerlandais (L. du 12 avr. 2001), non plus de créer une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale ou encore de consacrer une exception d'euthanasie, ainsi que l'avait préconisé le Comité consultatif national d'éthique dans son avis n° 63 du 27 janvier 2000. Le législateur n'a pas reconnu de droit à l'autodétermination, de « droit de mourir dans la dignité », habituellement entendu comme la liberté de choisir les conditions et le moment de sa mort.

L'esprit de la loi reste dans le droit-fil des réformes antérieures : condamner l'obstination déraisonnable, permettre la prise en compte de la volonté du malade de refuser des soins, notamment par le biais de directives anticipées lorsqu'il est hors d'état de s'exprimer, renforcer le caractère transparent et collégial de la décision médicale, affirmer de nouveau le droit à l'accès aux soins palliatifs, même si ces soins ont pour effet secondaire d'abréger la vie. Il faut d'emblée saluer la poursuite de l'effort législatif sur l'accès aux soins palliatifs, qui est sans doute l'apport le plus important de la loi. Le reste est tissé de reprises, de redites et de petites retouches, faites de façon prudente et avisée, et destinées à assurer tant le respect de la volonté des malades en fin de vie que la protection des médecins contre les poursuites pénales et disciplinaires. Cependant, le texte pourrait bien remplir davantage le second objectif que le premier.

* Les droits des malades devraient être particulièrement garantis par une loi affichant cette finalité dans son intitulé et dont les dispositions sont codifiées dans un chapitre du code de la santé publique relatif aux droits des personnes. Pourtant le texte comporte un certain nombre d'ambiguïtés, conduisant à s'interroger sur la réalité de la protection ainsi mise en place.

Certaines dispositions sont surtout symboliques. Elles ne sont pas nouvelles, mais simplement réécrites dans la partie législative du code de la santé publique, avec parfois de nouveaux atours les faisant passer pour plus brillantes. Elles n'en deviennent pas moins plus équivoques.

C'est le cas de l'article 1er qui interdit l'obstination déraisonnable : les actes de prévention, d'investigation ou de soins « ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable ». La règle figurait déjà à l'article 37 du code de déontologie médicale qui contraint le médecin à « éviter toute obstination déraisonnable dans les investigations et la thérapeutique » (art. R. 4127-37 c. santé publ.). Il a été décidé de faire passer cette notion de la partie

réglementaire à la partie législative du code de la santé publique, afin de lui conférer « la force symbolique qui s'attache par nature à la loi » (J. Léonetti, rapp. AN, n° 1929, du 18 nov. 2004, p. 17) et d'harmoniser les dispositions figurant dans ces deux corpus (B. Beignier, rapp. AN, n° 1708, p. 235). Ce faisant, en réponse aux attentes des médecins jugeant la notion trop imprécise (rapp. AN, n° 1708, p. 240 et s.) et donc de mise en oeuvre particulièrement difficile, une définition a été énoncée. L'obstination est déraisonnable lorsque les actes de prévention, d'investigation ou de soins « apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie ». Dans ces cas, ces actes « peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris » (art. 1er de la loi). La loi reprend ici les critères du déraisonnable déjà retenus par le Conseil de l'ordre des médecins et le Comité consultatif national d'éthique (P. Verspieren, L'obstination thérapeutique déraisonnable, Soins gérontologiques, 2000, n° 25, p. 4 et s. ; rapp. AN, n° 1708, p. 240). Cependant, les précisions apportées, renvoyant d'une notion indéterminée (le déraisonnable) à d'autres (l'inutile, ou la disproportion), sont trompeuses, car il n'est pas plus facile de savoir si un acte médical est inutile plutôt que déraisonnable. On voit bien ici les limites de l'intervention législative dans un domaine relevant de l'éthique médicale. Par ailleurs, la définition proposée introduit une ambiguïté sur les devoirs du médecin. L'article 1er dispose que le médecin ne « doit pas » poursuivre des actes par une obstination déraisonnable, puis indique que ces actes « peuvent » être suspendus ou ne pas être entrepris. Le législateur a voulu ainsi laisser une marge de manoeuvre au médecin (JOAN 27 nov. 2004, p. 10178), mais s'il faut comprendre qu'un traitement inutile ou disproportionné peut être maintenu sans que soit caractérisée l'obstination déraisonnable, la disposition est totalement vidée de son contenu et risque de porter atteinte au droit des malades.

Autre disposition, d'autant plus symbolique qu'elle est répétée à quatre reprises dans la loi, faisant ainsi figure de canon législatif, l'obligation pour le médecin de sauvegarder la dignité du « mourant ». Dès lors qu'il est décidé de suspendre ou d'interrompre les traitements, « le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie - ou de sa fin de vie - en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 » (art. 1, 4, 6 et 9 de la loi). Là encore, une telle règle n'est pas nouvelle. Elle peut apparaître comme une déclinaison de l'article 38 du code de déontologie médicale qui concerne la dignité du malade et selon lequel : « Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriées la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage ». La règle peut aussi être perçue comme une application plus particulière du droit au respect de la dignité énoncé à l'article 16 du code civil. La formulation appelle cependant deux observations.

La première concerne le terme de « mourant ». Même si ce terme est couplé avec « la qualité de vie », on ne peut que regretter qu'il le soit aussi avec l'accès aux soins palliatifs. La formulation est à l'opposé de la philosophie de l'accès aux soins palliatifs préconisée par les médecins, estimant que ces soins doivent s'inscrire dans la vie et non dans l'attente insupportable de la mort. La formule est ensuite discutable pour les malades qui ne sont pas en fin de vie et qui décident d'arrêter les traitements. Même si leur état de santé risque alors de se dégrader rapidement, ils ne sont pas nécessairement mourants. Or, il est bien évident qu'ils

doivent tout de même pouvoir bénéficier des soins palliatifs tels que définis à l'article L. 1110-10 du code de la santé publique, comme des soins visant « à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage ». Il eût fallu écrire : « le médecin assure la qualité de la vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 et sauvegarde la dignité du malade », ce qui est d'ailleurs l'ordre du code de déontologie médicale.

La seconde observation porte sur le concept de dignité. Il a été utilisé tout simplement pour indiquer que les soins palliatifs ont pour objectif de rendre plus digne, c'est-à-dire plus humaine, la fin de vie (JOAN 27 nov. 2004, p. 10178) et non pour précipiter la mort, même s'ils peuvent avoir, de manière secondaire, un tel effet (art. 2 de la loi). La dignité est ici envisagée en un sens ontologique, qui « est la qualité d'humanité inscrite en tout être humain quel que soit son état, quelle que soit sa déchéance, quelle que soit l'image qu'il se fait de lui-même, quelle que soit même son envie d'en finir avec la vie » (J. Ricot, Philosophie et fin de vie, éditions ENSP, 2003, p. 21-28 ; rapp. AN, n° 1708, p. 93). On sait pourtant que le concept est controversé : il pourrait être compris autrement, en un sens subjectif et individuel, chacun définissant librement, au seuil de la mort, quelle souffrance il peut ou non supporter, la dignité étant alors d'abréger la vie. Derrière l'expression de « dignité du mourant » se profile donc toujours la question du droit de mourir dans la dignité, que le législateur n'a pourtant pas voulu reconnaître. A cet égard, il ne faudrait pas oublier que c'est en ce sens que le concept est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme pour laquelle il y a ingérence dans la vie privée, lorsque la loi empêche une personne d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constitue une fin de vie indigne et pénible (Cour EDH 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, V. not. considérant 67, même si la Cour considère cette ingérence comme justifiée. Adde Cour EDH 17 févr. 2005, KA et A.D. c/ Belgique, dans lequel la Cour réaffirme que le principe d'autonomie personnelle est garanti par l'article 8, considérant 83). D'aucuns pourraient donc interpréter la dispense de soins palliatifs comme emportant obligation d'aider à mourir le malade qui estime avoir perdu toute dignité. C'est dire que le contentieux sur cette question est loin d'être clos.

D'autres interrogations portent sur la mise en oeuvre du droit du malade de refuser des soins et la possibilité pour le médecin de les arrêter (ce que d'aucuns appellent l'euthanasie passive). La loi distingue selon que le malade est ou non en fin de vie, c'est-à-dire en phase avancée ou terminale d'une affection grave ou incurable (art. 6 de la loi).

Lorsque le malade n'est pas en fin de vie et qu'il peut exprimer sa volonté, la loi prévoit qu'il peut refuser ou interrompre « tout traitement » (art. 3 retouchant art. L. 1111-4 c. santé publ.). La reconnaissance législative du refus de soin par une personne qui n'est pas en fin de vie n'est évidemment pas nouvelle. La règle figure expressément à l'article 36 du code de déontologie médicale et a été affirmée par diverses lois, dont celle du 20 décembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales (art. L. 1122-1, al. 2), par les lois du 29 juillet 1994 (art. 16 et 16-3 c. civ.), par la loi du 9 juin 1999 visant à garantir l'accès aux soins palliatifs (art. L. 1 C, devenu art. L. 1111-2 et L. 1111-4 c. santé publ.) et, en dernier lieu, par celle du 4 mars 2002 (art. L. 1111-4 c. santé publ.). Cette

retouche a été jugée nécessaire pour attraire dans le champ d'application de la loi la nutrition et la ventilation artificielles, qui doivent être considérées comme des traitements (rapp. AN, n° 1929, p. 23). Le législateur a ainsi souhaité donner la possibilité à un patient conscient de refuser le maintien en vie par une hydratation et une nutrition artificielles, tout en bénéficiant de soins palliatifs de fin de vie. La précision n'est donc pas dépourvue d'intérêt, mais une solution identique aurait parfaitement pu être obtenue sur le fondement du texte ancien. Il faudra cette fois que les praticiens prennent acte de l'esprit de la loi, sinon le changement ne sera pas effectif. Par ailleurs, il n'est pas certain que le texte marque une avancée des droits du malade. En effet, la loi exige, en outre, pour que le médecin puisse accéder à la demande du patient, que ce dernier « réitère sa décision après un délai raisonnable » (art. 4 retouchant art. L. 1111-4 c. santé publ.). Sans doute est-il prudent de s'assurer de la réelle volonté du malade, mais l'introduction de ce dispositif ne sera pas sans poser des difficultés d'application pour les actes d'urgence, notamment les transfusions sanguines. On sait à ce propos que la jurisprudence administrative est passée outre la lettre de la loi, en ajoutant des conditions qui n'y figuraient pas, afin d'écarter la décision du malade de refuser des soins. Ainsi le Conseil d'Etat avait, le 16 août 2002, au visa des dispositions de l'article L. 1111-14 du code de la santé publique (dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002) admis que le médecin pouvait occulter la volonté du malade si, après avoir pris acte de son refus, il accomplissait un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état. De même, le Tribunal administratif de Lille n'avait délivré d'injonction de ne pas procéder à une transfusion sanguine qu'en l'absence de danger immédiat pour la vie de la patiente. On aurait donc pu s'attendre à ce que la loi du 25 avril 2005 vienne briser cette jurisprudence contra legem. Il n'en est manifestement rien, puisque la nécessité de la réitération de la volonté du malade laissera au médecin la possibilité de pratiquer tous les actes d'urgence nécessaires à la vie du malade, témoin de Jéhovah ou pas. Cette possibilité ressort d'ailleurs très clairement des travaux préparatoires (rapp. AN, n° 1926, p. 23 et JOAN 27 nov. 2004, p. 10181 : « ... autant nous avons le droit de transfuser contre son avis un malade témoin de Jéhovah qui risque de mourir aux urgences, autant nous n'avons pas le droit d'imposer indéfiniment l'alimentation artificielle à quelqu'un qui la refuse »).

La décision d'arrêt des soins peut également être prise alors que le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté. En ce cas, la prise de décision est entourée de garanties, telles le respect d'une procédure collégiale, la consultation de la personne de confiance, de la famille, et éventuellement des directives anticipées (art. 5).

Le respect de la volonté du malade paraît encore plus important lorsqu'il est en fin de vie. La procédure de refus de soin est différente selon qu'il est ou non conscient. Dans le premier cas, le médecin doit respecter sa volonté « après l'avoir informé des conséquences de son choix » (art. 6, cod. à l'art. L. 1111-10 c. santé publ.). Il est important de noter ici que la volonté du malade prime sur celle de la famille, et qu'il n'a pas été jugé nécessaire d'introduire une exigence de collégialité. Cela étant, la loi ne prévoit pas, en ce cas, de dispense d'information, par renvoi à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, semblable à celle existant lorsque le malade n'est pas en fin de vie (art. 2 de la loi). Le colloque singulier avec le malade est en effet considéré comme essentiel pour vérifier la réalité du refus (rapp. AN, n° 1926, p. 34). Il

est toutefois dommage que l'obligation d'information du médecin perde de sa souplesse, car tout en sachant que sa décision le rapproche de la mort, le malade devrait pouvoir, s'il le souhaite, en ignorer plus spécialement les délais.

Dans le second cas, où le malade en fin de vie est inconscient, toutes décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement, seront prises par le médecin après consultation des directives anticipées ou, à défaut, avis de la personne de confiance désignée par le malade (art. 8, cod. à l'art. L. 1111-12 c. santé publ.). La disposition devrait éviter le recours à des procédures judiciaires lors de divergence d'opinions entre la famille et l'équipe soignante ou entre membres de la famille. Lorsqu'il s'agit de limiter ou d'arrêter un traitement, la procédure est plus lourde. La décision ne peut être prise que si le traitement est déraisonnable, c'est-à-dire inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie. Il faut que la décision soit collégiale et que soient consultées la personne de confiance et la famille, et éventuellement les directives anticipées. Le médecin est donc, au terme de cette procédure, expressément autorisé par la loi à arrêter le traitement d'un patient inconscient en fin de vie.

