

COMITÉ DE DÉONTOLOGIE ET DE PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Avis n°2014-2 relatif à la portée en matière sanitaire des décisions du Conseil constitutionnel du 9 octobre 2013 [saisine n° 11]

Par deux décisions rendues le 9 octobre 2013 (n°2013-675 CD et n°2013-676 DC), le Conseil constitutionnel a eu à contrôler la constitutionnalité respectivement d'une loi organique (n°2013-906) et d'une loi ordinaire (n°2013-907) relatives toutes deux à la transparence de la vie publique. Ces deux lois ont pour objet de prévenir les conflits d'intérêts en prévoyant, notamment, une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration publique d'intérêts pour les personnes qu'elles visent. Il s'agit des Parlementaires pour la loi organique. La loi ordinaire concerne principalement les membres du gouvernement, les titulaires d'un mandat électif et les personnes chargées d'une mission de service public, mais elle vise également les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ainsi que toute personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres.

Le Conseil constitutionnel a censuré certaines dispositions de ces deux lois, organique et ordinaire. En particulier, le Conseil constitutionnel a censuré trois dispositions relatives aux déclarations publiques d'intérêts, prévoyant respectivement :

- La déclaration des « autres liens susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts »,
- L'indication des activités professionnelles exercées par les enfants, les parents ou tout autre membre de la famille du déclarant,
- La publication des déclarations des personnes exerçant des responsabilités de nature administrative et n'ayant pas de fonctions électives.

C'est pour violation du principe de légalité des délits et des peines que le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions législatives prévoyant la déclaration de tout autre lien susceptible de faire naître un conflit d'intérêts sous peine de sanctions pénales, les textes n'étant pas assez précis sur les éléments constitutifs de l'infraction (v. *infra* p.5).

Les deux autres dispositions litigieuses ont été confrontées par le Conseil constitutionnel au droit de chacun au respect de sa vie privée. Après avoir rappelé que ce droit résulte de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lequel protège la liberté individuelle, il a constaté que les dispositions litigieuses portaient atteinte à ce droit. Le Conseil constitutionnel a alors recherché si ces atteintes étaient justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate, et proportionnée à cet objectif. Considérant que tel n'était pas le cas, il a censuré les dispositions litigieuses.

Or, la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a conduit à l'insertion dans le Code de la santé publique de deux dispositions réglementaires comparables à celles qui ont été déclarées inconstitutionnelles. L'article R.1451-2 7^e prévoit en effet l'indication de certaines activités exercées actuellement ou au cours des cinq années précédentes par les parents, enfants, conjoint, partenaire ou concubin du déclarant. Le 8^e, quant à lui, impose au déclarant de signaler les « autres liens » dont il estime qu'ils sont de nature à faire naître des situations de conflits d'intérêts, ainsi que les sommes reçues à ce titre. Enfin, on peut se demander si le champ d'application des lois du 11 octobre 2013 inclut, ou non, les agents de l'Anses.

Le comité de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts de l'ANSES (CDPCI) a été saisi par une lettre du Directeur général en date du 20 décembre 2013, l'interrogeant sur l'applicabilité des décisions rendues par le Conseil constitutionnel le 9 octobre 2013 au dispositif des déclarations publiques d'intérêts élaboré en matière de sécurité sanitaire et d'expertise.

Ainsi, l'avis du CDPCI est sollicité sur le point de savoir s'il faut considérer que le Conseil constitutionnel, ayant délibéré sur une loi dont le champ ne recouvre pas celui de la santé, il ne serait pas, *a priori*, nécessaire de modifier les pratiques de l'agence – ou si, au contraire, l'agence doit tenir compte des décisions du Conseil constitutionnel et modifier ses pratiques et, dans cette hypothèse, selon quelles modalités.

Cette question est particulièrement sensible pour le CDPCI qui, avant la publication du décret du 9 mai 2012, avait rendu un avis relatif à la nature et à l'étendue des liens familiaux à mentionner dans la déclaration publique d'intérêts¹.

*
* * *

Avant de répondre aux questions précises de la saisine relatives à la nécessité ou non de revoir les modalités de gestion de la DPI au sein de l'ANSES, le comité souhaite apporter quelques brefs éclaircissements sur le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel et sur la portée exacte des décisions rendues le 9 octobre 2013.