Dans tous les cas où le malade est inconscient, le législateur a prévu que le médecin pourrait se référer à des « directives anticipées ». Un nouvel article L. 1111-11 du code de la santé publique dispose ainsi que : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment. A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant ».

De prime abord, ces directives, inspirées de l'article 9 de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine et des testaments de fin de vie existant en Angleterre, en Espagne ou encore en Allemagne, semblent réaliser une avancée de la prise en compte de la volonté du malade, d'autant que le texte énonce que le médecin « en tient compte » pour toute décision. Si l'indicatif vaut impératif, cela devrait signifier que le médecin ne peut passer outre la volonté du malade. En réalité, ces directives n'ont qu'une valeur indicative, la décision appartenant au médecin, qui ne les consulte qu'à titre informatif (art. L. 1111-12 et L. 1111-13 c. santé publ.). Elles l'emportent seulement sur l'avis de la personne de confiance dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin (art. L. 1111-12 c. santé publ.). Il est regrettable de ne pas avoir prévu qu'elles puissent aussi l'emporter sur l'avis du tuteur, si le malade a été ultérieurement placé sous un régime de protection.

Il a ainsi été choisi de ne pas conférer à ces directives une trop grande portée, étant observé que les changements d'avis sont fréquents, nul n'envisageant la mort de la même manière selon qu'il en est éloigné ou très proche. La justification est fort pertinente pour un malade conscient, mais relève de la supposition pour celui qui est précisément hors d'état de manifester sa volonté. Telles que la loi les prévoit, ces dispositions sont donc trompeuses qui

laisseraient penser qu'elles sont obligatoires, notamment si les notaires s'en font les dépositaires et sont chargés de les enregistrer au fichier des dernières volontés (la loi prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat doit définir les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées).
Il aurait donc fallu préciser davantage la nature et la force probante de ces manifestations de volonté. Il est difficile d'y voir des actes juridiques unilatéraux. Le fait qu'ils portent sur le corps humain ou la vie humaine ne paraît pas être un obstacle à cette qualification (il est inutile à cet égard de revenir sur les atteintes à l'indisponibilité.). Cependant, il faudrait s'accorder sur l'effet de droit recherché (absence de responsabilité pénale...), et admettre qu'un tel acte peut rendre autrui (le médecin) débiteur d'une obligation de faire ou ne pas faire. Comme tel n'est pas le cas, ces directives ressemblent davantage à des legs précatifs, à de simples voeux auxquels la loi n'attache même pas la valeur d'une présomption simple. Plus que l'expression de l'autonomie du patient, il faut y voir un mode de preuve à la disposition du médecin ayant besoin d'établir la volonté de son malade. Il est dommage que n'ait pas prospéré, au travers de ces directives, l'idée de prévision par la personne capable de sa situation d'incapacité. La solution viendra peut-être de la réforme des incapacités avec le « mandat de protection future », par lequel une personne saine d'esprit pourra prévoir l'organisation de sa protection pour le jour où elle serait dépendante.

En attendant, force est de constater que ces diverses retouches législatives n'améliorent la protection du malade que dans la mesure où elles offrent au médecin une plus grande sécurité juridique, en ayant pour finalité de l'exonérer de sa responsabilité.
* Les responsabilités pénales et disciplinaires des médecins sont évidemment parmi les questions qui ont sous-tendu le débat pour l'adoption de cette loi. On sait que le médecin, désireux d'accéder à la demande d'un patient de refuser des soins ou bien se trouvant confronté à la question d'arrêt des soins pour un patient inconscient, est susceptible de tomber sous le coup de diverses qualifications pénales, allant de l'omission de porter secours (art. 223-6, al. 2 c. pén.) à l'empoisonnement (art. 221-5 c. pén.), en passant par l'homicide involontaire ou le délaissement de la personne hors d'état de se protéger.

La loi nouvelle veut donc éviter ces poursuites, en permettant au médecin d'invoquer l'article L. 122-4 du code pénal, selon lequel n'est pas pénalement responsable « la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires » (JOAN 27 nov. 2004, p. 10153). Le médecin ne doit pas pouvoir être poursuivi pour avoir arrêté un traitement dès lors que sa décision est justifiée par un refus de l'obstination déraisonnable (art. L. 1110-5 c. santé publ.), un respect de la volonté du patient dûment constatée (art. L. 1111-4, 1111-10 et s. c. santé publ.), ou encore si le décès survient à la suite d'un traitement ayant pour objet de soulager la souffrance (art. L. 1110-5, al. 4 c. santé publ.).

Cela étant, ces causes d'irresponsabilité figuraient déjà, en leur principe, dans la partie réglementaire du code de la santé publique. La jurisprudence considère d'ailleurs depuis longtemps qu'aucune faute ne peut être retenue à l'encontre du médecin, si ce dernier n'applique pas la thérapeutique, en raison d'un refus caractérisé du patient (Crim. 3 janv. 1973, en présence d'un refus obstiné et agressif du patient.). De même, il est possible d'admettre que

les dispositions antérieures sur le refus de soin et l'information du patient justifiaient l'euthanasie passive. Sur cette question, il est classique de rappeler la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du 19 février 1997, retenant l'infraction d'homicide involontaire à l'encontre d'un médecin ayant décidé l'arrêt de soins, en l'occurrence le retrait de sondes d'intubation et gastrique. Il faut cependant relever qu'en l'espèce, l'acte résultait de la seule décision du médecin anesthésiste qui n'avait, par ailleurs, pas tenu compte d'une divergence de diagnostic (Crim. 19 févr. 1997). La disposition sur le double effet (effet d'un traitement destiné à soulager la souffrance, mais pouvant entraîner la mort) paraît plus innovante puisqu'elle ne figurait pas expressément dans les textes antérieurs, même si elle pouvait être déduite de l'ensemble des dispositions sur les soins destinés à soulager la souffrance (art. 37 et 38 c. déont. méd., art. L. 1110-10 et s. c. santé publ.). La jurisprudence tentait déjà de bien faire la différence entre l'administration de substances destinées à provoquer la mort (euthanasie active), qui est illicite, et celle, licite, destinée à soulager des souffrances, même si elle peut entraîner la mort (soins palliatifs). Le Conseil d'Etat, dans une décision du 29 décembre 2000, Duffau, a pu approuver la condamnation disciplinaire - interdiction temporaire d'exercer la médecine - d'un médecin ayant pratiqué une injection mortelle sur une patiente. Le Conseil d'Etat a considéré qu'un tel acte est interdit par l'article 38 du code de déontologie, quelles que soient les circonstances, et notamment celles, invoquées par le médecin, tirées des souffrances du patient et des inconvénients pour son entourage et son environnement immédiat de la progression de la gangrène dont il était atteint. A l'inverse, néanmoins, il n'y a pas homicide lorsque les substances administrées ayant provoqué la mort le sont dans des proportions ajustées à l'intensité et à l'évolution des souffrances des patients afin de procurer aux malades une fin de vie digne et sereine (TGI Evry, 15 févr. 2005). Il est vrai que la différence entre ces deux hypothèses peut être délicate, c'est pourquoi les conditions de mise en oeuvre de ces décisions médicales sont particulièrement importantes.

Il faut, en premier lieu, que le médecin exécute son obligation d'information auprès du malade et de la personne de confiance (art. L. 1110-5, L. 111-4, L. 1111-12 et L. 1111-13 c. santé publ.), ainsi que parfois de la famille (art. L. 1110-5 et L. 1111-13 c. santé publ.). L'obligation est renforcée pour les malades en fin de vie, le médecin ne pouvant en ce cas en être dispensé (art. L. 1111-10), sauf pour les effets des traitements palliatifs (art. L. 1111-10 c. santé publ.). Il faut, ensuite, que la décision médicale concernant la limitation ou l'arrêt d'un traitement sur un patient inconscient soit collégiale (art. L. 1111-4 et L. 1111-13 c. santé publ.). Cette procédure sera organisée par le code de déontologie médicale. Il faut enfin que soit mentionné l'accord du patient au protocole médical dans le dossier médical (art. L. 1110-5, L. 1111-4, L. 1111-10, L. 1111-12, L. 1111-13 c. santé publ.). L'exonération pénale est au prix du respect de ces conditions, ce qui signifie, à l'inverse, que leur non-respect pourrait exposer les médecins à des poursuites pénales.

Dans l'ensemble, cette loi est donc surtout statu quo et non réforme. Sans doute est-ce une force que de ne pas satisfaire quelque opinion publique. Sans doute aussi, praticiens et tribunaux trouveront dans le texte cet « influx d'autorité » (J. Carbonnier, Flexible droit, LGDJ, Paris, 7e éd. p. 155) auquel ils ne pensaient pas être soumis. A tout le moins, la loi sur

la fin de vie met en lumière le phénomène de répétition des lois apparaissant lorsque des textes sont ineffectifs. C'est certes une forme de pédagogie, mais destinée aux mauvais élèves.

Document n°12 :

Article L2131-4 du Code de la Santé publique

On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro.

Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1.

En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 1111-2 et à l'article L. 1111-7, seul le médecin prescripteur des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte.

Document n°13 :

Article L1232-1du Code de la Santé publique

Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.

Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés.

Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.
L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques.

Document n°14 :
Article 371-2 du Code civil
Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.
Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur.

Article L1111-5du Code de la Santé publique
Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en oeuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix.

Lorsqu'une personne mineure, dont les liens de famille sont rompus, bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis.

Document n°15 :
Article 511-3 du Code Pénal
Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et sixième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende.
Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique.

Document n°16 : Recueil Dalloz 2011 p. 1713
Extraits du Panorama Droit constitutionnel, janvier 2010 - décembre 2010
Valérie Bernaud, Maître de conférences à l'Université d'Avignon et des pays du Vaucluse, LBNC, EA, 3788 et Laurence Gay, Chargée de recherches au CNRS, UMR 6201, ILF-GERJC

Hospitalisation sans consentement

La décision du 26 novembre (Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC), rendue à la suite d'une question soulevée par une patiente ayant fait l'objet d'une hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT), est plus longue que la moyenne des affaires QPC. Il est vrai que les griefs étaient nombreux, amenant le Conseil constitutionnel à se prononcer sur le sujet pour la première fois. Seuls certains aspects procéduraux sont finalement mis en cause, par le biais d'une censure des conditions de maintien de l'hospitalisation et d'une réserve à propos du délai dans lequel le juge judiciaire doit statuer sur une demande de sortie immédiate.

A titre liminaire, le juge souligne que le législateur doit ici concilier la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux et la prévention des atteintes à l'ordre public, d'une part, avec l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, d'autre part, les atteintes à ces dernières devant être « adaptées, nécessaires et proportionnées ». On notera que si la protection de la santé est déjà apparue comme un motif de restriction des libertés, c'était dans son volet de santé publique. La particularité tient ici à ce qu'elle est concernée dans son aspect subjectif d'accès aux soins, mais de soins forcés, avec pour conséquence que « la préservation de la santé d'un seul individu semble justifier une atteinte à sa liberté personnelle ». Ce point est sans conteste délicat - on y reviendra sur la question du refus de soins.

Une première série de griefs concernait la procédure d'HDT, dont la requérante soutenait qu'elle ne devrait être décidée que par le juge judiciaire, compte tenu de l'atteinte portée à la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel lui donne tort, rappelant que l'article 66 de la Constitution n'impose pas une saisine de ce juge préalable à toute mesure de privation de liberté, et valide les dispositions en cause en raison des garanties de fond et de procédure prévues. En revanche, la possibilité de prolonger l'hospitalisation au-delà de la période initiale de quinze jours par un simple certificat médical est contraire à la liberté individuelle qui « ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ». Le Conseil ne se satisfait donc pas sur ce point des garanties existantes, en particulier des recours ouverts aux patients concernés. Il faut que l'intervention de l'autorité judiciaire soit automatique, ce qui apparaît opportun s'agissant de personnes vulnérables et souvent peu à même d'intenter un recours.

Une seconde série de griefs concernait les droits des personnes hospitalisées sans leur consentement. La requérante alléguait une atteinte à la dignité, tendant à contester ainsi l'ensemble du dispositif. Comme pour la garde à vue, le Conseil est contraint de constater que la loi appelle au respect de ce principe, les atteintes susceptibles de lui être portées résultant du comportement des acteurs impliqués. Or, « la méconnaissance éventuelle de cette exigence [de dignité] dans l'application des dispositions législatives n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité ». L'absence de consécration de certains droits, dont celui de refuser un traitement, était ensuite critiquée. La haute instance se réfugie ici derrière la logique de l'hospitalisation sans consentement, qui concerne « une personne atteinte de troubles mentaux qui soit rendent impossible son consentement alors que son état impose une surveillance constante en milieu hospitalier, soit font que cette personne

compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public ». Dès lors, le législateur a pu estimer que cette personne « ne peut s'opposer aux soins médicaux que ces troubles requièrent », son avis pouvant en tout état de cause être pris en considération par les médecins. L'on peut sérieusement s'interroger sur l'effectivité de cette possibilité dans les situations concernées. Cette délicate question d'une limitation de la liberté sur soi de la personne au nom de son propre intérêt est ainsi esquivée au bénéfice d'un contrôle restreint... Enfin, une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif était alléguée, en raison notamment des difficultés nées de la dualité des ordres de juridictions pour connaître des différents aspects de l'HDT. Le Conseil, après avoir rappelé le fondement constitutionnel de cette dualité de juridictions, souligne la possibilité laissée au législateur d'unifier les règles de compétence en faveur de l'ordre juridictionnel principalement intéressé. Une réserve est en définitive émise sur le fait que le juge judiciaire est tenu de statuer sur une demande de sortie immédiate « dans les plus brefs délais possibles, compte tenu de la nécessité éventuelle de recueillir des éléments d'information complémentaires sur l'état de santé de la personne ».

Cette réserve coïncide avec les exigences européennes en la matière, dont la violation a plusieurs fois été constatée par la Cour de Strasbourg, en dernier lieu dans un arrêt ayant précédé de quelques jours la décision du juge constitutionnel français (CEDH 18 nov. 2010, n° 35935/03, Baudoin c/ France). Au vu de cette jurisprudence, l'unification du contentieux au profit du juge judiciaire suggérée par le Conseil constitutionnel pourrait être opportune dans le cadre de la réforme des soins psychiatriques en cours d'examen au Parlement suite au projet de loi déposé par le gouvernement en mai 2010. Pour l'heure, ce dernier s'est contenté de tirer les conséquences immédiates de la décision du Conseil par une lettre rectificative du 26 janvier 2011. Il reste plus largement aux parlementaires à traduire la logique de protection des droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques non consentis, logique concomitamment promue par les juges constitutionnel et européen, mais qui n'apparaît pas selon les professionnels de santé concernés comme la principale préoccupation des promoteurs du texte.

Document n°17 : RTD civ. 2011. 101
Hospitalisation psychiatrique sans consentement : branle-bas de combat !
(CE, 24 sept. 2010, n° 339110 - Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC - CEDH, 5e sect.,1 8 nov. 2010, Baudouin c/ France, n° 35935/03)
Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

Voilà donc presque quinze ans que l'insuffisance de notre législation sur l'hospitalisation sous contrainte, en présence de troubles mentaux, est évidente et que nous entretenons nos lecteurs de ce point au gré des litiges sur la compétence, sur la nullité des actes de placement, sur la réparation en cas d'internement abusif, etc.. A vrai dire le mal vient du législateur de 1990, lequel n'a pas osé opter pour un contrôle judiciaire réel, cédant ainsi aux impératifs sécuritaires et au peu d'appétence des milieux médicaux pour un contrôle judiciaire. On rappellera qu'à quelques jours près, la Belgique qui réformait aussi sa loi, avait, quant à elle, opté pour la solution judiciaire. Vingt ans après c'est bien là dessus que les choses sont, enfin, en train de changer. Il conviendra toutefois de ne pas méconnaître les impératifs très

contradictoires de ce type d'opération qui met en cause la nécessité de la protection de la personne, de celle de l'ordre public et du respect des libertés.

Il faut brièvement rappeler qu'il existe deux formes de placement sans consentement, l'une à la demande d'un tiers prévue par les articles L. 3212-1 du code de la santé publique, l'autre d'office sur décision d'une autorité administrative, préfet ou maire de la commune en cas d'urgence, s'il y a atteinte à l'ordre public, cette fois selon les articles L. 3213-1 et suivants du code de la santé publique. Dans les deux cas nombre de précautions et de délais sont prévus mais à aucun moment on ne trouve d'intervention d'un juge a priori, celui-ci n'apparaissant qu'a posteriori dans le contentieux d'annulation de l'acte et de la réparation. On sait, pour l'avoir étudié nombre de fois, que ce contentieux postérieur est semé d'embûches et de complications qui provoquent de longues procédures, ce qui a déjà valu à la France une condamnation pour infraction au délai raisonnable (CEDH 27 oct. 2005, Mathieu c/ France). Devant ces difficultés graves et alors qu'on nous annonce un projet de loi dont le contenu exact n'est pas encore révélé, le Conseil d'Etat, saisi de la première hypothèse d'hospitalisation à la demande d'un tiers a donc jugé que « les moyens tirés de ce que, compte tenu du caractère insuffisant tant de l'intervention de l'autorité judiciaire dans la procédure permettant de maintenir, à la demande d'un tiers, une personne en hospitalisation sans son consentement que des garanties accordées à cette personne pendant l'hospitalisation, les dispositions précitées portent atteinte aux droits et libertés garanties par la Constitution... soulèvent une question présentant un caractère sérieux ». Il a donc, en conséquence, décidé de renvoyer la question au Conseil constitutionnel conformément à la nouvelle procédure dite de QPC.

Dans sa réponse le Conseil constitutionnel dose la déclaration d'inconstitutionnalité de façon très précise. L'article L. 3212-7 du code de la santé publique qui prévoit l'hospitalisation à la demande d'un tiers est déclaré inconstitutionnel en ce que la procédure qu'il retient ne permet pas un recours effectif à l'autorité judiciaire. L'article L. 3211-12 qui prévoit depuis une loi de 2000, pour toute personne hospitalisée sans son consentement, la possibilité de saisir le juge des libertés et de la détention, est validé mais sous la condition exprimée au considérant n° 39 de la décision, c'est-à-dire que le juge soit obligé de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais. La référence, dans le texte, au fait que ce juge statue en la forme des référés ne devrait pas constituer une réponse suffisante car elle ne signifie pas qu'il s'agit d'une véritable procédure de référé et, de toutes façons, les référés devant les tribunaux n'étant plus toujours, faute de personnel, garant de rapidité. Le projet de loi en cours devra sans aucun doute être plus précis sur les délais. Le reste de la procédure d'hospitalisation sur la demande d'un tiers est validé.

On voit donc bien qu'il ne s'agit que d'un début, d'abord parce que tout cela ne concerne pas l'hospitalisation d'office, laquelle présente de nombreuses lacunes, ensuite parce que l'enchevêtrement des compétences, signe d'une inefficacité certaine, ne permet pas de garantir une satisfaction dans un délai raisonnable en cas d'internement abusif.
Aussi bien l'arrêt de la Cour EDH met la lumière sur ces insuffisances et de ce désordre, cette fois dans le cadre de l'hospitalisation d'office. Le requérant, né en 1945, avait été condamné en cour d'assises à une peine de vingt ans de réclusion criminelle pour assassinat. Interné

d'office en 1983, il fut toutefois libéré par arrêt de la Cour d'appel de Nîmes en 1998 mais replacé en internement la même année, placement renouvelé à plusieurs reprises. Le requérant devait alors saisir les juridictions françaises de trois types de recours : annulation des arrêtés de placement devant le juge administratif, demandes de référé-suspension, saisine du juge judiciaire en sortie immédiate sur le fondement de l'article L. 3211-12 du code de la santé publique.

Sur le recours contre un premier arrêté introduit en 1998, la cour administrative d'appel devait annuler l'arrêté par arrêt en date du 17 mai 2005, l'arrêté préfectoral ne comportant pas la mention d'une information du requérant. Sur les recours contre les autres arrêtés le tribunal administratif les annulait, octroyait 800 € de dommages-intérêts au requérant mais refusait la demande de sortie immédiate en le renvoyant à la procédure de l'article L. 3211-12 devant le JDL.

Après une analyse détaillée des différents arrêtés et procédures afférentes, la Cour EDH rappelle qu'il existe en droit français une double compétence juridictionnelle, que du résultat de cet imbroglio jurisprudentiel des annulations et réitération des arrêtés, l'intéressé s'est trouvé hospitalisé sous contrainte sans titre pendant une certaine période. Elle relève que les juges administratifs, malgré l'annulation des arrêtés, ont opposé à l'intéressé l'impossibilité de statuer sur sa remise en liberté. La Cour parvient alors à la conclusion que « dans les circonstances très particulières de l'espèce, l'articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes n'a pas permis au requérant d'obtenir une décision d'un tribunal pouvant statuer sur la légalité de sa détention et ordonner sa libération si la détention est illégale ».

On émettra quelque doute sur le fait qu'il s'agissait de circonstances très particulières compte tenu de la jurisprudence exposée maintes fois à nos lecteurs. Enfin on notera que les délices de la séparation des ordres judiciaire et administratif en l'espèce ne paraissent pas vraiment appréciés par la Cour EDH, ce qu'on comprendra facilement.

Est-il sitôt trop tard de faire quelque chose ?

Document n°18 :Répertoire de droit civil
Corps humain - décembre 2005 (dernière mise à jour : mars 2011)
Jean Penneau

SECTION 1 - Respect du corps humain : principes généraux
Art. 1 - Inviolabilité du corps humain
§ 1 - Protection de l'intégrité corporelle

19. Il est posé en principe que l'atteinte à l'intégrité du corps humain n'est justifiée que si deux conditions sont réunies : une nécessité médicale pour la personne ou, à titre exceptionnel, l'intérêt thérapeutique d'autrui (C. civ., art. 16-3, al. 1er) ; le recueil préalable du consentement de l'intéressé (C. civ., art. 16-3, al. 2).

20. La notion de nécessité médicale, substituée par la loi no 99-641 du 27 juin 1999 (art. 70) à la notion de nécessité thérapeutique employée par le texte d'origine, est certainement plus pertinente, car elle recouvre non seulement les actes thérapeutiques, mais également les examens para-cliniques, les actes et actions préventifs et des actes qui n'entrent dans aucune de ces rubriques (V. not. les recherches biomédicales, infra, nos 60 et s. ; l'interruption volontaire de grossesse, infra, nos 310 et s.) ou pour lesquels il n'existe qu'une nécessité thérapeutique discutable (V. la chirurgie esthétique) ou artificielle (V. la procréation médicalement assistée). La loi no 2004-800 du 6 août 2004 (préc., art. 9 A) a, par ailleurs, opportunément ajouté la référence à l'intérêt thérapeutique d'autrui. En effet, il est des atteintes à l'intégrité corporelle autorisées par la loi, alors que le seul intérêt thérapeutique d'autrui est en cause (V. le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain).

21. Si le recueil préalable du consentement de l'intéressé constitue la règle de principe, cette exigence est cependant écartée par la loi dans le cas où l'état de celui-ci rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir (C. civ., art. 16-3, al. 2, in fine). Cependant, il semble résulter des travaux préparatoires de la loi no 94-653 du 29 juillet 1994 (préc.) que cette dérogation ne vise que des situations de fait (le sujet inconscient), mais non des situations de droit (le sujet juridiquement incapable). Il n'est pas certain que cette distinction soit toujours ni utilisable ni aisée à faire, dans la mesure où l'incapacité de droit peut se trouver étroitement mêlée à une incapacité de fait. La loi no 2004-800 du 6 août 2004 a, sans aucun doute, apporté des éléments de clarification des situations (V., à cet égard, les recherches biomédicales,les dons d'organes et d'éléments du corps humain ; V. égal., en ce qui concerne l'information et le consentement du patient, C. santé publ., art. L. 1111-2 à L. 1111-6).

22. Il faut préciser que les modalités de recueil du consentement sont, en cas de besoin, déterminées par des dispositions spéciales (pour l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ; pour les recherches biomédicales ; pour le prélèvement de tissus ou d'organes; pour la procréation médicalement assistée; pour l'interruption volontaire de grossesse). Mais, en dehors de ces dispositions spéciales, le principe demeure, notamment pour les soins donnés dans le cadre du contrat médical, que le consentement n'est soumis à aucune forme.

Document n °19 :

Article L3211-12 du Code de la Santé publique
Modifié par LOI n°2011-803 du 5 juillet 2011 - art. 1

I.-Le juge des libertés et de la détention dans le ressort duquel se situe l'établissement d'accueil peut être saisi, à tout moment, aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques prononcée en application des chapitres II à IV du présent titre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale, quelle qu'en soit la forme.
La saisine peut être formée par :

1° La personne faisant l'objet des soins ;
2° Les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur si la personne est mineure ;
3° La personne chargée de sa protection si, majeure, elle a été placée en tutelle ou en curatelle ;
4° Son conjoint, son concubin, la personne avec laquelle elle est liée par un pacte civil de solidarité ;
5° La personne qui a formulé la demande de soins ;
6° Un parent ou une personne susceptible d'agir dans l'intérêt de la personne faisant l'objet des soins ;
7° Le procureur de la République.

Le juge des libertés et de la détention peut également se saisir d'office, à tout moment. A cette fin, toute personne intéressée peut porter à sa connaissance les informations qu'elle estime utiles sur la situation d'une personne faisant l'objet d'une telle mesure.