Toute saisine du Conseil constitutionnel fixe l'étendue de son examen et limite ainsi la portée de sa décision. Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel le 9 octobre 2013 portaient sur la transparence de la vie publique et ne recouvrent donc pas nécessairement le domaine particulier de la santé publique et de l'expertise. Elles ne préjugent dès lors pas la décision que le Conseil pourrait rendre sur les dispositions de la loi Bertrand du 29 décembre 2011, eu égard aux enjeux spécifiques en la matière.

Bien que la loi sur la transparence de la vie publique s'applique à l'administration, les dirigeants et agents de l'ANSES sont exclus de son champ d'application quant aux obligations de déclaration d'intérêts. En effet, la loi fixe en son article 11 la liste des personnes soumises aux obligations qu'elle pose. Figurent notamment dans cette liste, les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, ou

¹ Avis n°2012-1 du 28 mars 2012

encore toute personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres. Or, conformément aux articles L.1313-1 et suivants du Code de la santé publique, aucune des personnes travaillant au sein de l'ANSES, établissement public de l'Etat à caractère administratif, n'est nommée par décret en conseil des ministres. En particulier, son directeur général est nommé par décret simple conformément aux dispositions de l'article L.1313-5 du Code de la santé publique.

Enfin, la saisine du 20 décembre 2013 s'inquiétait d'une possible question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre des dispositions du Code de la santé publique. A cet égard, il convient de rappeler que, si le Code de la santé publique fait état de dispositifs similaires à ceux des lois relatives à la transparence de la vie publique qui ont été censurés, ces dispositifs sont organisés par des dispositions réglementaires et non législatives. Dès lors, c'est dans le cadre d'un contentieux devant le juge administratif que leur validité se trouverait le plus vraisemblablement remise en cause. Une question prioritaire de constitutionnalité visant les dispositions de l'article L.1451-1 I alinéa 3, en ce qu'elles imposent la déclaration des liens d'intérêts « par personne interposée » sans autre précision, ne saurait toutefois être exclue.

Pour répondre à la saisine, il est nécessaire d'examiner si le raisonnement juridique tenu par le Conseil constitutionnel en ce qui concerne les dispositions de la loi sur la transparence de la vie publique trouverait à s'appliquer aux dispositions du Code de la santé publique et d'envisager, le cas échéant, les modifications possibles des modalités de gestion des DPI au sein de l'ANSES.

Trois points doivent être successivement abordés :

- La validité de l'obligation faite à l'expert de déclarer, outre une série d'informations précises sur ses employeurs, ses financements, ses investissements, etc., tout autre lien qu'il estime de nature à faire naître un conflit d'intérêts, rubrique générale dont le contenu n'est en rien précisé ;
- La validité des dispositions relatives aux informations sur la famille du déclarant ;
- Le périmètre des personnels de l'ANSES assujettis à l'obligation de déclaration et la publicité de celle-ci.

1. Sur les dispositions imposant la déclaration de tout lien de nature à faire naître un conflit d'intérêts :

La loi sur la transparence de la vie publique, telle que soumise au Conseil constitutionnel, imposait au déclarant de signaler tous « *les autres liens susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts* ». Si le déclarant ne satisfait pas cette obligation, il est passible de sanctions pénales. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel pour violation du principe de la légalité des délits et des peines.

Ce principe, qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, impose au législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale. Cela suppose en particulier de définir précisément les éléments constitutifs de l'infraction. Or, la simple mention « *autres liens susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts* » a été considérée par le Conseil comme ne permettant pas de déterminer avec suffisamment de précision les éléments constitutifs de l'infraction.

Le même raisonnement doit être transposé aux dispositions réglementaires de l'article R.1451-2 8° du Code de la santé publique, bien que la rédaction de cet alinéa soit un peu différente de celle retenue dans la loi du 11 octobre 2013².

Cependant, l'arrêté du 5 juillet 2012 portant fixation du document type de la déclaration publique d'intérêts mentionnée à l'article L.1451-1 du Code de la santé publique a uniformisé la déclaration publique d'intérêts en établissant un formulaire unique qui s'impose à toutes les agences sanitaires et aux administrations compétentes en matière de santé publique. L'ANSES étant liée par ce texte et ne disposant d'aucune marge d'adaptation, le comité ne peut formuler aucune recommandation utile quant aux rubriques de la DPI.