II.-Le juge des libertés et de la détention ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du collège mentionné à l'article L. 3211-9 du présent code :
1° Lorsque la personne fait l'objet d'une mesure de soins ordonnée en application des articles L. 3213-7 du présent code ou 706-135 du code de procédure pénale ou qu'elle fait l'objet de soins en application de l'article L. 3213-1 du présent code et qu'elle a déjà fait l'objet d'une mesure de soins ordonnée en application des articles L. 3213-7 du présent code ou 706-135 du code de procédure pénale ;
2° Lorsque la personne fait l'objet de soins en application de l'article L. 3213-1 du présent code et qu'elle fait ou a déjà fait l'objet, pendant une durée fixée par décret en Conseil d'Etat, d'une hospitalisation dans une unité pour malades difficiles mentionnée à l'article L. 3222-3.
Dans les cas mentionnés aux 1° et 2° du présent II, le juge ne peut en outre décider la mainlevée de la mesure qu'après avoir recueilli deux expertises établies par les psychiatres inscrits sur les listes mentionnées à l'article L. 3213-5-1.
Le juge fixe les délais dans lesquels l'avis du collège et les deux expertises prévus au présent II doivent être produits, dans une limite maximale fixée par décret en Conseil d'Etat. Passés ces délais, il statue immédiatement.
Le présent II n'est pas applicable lorsque les mesures de soins mentionnées aux 1° et 2° ont pris fin depuis au moins dix ans.
II.-Le juge des libertés et de la détention ordonne, s'il y a lieu, la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète.
Lorsqu'il ordonne cette mainlevée, il peut, au vu des éléments du dossier et par décision motivée, décider que la mainlevée prend effet dans un délai maximal de vingt-quatre heures afin qu'un programme de soins puisse, le cas échéant, être établi en application de l'article L. 3211-2-1. Dès l'établissement de ce programme ou à l'issue du délai mentionné à la phrase précédente, la mesure d'hospitalisation complète prend fin.

2e EPREUVE ECRITE :

- **droit des obligations**

  - **procédure civile**
  - **procédure pénale**
  - **procédure administrative contentieuse**

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE
C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : DROIT DES OBLIGATIONS

Durée : 5 heures (avec l'épreuve de Procédures)

Ce sujet comporte 2 pages

Document(s) autorisé(s) :
Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003
Matériel(s) autorisé(s) :
aucun
Sujet :

Votre supérieur vous demande de préparer une note de 4 pages maximum sur les apports de la décision suivante : Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67369

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société d'Exploitation de chauffage (société SEC) a fait assigner en référé la société Soffimat, avec laquelle elle avait conclu le 24 décembre 1998 un contrat d'une durée de 12 ans ou 43 488 heures portant sur la maintenance de deux moteurs d'une centrale de production de co-génération moyennant une redevance forfaitaire annuelle, aux fins qu'il lui soit ordonné, sous astreinte, de réaliser, à compter du 2 octobre 2008, les travaux de maintenance prévus contractuellement et notamment, la visite des 30 000 heures des moteurs ;

Vu les articles 1131 du code civil et 873, alinéa 2 du code de procédure civile ;

Attendu que pour retenir que l'obligation de la société Soffimat de satisfaire à l'obligation de révision des moteurs n'était pas sérieusement contestable et confirmer la décision ayant ordonné à la société Soffimat de réaliser à compter du 2 octobre 2008, les travaux de maintenance prévus et, notamment, la visite des 30 000 heures des moteurs et d'en justifier par l'envoi journalier d'un rapport d'intervention, le tout sous astreinte de 20 000 euros par jour de retard, et ce pendant 30 jours à compter du 6 octobre 2008, l'arrêt relève qu'il n'est pas allégué que le contrat était dépourvu de cause à la date de sa signature, que l'article 12 du contrat invoqué par la société Soffimat au soutien de sa prétention fondée sur la caducité du contrat est relatif aux conditions de reconduction de ce dernier au-delà de son terme et non pendant les douze années de son exécution et que la force majeure ne saurait résulter de la rupture d'équilibre entre les obligations des parties tenant au prétendu refus de la société SEC de renégocier les modalités du contrat ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs : CASSE ET ANNULE,

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : PROCEDURE CIVILE

Durée : 5 heures (avec l'épreuve de Droit des obligations)

Ce sujet comporte 2 pages

Document(s) autorisé(s) :

Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003

Matériel(s) autorisé(s) :

aucun

Sujet :

Résoudre le cas pratique suivant :

Monsieur Pipo est un riche commerçant, propriétaire de plusieurs biens dans le Sud de la France. C'est aussi un fidèle client de votre cabinet d'avocats, qui souhaite aujourd'hui faire le point avec vous sur trois dossiers.

Premier dossier. Monsieur Pipo est d'abord en litige avec Monsieur Billomoun, qui lui loue depuis plusieurs années un local commercial situé à Marseille.

Le bail comporte une clause selon laquelle « *En cas de litige né du présent contrat, les parties feront appel aux services de Monsieur Minja, domicilié 15 Avenue René Cassin à Saint-Denis, en vue de trouver une solution amiable. Il est expressément convenu entre les parties que les juridictions parisiennes seront seules compétentes pour connaître des litiges nés du présent contrat : toute action sera portée devant le Tribunal de commerce de Paris.* ».

Monsieur Pipo se dit que cette clause n'a pas de réelle portée et vous demande de lancer dès demain une procédure contre Monsieur Billomoun devant le Tribunal de commerce de Marseille. Qu'en pensez-vous ?

Deuxième dossier. Monsieur Pipo est ensuite en procès avec le locataire de l'un de ses appartements, Monsieur Lourd. L'an dernier, il a découvert que ce dernier avait, sans son accord, complètement changé la destination des locaux, en y installant ses bureaux et ses salariés !

Monsieur Pipo a ainsi engagé contre son locataire une procédure visant à obtenir la résolution du bail et le paiement de dommages-intérêts. Mais ses demandes ont été rejetées par un jugement en date du 4 avril 2011.

Monsieur Pipo vous demande s'il peut faire appel.

Si l'appel était possible, il souhaiterait, outre ses demandes initiales, faire valoir devant la Cour d'appel « de nouveaux arguments » : en premier lieu, il souhaiterait invoquer au soutien de sa demande de résolution la solution issue d'un récent arrêt de la Cour de cassation (opérant un revirement de jurisprudence) qui devrait lui permettre d'obtenir gain de cause ; en deuxième lieu, il aimerait demander aux juges du second degré d'ordonner au locataire, en conséquence de la résolution du bail, la remise en état des locaux ; en troisième lieu, il voudrait obtenir la condamnation de Monsieur Lourd au paiement de trois loyers demeurés impayés au cours de l'année 2010.

Si l'appel n'était pas envisageable, Monsieur Pipo souhaiterait lancer une nouvelle procédure pour faire valoir ses demandes initiales et les « nouveaux arguments » dont il vient de vous parler.

Sur le terrain de la procédure civile, que pensez-vous de tout cela ?

Troisième dossier. Monsieur Pipo est en procès avec Monsieur Kinver. Devant la Cour d'appel de Paris, ce dernier a demandé 5.000 euros de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Monsieur Pipo est très surpris, parce que la Cour d'appel vient de le condamner à 10.000 euros de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article...1384 du Code civil.

Il se dit qu'il faudrait former un pourvoi en cassation car la Cour d'appel a selon lui (et d'après ses souvenirs d'étudiant en droit) violé des règles essentielles de procédure civile. Il souhaiterait avoir votre avis, et vous demande au passage de lui indiquer le délai pour former un pourvoi en cassation.

EPREUVE DE PROCEDURE PENALE

Durée : 2 h 30

Exercice: Commentaire de l'arrêt suivant
Document(s) autorisé(s) : Code de procédure pénale

N° J 10-84.251 FS-P+B+R+I
N° 2513 11 MAI 2011

CASSATION

M. LOUVEL président,
LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de justice à PARIS, a rendu l'arrêt suivant :

Vu l'article 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;
Attendu qu'il résulte de l arrêt attaqué que Sarah C., née le 13 octobre 1989, entendue le 27 février 2007 par les services de gendarmerie, à la suite du signalement effectué par une assistante sociale scolaire, a déclaré qu'au cours de l'été 2001 ou de l'été 2002, lors de vacances passées chez sa grand-mère, M. C., son oncle par alliance, lui avait à trois reprises caressé la poitrine et le sexe ;
Attendu que M. C., placé en garde à vue le 9 avril 2007, et entendu le 9 avril 2007 à 9 heures 30, a nié avoir commis ces actes tout en reconnaissant s'être trouvé seul avec la jeune fille dans les circonstances évoquées par elle ; qu'ayant été réentendu le même jour à 18 heures 15, il a, selon le procès-verbal qu'il a signé, reconnu les faits ;
Attendu que, cité directement devant le tribunal correctionnel à la requête du procureur de la République, du chef d'atteinte sexuelle sur mineure de quinze ans, le prévenu, qui est revenu sur ses aveux, a été relaxé "au bénéfice du doute" ; que, pour infirmer le jugement sur les appels de la partie civile et du ministère public et le déclarer coupable d'atteinte sexuelle, l'arrêt énonce, après avoir relevé qu'il a affirmé que les gendarmes "avaient tout inventé" et qu'il avait signé le procès-verbal sans le lire, que ses aveux sont circonstanciés et que la plaignante a maintenu avec constance des accusations d'autant plus crédibles qu'elles sont mesurées ; que la cour d'appel ajoute que la thèse du complot familial lié à une querelle vieille de deux ans doit être écartée ;
Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs qui fondent la déclaration de culpabilité sur des déclarations enregistrées au cours de la garde à vue par lesquelles la personne a contribué à sa propre incrimination sans avoir pu être assistée par un avocat, et ensuite rétractées, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

D où il suit que la cassation est encourue ;
Par ces motifs :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions,l'arrêt susvisé de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en date du 26 mai 2010, et pour qu'il soit à nouveau jugé, conformément à la loi,
RENVOIE la cause et les parties devant la cour d appel de Montpellier, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

ORDONNE l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registres du greffe de la cour d'appeld'Aix-en-Provenceet sa mention en marge ou à la suite de l'arrêt annulé ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le onze mai deux mille onze ;
En foi de quoi le présent arrêt a été signe par le président, le rapporteur et Mme Daudé, greffier de chambre, qui a assisté au prononcé de l'arrêt ;

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : PROCEDUREADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE

Durée : 5 heures (avec l'épreuve de Droit des obligations)

Ce sujet comporte 7 pages

Document(s) autorisé(s) :

Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003

Matériel(s) autorisé(s) :

Aucun

Sujet :

Commentez l'arrêt ci-joint :
Ordonnance du Juge des Référés du Conseil d'Etat, 21 mars 2011, Mme Aboubakarova.

CONSEIL D'ETAT
statuant
au contentieux

N° 347232

Mme Diana ABOUBAKAROVA

Ordonnance du 21 mars 2011

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la requête, enregistrée le 4 mars 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par Mme Diana ABOUBAKAROVA, domiciliée chez la Confédération syndicale des familles, 15, rue Vaillant à Dijon (21000) ; Mme ABOUBAKAROVA demande au juge des référés du Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1100379 du 18 février 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Dijon, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, après avoir prononcé un non-lieu à statuer sur les conclusions dirigées contre l'arrêté du 14 février 2011 du préfet de la Côte d'Or décidant son placement en centre de rétention administrative, a rejeté ses conclusions tendant à la suspension de l'exécution de l'arrêté préfectoral du 7 février 2011 refusant son admission au séjour au titre de l'asile et décidant sa remise aux autorités polonaises ;

2°) de surseoir à statuer sur sa requête ;

3°) d'enjoindre au préfet de la Côte d'Or de suspendre l'exécution des arrêtés des 7 et 14 février 2011 et de réexaminer sa demande d'admission au séjour au titre de l'asile ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient que sa requête est recevable ; que la condition d'urgence est remplie dès lors que le refus de l'admettre au séjour au titre de l'asile a des conséquences graves pour sa situation ; que la procédure de saisine du juge des référés, n'ayant pas d'effet suspensif de plein droit, porte une atteinte grave et manifestement illégale à son droit au recours effectif au sens de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le juge des référés a commis une erreur de droit en ne sursoyant pas à statuer sur sa requête en raison de la transmission au Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité s'appliquant à sa situation ;

Vu l'ordonnance attaquée ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 10 mars 2011, présenté par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, qui conclut au rejet de la requête ; il soutient que le droit au recours effectif de la requérante n'a pas été méconnu ; que le juge des référés de première instance pouvait statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité transmise au Conseil d'Etat ; que la procédure de réadmission de Mme ABOUBAKAROVA vers la Pologne n'est pas entachée d'irrégularité au regard de l'article 3§4 du règlement (CE) n° 343/2003 du 18 février 2003 ; que la motivation de l'arrêté du 7 février 2011 portant réadmission de la requérante vers la Pologne n'est pas manifestement insuffisante ; que, la vie familiale de la requérante étant susceptible de se poursuivre en Pologne, les arrêtés litigieux n'ont pas méconnu son droit au respect de sa vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni les stipulations de l'article 3-1 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant ; que le moyen tiré de la méconnaissance des objectifs et des articles 14, 17 et 20 de la directive européenne du 16 décembre 2008 est inopérant à l'encontre d'une mesure de réadmission « Dublin » prise dans le cadre du règlement communautaire du 18 février 2003 ;

Vu le mémoire distinct, enregistré le 11 mars 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour Mme ABOUBAKAROVA en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ; Mme ABOUBAKAROVA demande au juge des référés du Conseil d'Etat de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du premier alinéa de l'article L. 531-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; elle reprend à son compte les moyens formulés par M. Amoni dans son mémoire présentant une question identique, formé devant le tribunal administratif de Paris dans la requête n° 1100915 ; elle soutient que cette disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution en ce qu'elle ne prévoit pas que le recours contre les décisions de réadmission vers des Etats européens soit de plein droit suspensif afin d'assurer son caractère effectif, en méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du droit d'asile résultant du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 53-1 de la Constitution et du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 11 mars 2011, présenté pour Mme ABOUBAKAROVA, qui conclut, à titre principal, au sursis à statuer jusqu'à la décision concernant la question prioritaire de constitutionnalité et à la suspension provisoire des actes attaqués jusqu'à l'issue de la procédure de transmission et reprend, à titre subsidiaire, les conclusions de sa requête ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son article 61-1 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 ;

Vu la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, Mme ABOUBAKAROVA, et, d'autre part, le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ;

Vu le procès-verbal de l'audience du 11 mars 2011 à 15 heures 30, au cours de laquelle ont été entendus :

- Me Nicolaÿ, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de Mme ABOUBAKAROVA ;

- les représentants de Mme ABOUBAKAROVA ;

- les représentants du ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ;

et à l'issue de laquelle le juge des référés a prolongé l'instruction ;

Vu le mémoire, enregistré le 15 mars 2011, présenté par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ; il soutient que les conditions posées par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne sont pas remplies, et en particulier que les dispositions contestées ont déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait ne justifie que le Conseil constitutionnel soit de nouveau saisi de la question de leur conformité à la Constitution ; que la question ne présente pas de caractère sérieux, le droit d'asile et le droit à un recours effectif n'impliquant pas que le recours contre la décision de réadmission présente un caractère suspensif ;

Vu le nouveau mémoire en défense, enregistré le 15 mars 2011, présenté par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, qui reprend les conclusions de son précédent mémoire et les mêmes moyens ; il soutient en outre que l'insuffisance alléguée du régime contentieux des réadmissions effectuées en vertu du règlement Dublin II est sans influence sur la solution du litige ; que le moyen tiré de la violation de l'article 3§4 du règlement communautaire du 18 février 2003 manque en fait dès lors que Mme ABOUBAKAROVA a reconnu comprendre parfaitement la langue russe ; que la requérante n'établit pas qu'elle aurait subi des mauvais traitements en Pologne ni que les autorités polonaises auraient méconnu les garanties dont elle et sa famille, en qualité de demandeurs d'asile, doivent bénéficier ; qu'elle n'a pas été privée de la faculté d'exercer un recours effectif ; que la directive « retour » du 16 décembre 2008 ne s'applique pas à la situation de Mme ABOUBAKAROVA ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 17 mars 2011, présenté pour Mme ABOUBAKAROVA qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ; elle soutient en outre que l'article 53-1 de la Constitution constitue une circonstance de droit nouvelle ; que le fait que la Pologne soit devenue le premier pays saisi par les autorités françaises dans le cadre du règlement Dublin II constitue une circonstance de fait nouvelle ; que le ministre commet une erreur de droit dans l'application des articles 2 et 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ne prenant pas en compte les risques encourus par Mme ABOUBAKAROVA si elle est renvoyée en Pologne ; que, si le juge des référés estime qu'il existe une difficulté sérieuse nécessaire au règlement du litige, il lui appartiendra de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle tendant à déterminer si les dispositions de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 sont applicables au litige ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale (...) » ;

Considérant que le droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une liberté fondamentale, a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié ; que, s'il implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande, ce droit s'exerce dans les conditions définies par l'article L. 741-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; que le 1° de cet article permet de refuser l'admission en France d'un demandeur d'asile lorsque l'examen de la demande d'asile relève de la compétence d'un autre Etat en application des dispositions du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 ; que l'article L. 531-2 du même code prévoit la réadmission des demandeurs d'asile dans l'Etat responsable de leur demande ;

Considérant que Mme ABOUBAKAROVA, de nationalité russe et d'origine tchétchène, est entrée en France au mois d'octobre 2010 avec son mari et leurs trois enfants mineurs ; qu'elle a sollicité le 2 novembre 2010 son admission au séjour auprès du préfet de la Côte d'Or afin de présenter une demande d'asile auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) ; qu'un quatrième enfant est né en France le 6 décembre 2010 ; que, par arrêtés du 7 février 2011, le préfet a refusé l'admission au séjour au titre de l'asile de M. ABOUBAKAROV et Mme ABOUBAKAROVA et décidé leur remise aux autorités polonaises ; que M. ABOUBAKAROV a été éloigné à destination de la Pologne le 9 février 2011 ; que, par arrêté du 14 février 2011, le préfet a décidé le placement de Mme ABOUBAKAROVA en centre de rétention administrative en vue de son éloignement vers la Pologne ; que, par ordonnance du 15 février 2011, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Nîmes a mis fin à cette rétention ; que, dès le 14 février 2011, Mme ABOUBAKAROVA avait saisi le juge des référés du tribunal administratif de Dijon, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'une demande de suspension des arrêtés du 7 et du 14 février la concernant ; que, par ordonnance du 18 février 2011, le juge des référés a, d'une part, prononcé un non-lieu à statuer sur les conclusions tendant à la suspension de l'arrêté du 14 février 2011 décidant le placement en centre de rétention administrative et, d'autre part, rejeté les conclusions tendant à la suspension de l'exécution de l'arrêté préfectoral du 7 février 2011 portant réadmission vers la Pologne ; que Mme ABOUBAKAROVA fait appel de cette ordonnance ; qu'au soutien de son appel, elle soulève, en application de l'article 61-1 de la Constitution, une question prioritaire de

constitutionnalité tendant à ce que le juge des référés du Conseil d'Etat renvoie au Conseil constitutionnel l'appréciation de la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du premier alinéa de l'article L. 531-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Sur l'étendue de l'appel :

Considérant que, dans son appel, Mme ABOUBAKAROVA ne présente aucun moyen contestant le non-lieu prononcé par le juge des référés du tribunal administratif de Dijon dans l'article 1er de son ordonnance concernant l'arrêté de placement en rétention ; qu'ainsi l'appel doit être regardé comme dirigé contre l'article 2 de cette ordonnance rejetant les conclusions tendant à la suspension de l'exécution de l'arrêté préfectoral du 7 février 2011 portant réadmission vers la Pologne ;

Sur la question prioritaire de constitutionnalité :

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, dans la rédaction que lui a donnée la loi organique du 10 décembre 2009 : « Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) » ; qu'il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux ; que l'article 23-3 de cette ordonnance prévoit qu'une juridiction saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité « peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires » et qu'elle peut statuer « sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence » ;

Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions organiques avec celles du livre V du code de justice administrative qu'une question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant le juge administratif des référés statuant, en première instance ou en appel, sur le fondement de l'article L. 521-2 de ce dernier code ; que le juge des référés peut en toute hypothèse, y compris lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée devant lui, rejeter une requête qui lui est soumise pour défaut d'urgence ; que, lorsqu'il est saisi d'une telle question, il peut prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires et, compte tenu tant de l'urgence que du délai qui lui est imparti pour statuer, faire usage, lorsqu'il estime que les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont remplies, de l'ensemble des pouvoirs que cet article lui confère ; qu'enfin il appartient au juge des référés de première instance d'apprécier si les conditions de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat sont remplies et au juge des référés du Conseil d'Etat, lorsqu'il est lui-même saisi d'une telle question, de se prononcer sur un renvoi de la question au Conseil constitutionnel ;

Considérant que le Conseil constitutionnel, par une décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, a, dans ses motifs et son dispositif, déclaré conformes à la Constitution les dispositions codifiées au premier alinéa de l'article L. 531-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; que la circonstance qu'il existe actuellement un risque que certaines demandes d'asile ne soient pas traitées dans l'un des pays de l'Union européenne dans des conditions propres à garantir le droit d'asile et le droit de toute personne à ne pas subir de

traitements inhumains et dégradants ne constitue pas, à elle seule, tant au regard de l'évolution de cette situation à la date de la présente décision que des recours juridictionnels dont disposent les demandeurs d'asile pour faire valoir ce risque, un changement dans les circonstances de droit ou de fait de nature à justifier que la conformité de ces dispositions à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel ; qu'il en va de même de l'évolution quantitative des réadmissions vers d'autres Etats membres de l'Union européenne, notamment vers la Pologne ; qu'ainsi les dispositions combinées des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 font obstacle à ce que la question prioritaire de constitutionnalité invoquée soit renvoyée au Conseil constitutionnel ;

Sur les autres moyens :

Considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition n'obligeait le juge des référés du tribunal administratif de Dijon, qui n'était pas saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, à surseoir à statuer sur la demande de suspension présentée devant lui, du seul fait que la question de l'absence de recours suspensif contre les décisions de réadmission, dont il était saisi sur d'autres fondements que la Constitution, avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée devant le juge des référés du tribunal administratif de Paris et transmise par celui-ci au Conseil d'Etat ;

Considérant, en deuxième lieu, que Mme ABOUBAKAROVA soutient que l'absence de recours suspensif contre la décision de réadmission dont elle a fait l'objet constitue une violation des stipulations combinées de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prohibant la torture et les traitements inhumains ou dégradants, et de l'article 13 de la même convention, garantissant le droit à un recours effectif en cas de violation des droits et libertés reconnus par la convention ; que toutefois, alors que la Pologne, Etat membre de l'Union Européenne, a ratifié la convention de Genève et ses protocoles additionnels et est signataire de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ne résulte pas de l'instruction, malgré les indications verbales données à l'audience, que les demandeurs d'asile, et notamment M. ABOUBAKAROV, y seraient soumis à des traitements inhumains ou dégradants ; qu'il ne résulte pas non plus de l'instruction que la Pologne éloignerait les demandeurs d'asile d'origine tchétchène vers la Russie sans examen sérieux de leur demande d'asile ; qu'ainsi Mme ABOUBAKAROVA n'est pas fondée à invoquer une illégalité manifeste au regard des articles 3 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Considérant, en troisième lieu, que Mme ABOUBAKAROVA a soulevé à l'audience le moyen tiré de la violation des obligations d'information découlant de l'article 3 paragraphe 4 du règlement n° 343/2003 du 18 février 2003, dès lors qu'elle n'aurait été informée qu'en langue russe et que les délais applicables n'auraient pas été indiqués ; qu' il résulte toutefois de l'instruction, et notamment des mentions de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention en date du 15 février 2011, que Mme ABOUBAKAROVA comprend la langue russe ; que les informations portées à sa connaissance incluent les délais applicables ;

Considérant, en quatrième lieu, que Mme ABOUBAKAROVA a soulevé à l'audience le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 5 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, selon lesquelles : « Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les Etats membres tiennent dûment compte : / a) de l'intérêt supérieur de l'enfant, / b) de la vie familiale (...) » ; qu'en tout état de cause, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une

question préjudicielle, l'éloignement de Mme ABOUBAKAROVA et de ses enfants vers la Pologne ayant pour conséquence de rapprocher les parents et leurs enfants, la réadmission contestée n'est pas entachée d'une violation manifeste de ces dispositions ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Mme ABOUBAKAROVA n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de cet article font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans la présente espèce, la partie perdante, la somme demandée par Mme ABOUBAKAROVA ;

ORDONNE :

Article 1er : La requête de Mme ABOUBAKAROVA est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme Diana ABOUBAKAROVA et au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration.

Copie en sera transmise au Conseil constitutionnel.

Fait à Paris, le 21 mars 2011

Signé : Philippe Martin

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Le secrétaire,

Claudine Ramalahanoharana

3e EPREUVE ECRITE PRATIQUE

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

Durée : 3 heures

Ce sujet comporte 1 page

Document(s) autorisé(s) :

Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003

Matériel(s) autorisé(s) :

Aucun

Sujet :

Chambre civile 1 -12 janvier 2011
N° de pourvoi: 09-16527

Cassation sans renvoi

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, qui est recevable :

Vu l'article 346 du code civil ;

Attendu que nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ;

Attendu que M. Laurent X...- Y... est né le 2 septembre 1968, du mariage de Jean-Yves X... et de Mme Marie-France Z..., dissout par divorce quelques années après sa naissance ; que sa mère, Mme Z..., a épousé en secondes noces M. Y... ; qu'un jugement du 27 mai 2002 du tribunal de grande instance de Béziers a prononcé l'adoption simple de M. Laurent X... par M. Y... et dit que l'adopté se nommerait à l'avenir X...- Y... ; que, par requête du 1er février 2007, Mme B..., épouse en secondes noces depuis 1972 de Jean-Yves X..., décédé en cours d'instance, a sollicité l'adoption simple de M. Laurent X...- Y... ;

Attendu que, pour accueillir cette demande, la cour d'appel a décidé qu'il convenait d'écarter l'application de l'article 346 du code civil non conforme en l'espèce aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'il s'agissait d'officialiser et de conforter juridiquement une situation familiale et des liens affectifs anciens et bien établis et que le refus de cette deuxième adoption aboutirait à une discrimination entre les deux " beaux-parents " ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis, la cour d'appel a violé par refus d'application le texte susvisé ;

Et vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du premier moyen et le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 mai 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Et statuant à nouveau :

Réforme le jugement ;
Rejette la requête.

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE
C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : DROIT PENAL GENERAL ET SPECIAL

Durée : 3 heures

Ce sujet comporte 2 pages

Document(s) autorisé(s) :

Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003

Matériel(s) autorisé(s) :

Aucun

Sujet :

Chambre sociale- 25 janvier 2011
N° de pourvoi: 09-42766

Cassation partielle

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a été engagée le 6 novembre 1978 par l'Association roussillonnaise d'action sociale (ARAS) en qualité d'infirmière au sein du Centre professionnel Aristide Maillol, institut médico-éducatif relevant de la convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 ; qu'elle a fait l'objet de plusieurs arrêts de travail pour maladie puis a été mise en invalidité deuxième catégorie à compter du 1er juin 2005, ce dont elle a informé l'employeur par courrier du 13 juin ; que celui-ci l'a invitée le 29 juin 2005 à prendre rendez-vous auprès de la médecine du travail ; qu'après avoir mis en demeure son employeur le 16 mai 2006 d'organiser les visites de reprise, la salariée a été déclarée , à l'issue de deux visites médicales des 13 et 30 juin 2006, inapte à tout poste dans l'entreprise puis licenciée le 2 août 2006 ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes notamment au titre de la rupture de son contrat de travail, au titre d'un rappel de salaire sur la base du coefficient 735 de la convention collective et au titre du harcèlement moral ;

Sur le pourvoi incident de l'employeur :
(...)

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal de la salariée :

Vu les articles L. 1152 -1 et L. 1154-1 du code du travail ;

Attendu qu'en application de ces textes, lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande de dommages et intérêts pour harcèlement moral, l'arrêt retient que l'essentiel des pièces produites par l'intéressée concerne uniquement les multiples courriers que cette dernière a écrits, à partir de 1999, à son employeur (soit au président de l'ARAS, soit au directeur général, soit au directeur de l'établissement) mais aussi aux membres du CHSCT, à l'inspection du travail et à la DDASS, courriers par lesquels elle dénonce les moindre décisions, les réponses, les remarques de sa hiérarchie tant sur le fonctionnement de l'établissement que sur les points qui la concernent personnellement ; que les trois ou quatre attestations qu'elle verse aux débats ne concernent pas son litige, mais celui de M. Y... qui a été son ami, travaillait dans le même établissement et a été en conflit également avec l'employeur ; que, quant aux documents médicaux, il est communiqué un certificat d'un psychiatre en date du 22 novembre 1999 attestant qu'elle avait avec ce médecin une consultation à l'époque de deux fois par semaine, et les avis d'arrêt de travail mentionnant qu'elle était en dépression, mais sans qu'aucun lien ne soit évoqué avec son activité professionnelle ; qu'il n'existe aucun élément pouvant laisser présumer l'existence d'un harcèlement quant aux faits que la salariée invoque notamment sur les propos menaçants et déplacés de M. Z... à son encontre, ni sur le discrédit jeté sur la qualité de son travail ou son isolement ; qu'il appartient au pouvoir de direction de l'employeur de contrôler le travail des salariés et l'amplitude de leurs horaires, aucun reproche à ce titre ne peut donc prospérer ; que, quant au retrait des moyens nécessaires à l'exécution de son travail, là encore l'analyse avancée par la salariée ne peut être accueillie, l'employeur ayant pris l'option après avis du comité d'entreprise de limiter le recours systématique à un chauffeur pour accompagner les jeunes chez le dentiste, de choisir un dentiste plus proche de l'établissement et ce pour des contraintes imposées par des impératifs de gestion et d'organisation de la vie de l'établissement auquel l'infirmière ne pouvait s'opposer, décision validée au demeurant par le médecin de la commission départementale de l'éducation spéciale ainsi qu'il en est justifié ; que, s'agissant de la permutation des locaux d'infirmerie avec ceux du psychologue et du psychiatre, cette décision a été prise avec l'accord de la DDASS et ce pour une mise aux normes ; qu'il en est de même du changement de clefs du secrétariat, décidé par l'inspecteur de la DDASS suite à différents vols constatés, rien ne permettant d'établir que la salariée ne pouvait avoir la clef du local de l'infirmerie ; que, sur le fait de la "pousser à la faute", les demandes de régularisation des attestations de soins ou de communication de registre d'accidents bénins et de bilan de protocole ressortent du pouvoir de direction de l'employeur auquel ne peut échapper la salariée et qui en aucun cas ne peuvent laisser présumer un quelconque harcèlement, l'employeur n'ayant d'ailleurs pas soumis le défaut d'obtempérer à une sanction disciplinaire ; qu'en ce qui concerne l'atteinte à ses droits, aucun action répétée ne peut être retenue à l'endroit de l'employeur lequel a réglé la prime de camp après vérification comme il en avait le droit auprès de la commission d'interprétation de la convention collective et, s'agissant de la revalorisation de son coefficient, c'est la salariée qui a saisi directement le comptable et non l'employeur qui est à l'origine du conflit ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de se prononcer sur l'ensemble des éléments retenus afin de dire s'ils laissaient présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, d'apprécier les éléments de preuve fournis par l'employeur pour démontrer que les mesures en cause étaient étrangères à tout harcèlement moral, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi incident de l'employeur ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté Mme X... de sa demande de dommages et intérêts pour harcèlement moral, l'arrêt rendu le 6 mai 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Nîmes ;

Condamne l'ARAS aux dépens.

EPREUVE DE : PROCEDURES COLLECTIVES ET SURETES

Durée : 3 heures

Ce sujet comporte 2 pages

Document(s) autorisé(s) :

Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003 (dont Code civil non commenté)

Matériel(s) autorisé(s) :

Aucun

Sujet :

Veuillez commenter l'arrêt suivant : Cass. Com., 3 mai 2011, n° de pourvoi : 10-18031. Publié au bulletin

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, qu'entre 1992 et 1994, la société Viking investissement (société Viking) a promis à M. X..., à Mme A..., épouse X..., à M. et Mme Y... et à M. et Mme Z... ainsi qu'à la société Carlier investissement pêche (les quirataires), détenant des quirats dans les copropriétés des navires Clipper II, Viking V et Viking VI, d'acquérir ces parts jusqu'au 31 décembre 2002 ; que, postérieurement à la mise en redressement judiciaire de la société Viking, par jugement du 25 juillet 2000, les quirataires ont levé l'option stipulée à leur bénéfice puis demandé, en juillet 2002, à la société de leur payer les prix convenus des différents quirats ;

Sur le moyen unique, en tant qu'il concerne M. et Mme Y... et la société Carlier investissement pêche :

Attendu que ceux-ci font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur demande en paiement, alors, selon le moyen :

1°/ qu'il résulte des dispositions de l'article L. 621-32 du code de commerce, dans sa version antérieure à la loi du 26 juillet 2005, applicable en l'espèce, que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie ; qu'en cas de liquidation judiciaire, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, à l'exception de celles qui sont garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail, des frais de justice, de celles lui sont garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du livre V ; que la créance du prix de vente naît de la délivrance de la chose vendue ; qu'en énonçant pour débouter les quirataires de leur action en paiement du prix des quirats ; que la société Viking était engagée par les promesses unilatérales de rachats des quirats consenties avant l'ouverture de la procédure collective, quelles que soient les dates auxquelles ont été conclus les contrats de vente par levée des options à l'initiative des quirataires, qui sont intervenues postérieurement au jugement déclaratif de la société Viking, la cour d'appel a violé l'article L. 621-32 du code de commerce par défaut d'application ;

2°/ que le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture qui doit être déclarée au passif du débiteur ; qu'une créance est antérieure dès lors que son fait générateur est né antérieurement au jugement déclaratif ; que les quirataires avaient levé l'option dont ils bénéficiaient en application des promesses de rachat après l'ouverture de ladite procédure, de sorte que l'obligation de la société Viking de payer le prix des quirats cédés n'était née qu'après cette date ; qu'en énonçant cependant, pour débouter les quirataires, que l'engagement de la société Viking de procéder au rachat des quirats était antérieur à l'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel a violé les articles L. 621-24 et L. 621-43 du code de commerce par fausse application ;

Mais attendu que la décision irrévocable d'admission d'une créance au passif ayant autorité de chose jugée quant à la date de naissance de la créance déclarée en application de l'article L. 621-43 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, son antériorité par rapport à la date d'ouverture de la procédure collective ne peut plus être contestée ; que, par motifs adoptés, l'arrêt retient que les créances de M. et Mme Y... et de la société Carlier investissement pêche ont, non seulement été déclarées au passif, mais y ont été admises définitivement ; que par ces motifs, abstraction faite de ceux critiqués, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur ce même moyen, en tant qu'il concerne M. X..., Mme A..., épouse X... et M. et Mme Z... :

Vu l'article L. 621-32 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;

Attendu que la créance du prix de vente convenu dans une promesse unilatérale d'achat souscrite par le débiteur mis ultérieurement en redressement judiciaire naît postérieurement au jugement d'ouverture si son bénéficiaire lève l'option après celui-ci ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de M. X..., de Mme A..., épouse X... et de M. et Mme Z..., l'arrêt retient que leurs créances ont pour origine les promesses unilatérales d'achat, qui engageaient la société Viking depuis une date antérieure à l'ouverture de sa procédure collective ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la vente des quirats n'était devenue parfaite que par la levée d'option pendant la période d'observation, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que les créances correspondantes avaient été admises au passif ni que l'administrateur du redressement judiciaire avait renoncé à la poursuite des contrats de promesse en cours, a violé, par refus d'application, le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ses dispositions rejetant les demandes de M. et Mme Y... ainsi que de la société Carlier investissement pêche, l'arrêt rendu le 4 mars 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Rouen ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen ;

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : DROIT PUBLIC DES ACTIVITES ECONOMIQUES

Durée : 3 heures

Ce sujet comporte 4 pages

Document(s) autorisé(s) :

Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003

Matériel(s) autorisé(s) :

Aucun

Sujet :

Conseil d'Etat
N° 306911
Mentionné dans les tables du recueil Lebon
...

Conseil d'État

N° 306911

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Arrighi de Casanova, président

Mme Cécile Chaduteau-Monplaisir, rapporteur

M. Boulouis Nicolas, commissaire du gouvernement

SCP THOUIN-PALAT, BOUCARD ; SCP LYON-CAEN, FABIANI, THIRIEZ, avocat(s)

lecture du mercredi 3 mars 2010

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 juin et 26 septembre 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le DEPARTEMENT DE LA CORREZE, représenté par le président de son conseil général ; le département demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 24 avril 2007 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé le jugement du tribunal administratif de Limoges du 8 avril 2004 et la délibération du 17 novembre 2000 par laquelle la commission permanente du conseil général de la Corrèze a rejeté l'offre de la société Infocom Service pour la passation de la délégation de service public ayant pour objet la téléassistance organisée par le département et a attribué cette délégation au groupement Ansee / Présence 19 ;

2°) de mettre la somme de 5 500 euros à la charge de la société Infocom Service au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 10 février 2010, présentée pour la société Infocom Service ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Cécile Chaduteau-Monplaisir, Auditeur,

- les observations de la SCP Thouin-Palat, Boucard, avocat du DEPARTEMENT DE LA CORREZE et de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat de la société Infocom Service,

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Thouin-Palat, Boucard, avocat du DEPARTEMENT DE LA CORREZE et à la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat de la société Infocom Service ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que, par délibération du 23 juin 2000, le DEPARTEMENT DE LA CORREZE a décidé de mettre en place un dispositif départemental de téléassistance afin de favoriser le maintien à domicile des personnes âgées et handicapées ; que, par un avis d'appel public à candidatures publié le 26 juin 2000, il a engagé à cette fin une procédure de mise en concurrence en vue de la passation d'une délégation de service public ; que la société Infocom Service, candidate dont l'offre a été écartée, a saisi le tribunal administratif de Limoges d'un recours pour excès de pouvoir contre la délibération du 17 novembre 2000 par laquelle la commission permanente du conseil général a rejeté son offre et attribué cette délégation au groupement Ansee / Présence 19 ; que, par l'arrêt attaqué du 24 avril 2007, la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé le jugement du 8 avril 2004 par lequel le tribunal administratif de Limoges avait rejeté la demande de la société Infocom Service, ainsi que la délibération litigieuse ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par la société Infocom service :

Considérant qu'il ressort de la délibération du 5 juillet 2007 de la commission permanente du conseil général de la Corrèze que le président du conseil général est dûment habilité à se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la cour administrative de Bordeaux du 24 avril 2007 ; qu'ainsi la fin de non-recevoir soulevée par la société Infocom Service doit être écartée ;

Sur la régularité de l'arrêt attaqué, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que la société Infocom Service n'avait pas soulevé avant la clôture de l'instruction le moyen, qui n'est pas d'ordre public, tiré de ce que les critères de choix retenus par l'autorité délégante ne correspondraient pas à la hiérarchisation des critères publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ; que, dès lors, la cour a entaché son arrêt d'irrégularité en retenant ce moyen ; que le DEPARTEMENT DE LA CORREZE est, par suite, fondé à en demander l'annulation ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. / Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont

soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes. /La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. /La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager. /Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ;

Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;

Sur la création du service public local de téléassistance aux personnes âgées et handicapées :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées créé par le DEPARTEMENT DE LA CORREZE, dans le cadre de son action en matière d'aide sociale, a pour objet de permettre à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, de pouvoir bénéficier d'une téléassistance pour faciliter leur maintien à domicile ; que ce service consiste, d'une part, à mettre à disposition de l'usager un matériel de transmission relié à une centrale de réception des appels, fonctionnant vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept, chargée d'identifier le problème rencontré par l'usager et d'apporter une réponse par la mise en oeuvre immédiate d'une intervention adaptée à son besoin, grâce à un réseau de solidarité composé de personnes choisies par l'usager, à un service médical, social ou spécialisé et aux dispositifs locaux existants, tels que les instances de coordination gérontologique, les plates-formes de service, le service de soins infirmiers à domicile pour personnes âgées, d'autre part, à intervenir au besoin au domicile de l'usager dans les vingt-quatre heures suivant l'appel de l'usager ou moins, selon l'urgence ; que le délégataire, tenu d'organiser localement le service, doit envisager, en fonction de la montée en charge du dispositif, l'installation d'une agence locale dans le département ; que, pour le financement de ce service, le DEPARTEMENT DE LA CORREZE intervient en réduction du coût réel de la prestation pour les usagers ; qu'ainsi, même si des sociétés privées offrent des prestations de téléassistance, la création de ce service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local ; que, par suite, cette création n'a pas porté une atteinte illégale au principe de liberté du commerce et de l'industrie ; qu'il suit de là que le moyen tiré de l'illégalité de la délibération du 23 juin 2000 qui a crée ce service, et sur le fondement de laquelle la procédure de délégation litigieuse a été engagée, doit être écarté ;

Sur le choix du délégataire :

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la délibération attaquée ait pour effet de permettre au délégataire retenu, le groupement Ansee / Présence 19, d'abuser d'une position dominante, en méconnaissance du droit de la concurrence ; qu'il n'en ressort pas davantage que le choix de lui confier ce service reposerait sur une erreur manifeste d'appréciation ;

Sur les autres moyens dirigés contre la délibération litigieuse :

Considérant qu'il n'est pas établi que les candidats n'auraient pas été admis à présenter une offre au regard de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ; qu'il ressort des pièces du dossier que le département a rendu publics les critères de sélection des offres et n'a pas rejeté l'offre de la société Infocom Service en se fondant sur d'autres critères ;

Considérant que l'avis d'appel public à concurrence a dressé la liste des critères de sélection des offres sans les hiérarchiser ; que dès lors, le moyen tiré de ce que le département n'aurait pas respecté la hiérarchisation des critères rendus publics ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de sa demande de première instance, la société Infocom Service n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Limoges a rejeté sa demande ; que ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent, par suite, qu'être rejetées ;

Considérant qu'il n'y pas a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le DEPARTEMENT DE LA CORREZE au titre des mêmes dispositions ;

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 24 avril 2007 est annulé.

Article 2 : La requête présentée par la société Infocom Service devant la cour administrative d'appel de Bordeaux et ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le surplus des conclusions du DEPARTEMENT DE LA CORREZE est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au DEPARTEMENT DE LA CORREZE et à la société Infocom Service.

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

Session 2011
FILIERE CRFPA

EPREUVE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Durée : 3 heures

Ce sujet comporte 2 pages

Document(s) autorisé(s) : *Code civil et Code de procédure civile*

Sujet : *Commentez la décision suivante :*

Civ. 1re, 12 janvier 2011, n° de pourvoi 09-71540

Attendu que M. X..., de nationalité française, et Mme Y..., de nationalité américaine, mariés en France en 1995, ont eu deux enfants nés à Strasbourg en 2000 et en 2003 ; qu'en juillet 2007, la famille a quitté la France pour l'Indiana (Etats-Unis d'Amérique) ; qu'à la fin de l'été, Mme Y... est restée aux Etats-Unis avec les enfants tandis que M. X... rentrait en France ; que celui-ci a déposé une requête en divorce devant le tribunal de grande instance de Strasbourg le 17 décembre 2007, tandis que Mme Y... introduisait une procédure devant la juridiction du comté de Hamilton (Indiana) le 18 mars 2008 ; que par ordonnance du 9 avril 2009, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Strasbourg a accueilli l'exception de litispendance soulevée par l'épouse et décidé de se dessaisir au profit des juridictions américaines tant sur la question du divorce que sur celle de l'autorité parentale ; que la cour d'appel a rejeté l'exception de litispendance et a déclaré les juridictions françaises incompétentes pour juger du divorce et de ses conséquences ;

Sur le premier moyen pris en ses deuxième et troisième branches :

Vu l'article 7 du règlement (CE) du 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis), ensemble les articles 1070 du code de procédure civile et 14 du code civil ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, lorsqu'aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en matière de divorce, en vertu des articles 3, 4 et 5 du règlement, la compétence est, dans chaque Etat, réglée par la loi de cet Etat ; que cette compétence est, en droit français, régie par les articles 1070 du code de procédure civile et 14 du code civil ; que ce dernier texte, qui donne compétence à la juridiction française du demandeur de nationalité française, s'applique à défaut de l'un des chefs de compétence énumérés à l'article 1070 ;

Attendu que, pour déclarer les juridictions françaises incompétentes pour statuer sur le divorce des époux X...-Y..., l'arrêt relève que lorsque le droit communautaire ne donne pas compétence aux juridictions d'un Etat membre, l'article 7-1 du règlement Bruxelles II bis renvoie au droit national pour déterminer la compétence juridictionnelle, soit l'article 309 du code civil et qu'en l'espèce aucun critère de compétence posé par ce texte n'était rempli ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen :

Vu l'article 14 du règlement (CE) du 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis), ensemble les articles 1070 du code de procédure civile et 14 du code civil ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, applicable à la responsabilité parentale, lorsqu'aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu des articles 8 à 13 du règlement, la compétence est dans chaque Etat membre réglée par la loi de cet Etat ; que cette compétence est, en droit français,

régie par les articles 1070 du code de procédure civile et 14 du code civil ; que ce dernier texte, qui donne compétence à la juridiction française du demandeur de nationalité française, s'applique à défaut de l'un des chefs de compétence énumérés à l'article 1070 ;

Attendu que, pour déclarer les juridictions françaises incompétentes pour statuer en matière d'autorité parentale, l'arrêt relève que la compétence ne peut être fondée sur le droit interne français, la résidence habituelle des enfants étant fixée aux Etats-Unis ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 septembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy ;

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

FILIERE : CRFPA

EPREUVE DE DROIT FISCAL DES AFFAIRES

Durée : 3 HEURES

Session : 2011

Ce sujet comporte 4 pages.

Document(s) autorisé(s) : Aucun

Matériel(s) autorisé(s) :

Une calculatrice à fonctionnement autonome et sans imprimante à l'exclusion de tout autre élément matériel ou documentaire

Avertissement :

Une attention particulière sera portée sur la lisibilité, la rédaction et la pertinence des réponses.

Question 1 (6 points).

M. et Mme BILLOT se sont mariés il y a 21 ans à Saint Denis sous le régime de la communauté légale. Ils ont 3 enfants :

- Stephane, 19 ans, étudiant en communication, célibataire sans enfant;
- Alex et Aurélie, 6 et 8 ans, écoliers.

1. **Les activités et revenus des membres de la famille ont été les suivants durant l'année 2008**

- **M. BILLOT** exerce une double activité :

  - Directeur d'un établissement hôtelier dans l'Ouest de l'île, il a perçu une rémunération brute de 48 000 €, les charges sociales déductibles s'élevant à 12 000 € (on néglige le montant des CSG et CRDS non déductibles).
  - Il est également consultant indépendant pour les établissements hôteliers. Sa déclaration contrôlée BNC fait ressortir un revenu net de 25 000 €, après déduction de ses charges.

- **Mme BILLOT** exploite, en EI un magasin de chaussures situé en centre ville de Saint André, en Zone Franche Urbaine et a réalisé un bénéfice de 45 000 €.

• **M. et Mme BILLOT** sont propriétaires de divers biens immobiliers :

- une maison dans laquelle ils résident;
- une villa à St Gilles loué vide. Ils ont encaissé des loyers annuels de 9 600 €, mais ils ont payé une réparation du portail automatique pour 600 €, la taxe foncière pour 800 €, l'assurance incendie pour 700 €, l'assurance pour risques impayés pour 300 € et des frais de gestion pour 200 €;
- un studio à Saint André au dessus du commerce de Madame Billot. Ils ont encaissé des loyers annuels de 6 000 €, mais ils ont payé des honoraires de syndic pour 1 000 €, la taxe foncière pour 600 € et l'assurance incendie pour 400 €.

  Ils ne souhaitent pas bénéficier du régime micro-foncier.

• Stephane a, durant les vacances, travaillé pour un club de surf à Trois-Bassins. Sa rémunération imposable a été déclarée pour 1 200 €. Il a demandé son attachement au foyer fiscal de ses parents.

• Dans le cadre de la gestion de leur patrimoine financier, **M. et Mme BILLOT** ont durant l'année :

- encaissé divers produits :
  - 5 000 € de dividendes de sociétés françaises,
  - 100 € d'intérêts d'obligations ayant supporté le prélèvement libératoire,
  - 300 € d'intérêts d'obligations n'ayant pas supporté de retenue ;
- ils ont vendu pour 14 000 €, diverses actions de sociétés françaises en réalisant une plus-value de 1 226 €,

L'an dernier des cessions d'actions pour un montant de 15 000 € avaient engendré une moins-value égale à 637 €.

2. **M. et Mme BILLOT ont conservé les justificatifs de diverses dépenses.**

• Des versements à diverses œuvres qui ont établi des reçus :

- 650 € pour l'aide aux personnes en difficultés (Momon Papa lé là) ;
- 6 000 € à des organismes reconnus d'utilité publique.

• Les salaires et charges sociales d'une employée de maison : 15 000 €.

• Les salaires et charges sociales d'une assistante maternelle agréée qui assure la garde des enfants mineurs, en dehors des heures d'ouverture de l'école : 4 500 €.

• Ils ont fait installer un chauffe-eau solaire de 450 litres sur le toit de leur maison ouvrant droit à un crédit d'impôt de 25%, et réalisés en juin par une entreprise. Coût des travaux 3 600 €.

Travail à faire

1. **Analyser les revenus devant figurer sur la déclaration de M. et Mme BILLOT.**
2. **calculer leur revenu imposable et indiquer le nombre de parts du foyer fiscal.**
3. **Calculer les réductions d'impôt auxquelles ont droit les époux BILLOT.**

Question 2 (6 points).

Ayant été impressionné par votre expertise en matière fiscale et connaissant aussi votre compétence dans le domaine des déclarations d'ISF, les époux BILLOT vous recommandent auprès de leurs amis, Madame et Monsieur Imachao pour l'établissement de la déclaration ISF 2008.

Eléments chiffrés du patrimoine des époux Imachao.

Ils ont évalué leur patrimoine taxable au 01/01/09 à 4 920 000 €, avant déduction de leur ISF.

Ils ont acquitté durant l'année un IR de 24 860 €, des prélèvements sociaux de 10 520 € et subi un prélèvement libératoire de 800 €, une taxe foncière de 1 300 € et une taxe d'habitation de 1 200 € pour leur résidence principale.

Leurs revenus imposables ou soumis au prélèvement libératoire s'élèvent à 580 500 €.

Ils ont 2 enfants mineurs.

Travail à faire :

Calculer le montant de l'ISF dont ils sont redevables à l'aide du barème ci-après.

Valeur taxable		Taux	Impôt
en dessous de	770 000 €	0,00%	
770 000 €	1 240 000 €	0,55 %	
1 240 000 €	2 450 000 €	0,75 %	
2 450 000 €	3 850 000 €	1,00 %	
3 850 000 €	3 920 000 €	1,30 %	
		Total	

Question 3 (4 points).

La SARL STAM réalise en décembre N les opérations suivantes (TVA au taux de 19,6%) :

1. ventes de marchandises en France pour 239 200 € TTC,
2. ventes en Italie à un client assujetti dans son pays pour 600 000 € HT
3. ventes en Autriche à un client non assujetti pour 100 000 € HT
4. ventes au Brésil pour 120 000 € HT
5. Achats de Marchandises en Belgique pour 200.000€ HT
6. Achats en France de marchandises pour 50 000 € HT
7. La déclaration de novembre N-1 fait ressortir un crédit de 750 €.

Etablir la déclaration de TVA du mois.

Question 4 (4 points).

Vous préciserez en 15 lignes maximum la notion d'acte anormal de gestion en droit fiscal en illustrant vos explications par des exemples pratiques tirés de la gestion d'une entreprise.

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : DROIT PATRIMONIAL

Durée : 3 heures

Ce sujet comporte 1 page

Document(s) autorisé(s) :

Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003

Matériel(s) autorisé(s) :

Aucun

Sujet :

Cass., 3ème civ., 4 mai 2011

Sur le moyen unique :

Vu l'article 2229 du code civil dans sa rédaction antérieure, applicable à la cause ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Saint-Denis, 28 mars 2008), que les époux X... ont assigné Mme Y... épouse Z... et M. A... en annulation de l'acte de prescription trentenaire de la parcelle IE n° 1125 établi le 26 juin 2002 au profit de Mme Z..., et de l'acte du même jour par lequel cette dernière a vendu ladite parcelle à M. A... ;

Attendu que pour rejeter la demande des époux X..., l'arrêt retient que l'acte de prescription trentenaire a été établi sur les déclarations de témoins qui ont attesté que Mme Z... occupait, dès avant son mariage célébré le 2 juillet 1966, la parcelle IE 1125 ainsi que les constructions qui y avaient été édifiées et qu'il résulte des pièces produites, spécialement du procès-verbal de bornage établi le 25 septembre 2001, des éléments fournis par le service des domaines et des attestations précitées, que Mme Z... pouvait se prévaloir, le 26 juin 2002, depuis plus de trente ans, d'une possession continue et ininterrompue, paisible, publique non équivoque et à titre de propriétaire de la parcelle IE 1125 et qu'elle a donc pu la vendre à M. A... ;

Qu'en statuant ainsi, sans relever l'existence d'actes matériels de possession accomplis par Mme Z..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 mars 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, autrement composée ;

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE
Année Universitaire 2010-2011
FILIERE DROIT

PRE- CAPA
DROIT COMMERCIAL ET DES AFFAIRES

Ce sujet comporte 2 pages

Document(s) autorisé(s) : ceux prévus par l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003 (dont Code civil non commenté)

Matériel(s) autorisé(s) : Aucun.

Avertissement :

Sujet : Veuillez commenter l'arrêt suivant :

Cass. civ. 3è, 4 mai 2011, n° de pourvoi: 09-72550, Publié au bulletin

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 9 septembre 2009) que par acte du 1er avril 1996, la société Centrale Jemmapes a renouvelé pour neuf ans à compter du 1er mars 1996, le bail consenti par acte du 4 mai 1987 à la société Centre de prestations de services (CPS) portant sur des locaux à usage d'établissement d'enseignement et de formation ; que la société CPS a consenti à l'Association des comptables enseignement (ACE) le 1er juin 1987 un bail commercial portant sur la totalité des locaux et que ce sous-bail a été renouvelé par acte du 20 juin 1996 à effet du 1er mars 1996 ; que par acte extrajudiciaire du 29 octobre 2004, la société Centrale Jemmapes a délivré congé pour le 1er juin 2005 à la locataire principale, sans offre de renouvellement ni indemnité d'éviction, en déniant à la locataire le droit au statut en l'absence d'exercice dans les lieux d'une activité et, à titre subsidiaire, pour motifs graves et légitimes pour défaut d'appel de la bailleresse à concourir à la conclusion des sous-baux ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :
Attendu que la société Centrale Jemmapes fait grief à l'arrêt de dire que l'association ACE est en droit de solliciter le renouvellement de son bail auprès d'elle, alors, selon le moyen :
1°/ que le sous-locataire ne peut faire valoir son droit direct au renouvellement que dans la mesure où le locataire principal a lui-même perdu le bénéfice de son droit au renouvellement du bail principal ; qu'en décidant que l'association ACE avait un droit direct au renouvellement de son bail auprès de la société Centrale Jemmapes, après avoir décidé que la société CPS avait droit à une indemnité d'éviction à la suite du refus de renouvellement qui lui avait été signifié, ce dont il résultait qu'elle n'avait pas perdu le bénéfice de son droit au renouvellement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 145-31 et L. 145-32 du code de commerce ;
2°/ que l'agrément tacite du bailleur a une sous-location ne peut résulter que d'actes positifs contemporains ou postérieurs à la sous-location ou à son renouvellement ; qu'en considérant que l'association ACE était fondée à invoquer un droit direct au renouvellement de son bail, après avoir expressément constaté que le renouvellement du bail principal était intervenu le 1er avril 1996, soit antérieurement au renouvellement de la sous-location intervenu le juin suivant sans que la société Centrale Jemmapes ait été appelée à y concourir, la cour d'appel a violé les articles L. 145-17, L. 145-31 et L. 145-32 du code de commerce ;
3°/ que l'agrément tacite du bailleur a une sous-location ne peut résulter que d'actes positifs contemporains ou postérieurs à la sous-location ou à son renouvellement ; qu'en se fondant, pour considérer que l'association ACE était fondée à invoquer un droit direct au renouvellement de son sous-bail à l'égard de la société Centrale Jemmapes, sur des éléments antérieurs au renouvellement de la sous-location intervenu par acte du 20 juin 1996, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à caractériser un agrément tacite de la société bailleresse à la sous-location des locaux loués, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 145-31 et L. 145-32 du code de commerce ;
4°/ que l'agrément tacite du bailleur a une sous-location ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de ce dernier de renoncer à invoquer l'irrégularité de la sous-location ; qu'en déduisant l'agrément tacite de la société Centrale Jemmapes à la sous-location consentie à l'association ACE d'un courrier du 30 novembre 1998, par lequel la société bailleresse avait écrit à " CPS (ACE) Mme X... ", la cour d'appel a violé les articles L. 145-31 et L. 145-32 du code de commerce ;
5°/ que l'agrément tacite du bailleur a une sous-location ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de ce dernier de renoncer à invoquer l'irrégularité de la sous-location ; qu'en déduisant l'agrément tacite de la société Centrale

Jemmapes à la sous-location consentie à l'association ACE de la communication à la société bailleresse d'un rapport d'expertise sur la recherche d'amiante faisant état de l'occupation des locaux par ACE, la cour d'appel a violé les articles L. 145-31 et L. 145-32 du code de commerce ;
Mais attendu qu'ayant constaté que le bail principal avait pris fin le 1er juin 2005 par l'effet du congé délivré le 29 octobre 2004, et relevé que la société Centrale Jemmapes savait dès la conclusion du bail initial que les locaux avaient vocation à être sous-loués en totalité à ACE, que les clauses du bail prenaient en compte cette situation et que, des relations directes entre la société Centrale Jemmapes et ACE s'étant poursuivies, au cours des baux successifs, pour l'exécution de travaux ou de contrôles de la commission de sécurité, la bailleresse avait accepté de renouveler le bail principal en connaissance de la réalité de l'exploitation des lieux par un sous-locataire, la cour d'appel a pu en déduire que la société Centrale Jemmapes avait tacitement autorisé la sous-location au bénéfice de l'association ACE ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé :
Attendu qu'ayant relevé que la bailleresse savait que les locaux donnés à bail à la société CPS avaient vocation à être sous-loués dans leur totalité et que le bail stipulait que les locaux devaient être maintenus constamment utilisés soit par le preneur lui-même, soit par ses sous-locataires, la cour d'appel a pu en déduire que les parties avaient entendu soumettre le bail au statut des baux commerciaux sans faire de l'exploitation des lieux par le bailleur principal une condition nécessaire à son application ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, ci-après annexé :
Attendu que la cour d'appel ayant retenu que les parties étaient convenues d'une soumission volontaire du bail au statut des baux commerciaux, n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen, ci-après annexé :
Attendu qu'ayant relevé que le comportement de la bailleresse, contemporain et postérieur à la sous-location et à son renouvellement manifestait son agrément tacite à la sous-location et que les parties avaient entendu soumettre le bail au statut des baux commerciaux sans faire de l'exploitation des lieux par le bailleur principal une condition nécessaire à son application, la cour d'appel, sans modifier les termes du litige, a légalement justifié sa décision en retenant que le congé n'était pas fondé ;
Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le moyen unique du pourvoi incident qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE les pourvois ;

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : DROIT ADMINISTRATIF

Durée : 3 heures

Ce sujet comporte 3 pages

Document(s) autorisé(s) :

Ceux visés à l'article 11 de l'arrêté du 11 septembre 2003

Matériel(s) autorisé(s) :

Aucun

Sujet : veuillez résoudre les 5 cas pratiques suivants.

Cas n° 1.

A La Réunion, la société « je me charge de tout », titulaire d'une concession d'aménagement au sens de l'article L.300-4 du code de l'urbanisme, conclut un contrat avec la société de construction « kiconstruitou ». Ce contrat a pour objet exclusif la construction d'une route, la route des Lacets, qui reliera la commune de Cilaos à un îlet voisin, selon un cahier des prescriptions spéciales établi par l'ingénieur en chef du service du département de La Réunion chargé de la construction et de l'entretien des routes départementales.

L'entreprise « je me charge de tout » reçoit une partie des subventions attribuées au département pour la construction de routes.

Le cahier de la concession d'aménagement, applicable au contrat conclu entre la société « je me charge de tout » et la société « kiconstruitou », prévoit que la société « je me charge de tout » doit remettre la voie construite dès son achèvement au département. Ce cahier de la concession d'aménagement prévoit également la substitution de plein droit du département à la société « je me charge de tout » pour toute action en responsabilité découlant de l'application des articles 1792 et 2270 du code civil.

Quelle est la nature du contrat conclu entre la société « je me charge de tout » et la société « kiconstruitou » ? (2 points).

L'entreprise « kiconstruitou », choisie pour réaliser la route des Lacets, passe commande de bitume à une autre société.

Quelle est la nature de ce nouveau contrat ? (1 point).

Quel ordre de juridiction est alors compétent pour connaître des éventuels litiges qui naîtraient de l'exécution de ce contrat ? (0,5 point).

Cas n° 2.

L'ouvrage a été construit puis remis au département de La Réunion qui assume alors la responsabilité de sa gestion et de son entretien. Le tracé de la route longe la maison de M. Payet et rompt sa tranquillité millénaire. Le département vous consulte pour savoir si sa responsabilité pourrait, pour ce fait, se voir engager.

Si oui, sur quel fondement ? Et à quelles conditions ? (2 points).

Cas n° 3.

Un accident est survenu le 30 août 2011 sur la route nationale dite « route du littoral », construite par l'Etat en 1963, et dont la gestion a été transférée à la Région Réunion à compter du 1er janvier 2008. Cet accident a été causé par l'effondrement, sur une voiture, d'un bloc rocheux issu de la falaise qui borde la route. Et il a causé un blessé grave.

La victime pourrait-elle rechercher la responsabilité de l'administration en vue d'obtenir réparation du dommage subi ? Si oui, auprès de quelle personne publique et sur quel(s) fondement(s) ? Détaillez, pour chaque fondement suggéré, les conditions d'engagement de la responsabilité et les éventuelles causes exonératoires que pourrait utilement invoquer la personne publique. (4 points)

Cas n° 4.

Pour permettre l'organisation d'un grand marché potier, le maire de la ville Santon-en-Provence interdit aux commerçants ambulants - qui avaient pris l'habitude d'installer leurs étals situés sur le tracé réservé au marché potier – d'exercer leur activité. La même interdiction est également édictée à l'encontre des marchands ambulants dont les étals sont situés dans des rues jouxtant ce tracé. Les autres magasins conservent le droit d'ouvrir selon leurs habitudes et se voient même délivrer une autorisation d'ouvrir le dimanche pour ceux qui l'ont sollicitée.

Ces mesures sont-elles légales ? (5 points)

Cas n° 5.

Le 16 août 2011, dans la commune Apéro-sur-Loire. M. Hoarau a englouti des ti punchs en nombre plus important que son seuil de tolérance ne lui permettait de décemment supporter au bar « Vomito ». A sa sortie du bar, il cause des troubles à l'ordre public (exhibitionnisme et tapage nocturne).

Dès le lendemain, le maire, qui n'est autre que le beau-frère de M. Hoarau, décide la fermeture immédiate du bar pour une durée d'un mois, afin de prévenir les éventuels troubles à l'ordre public qui pourraient à nouveau être occasionnés par la consommation d'alcool dans ce bar, réputé pour ne pas respecter l'interdiction légale de servir de l'alcool à des personnes ivres.

M. Charrette, gérant du bar, outré de ce qu'une telle mesure ait été adoptée sans qu'il ait été mis à même de faire valoir ses observations, a formé, dès le 20 août 2011, un référé liberté à l'encontre de cette décision.

Ayant entendu vanter vos louanges, le maire de la commune vous demande d'assurer la défense de la commune dans cette affaire.

Quelle analyse juridique faites-vous du bien-fondé du moyen susmentionné ? Et quelles solutions proposez-vous au maire de suivre ? (5,5 points)

FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE

C.R.F.P.A. 2011

EPREUVE DE : DROIT DU TRAVAIL

Durée : 3 heures

Ce sujet comporte 1 page

Document(s) autorisé(s) :

Aucun

Matériel(s) autorisé(s) :

Aucun

Sujet : veuillez commenter l'arrêt suivant.

Cour de cassation Assemblée plénière Audience publique du 22 avril 2011

Sur le moyen unique :
Vu les articles L. 1132-1 et L. 1235-3 du code du travail ;
Attendu que si l'article L. 1132-1 du code du travail fait interdiction de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié ; que celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Soc., 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-44.251), que Mme X... , employée depuis le 1er mai 1983 par le syndicat des copropriétaires du 92-94 rue d'Alésia à Paris en qualité de gardienne à temps complet, s'est trouvée en arrêt de travail pour maladie du 8 au 23 mars 2003, puis du 25 avril au 30 novembre 2003 ; qu'ayant été licenciée le 19 novembre 2003, avec un préavis expirant le 22 février 2004, pour le motif suivant : "maladie prolongée rendant nécessaire votre remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal du service gardiennage", elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;
Attendu que pour juger le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et débouter la salariée des demandes présentées de ce chef, l'arrêt retient que les tâches confiées à Mme X... ont été intégralement reprises par un salarié d'une entreprise de services dans le cadre de dispositions s'inscrivant dans la durée, ce qui caractérise son remplacement effectif et définitif dans des conditions établissant la bonne foi du syndicat des copropriétaires, au demeurant présumée, ce système d'emploi indirect ayant l'avantage de mieux le garantir d'une absence prolongée du gardien, situation dont il avait durablement pâti et contre laquelle il était en droit de se prémunir ;
Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, sauf en sa disposition condamnant le syndicat des copropriétaires de l'immeuble 92-94 rue d'Alésia à Paris à payer à Mme X... une somme à titre de reliquat d'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt rendu le 29 janvier 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, pour le surplus, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;
Condamne le syndicat des copropriétaires aux dépens ;