En l'état de ces constatations, le comité ne peut qu'inviter le Directeur général de l'ANSES à saisir la ministre de la santé en lui proposant de préparer un projet de décret abrogeant le 8° de l'article R.1451-2 et de modifier en conséquence par arrêté le document-type de DPI. L'agence pourrait ensuite prévoir la possibilité pour le déclarant d'accompagner sa DPI d'informations complémentaires, non rendues publiques³, qu'il souhaiterait (ou estimerait devoir) porter à sa connaissance.

2. Sur les dispositions relatives aux informations concernant la famille du déclarant :

Le projet de loi sur la transparence de la vie publique imposait au déclarant de signaler « *les activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin, les enfants et les parents* ». En ce qui concerne les enfants et les parents, cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel comme constituant une atteinte disproportionnée à la vie privée.

Or, l'article L.1451-1 du CSP est très proche puisqu'il dispose en effet que la déclaration publique d'intérêts doit mentionner les liens d'intérêts de toute nature, « *directs ou par personne interposée* » que le déclarant a pu instaurer avec des entités dont les activités entrent dans le champ de compétence dans lequel il est amené à intervenir.

La partie réglementaire du Code de la santé publique (article R.1451-2 7°) précise qui sont ces « personnes interposées » - les parents et les enfants du déclarant, son conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte de solidarité et les parents et enfants de ce dernier – ainsi que les activités concernées.

Les dispositions du Code de la santé publique sont donc plus intrusives dans la vie privée des déclarants que celles qui ont été censurées et devraient donc l'être *a fortiori*. Pourtant, deux arguments peuvent être envisagés pour soutenir que les dispositions du Code de la santé publique ne sont pas susceptibles de la même censure que celles initialement contenues dans la loi sur la transparence de la vie publique : les enjeux spécifiques en matière

² En effet, aux termes de l'article R.1451-2 8°, doivent être déclarés tous les liens dont le déclarant « estime » qu'ils sont de nature à faire naître des situations de conflits d'intérêts. La loi du 11 octobre 2013, quant à elle, vise, sans autre précision, tous les liens « susceptibles » de faire naître un conflit d'intérêts.

³ Les éléments de la DPI étant très complets sur les intérêts directs, d'ordre professionnel ou financier, les autres liens susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts semblent être plutôt des liens par personne interposée autre qu'un proche parent mentionné au 7° de l'article R.1451-2 ou des liens intellectuels.

de sécurité et d'expertise sanitaires, d'une part, les différences existant quant aux délimitations exactes de l'obligation d'information, d'autre part.

a) Une déclaration justifiée par les enjeux particuliers de la santé publique et de l'expertise

Comme le comité a déjà eu l'occasion de le préciser dans son avis 2012-1, les rubriques de la DPI relatives à la famille du déclarant soulèvent le problème de l'équilibre à trouver entre le droit au respect de la vie privée et le droit d'être informé. Le principe de proportionnalité, fondement de la décision du Conseil constitutionnel, doit permettre d'apprécier cet équilibre et de déterminer si l'atteinte portée à un droit, en l'occurrence le droit à la vie privée, est proportionnelle, c'est-à-dire justifiée, nécessaire et limitée à la protection de l'intérêt légitime protégé. Celui-ci est, comme dans le cas de la loi sur la transparence de la vie publique, l'obligation de prévention des conflits d'intérêts, mais elle est particulièrement rigoureuse en matière de sécurité sanitaire. En effet, la suspicion sur les décisions prises entraîne une perte de confiance du public envers les autorités, comme dans le cas de la loi sur la transparence de la vie publique. Mais, au-delà, les catastrophes sanitaires dans lesquelles ont été reconnus des conflits d'intérêts ont entraîné maladies, handicaps et décès.

À cet égard, les enjeux en matière de santé publique et d'expertise sont d'une nature particulière, distincte de ceux en cause dans la vie publique. Si l'on retrouve des éléments communs (probité, intégrité, prévention et lutte contre les CI en général), ces objectifs ont, en matière de santé publique, une raison d'être qui leur est propre. En effet, depuis l'affaire de la transfusion sanguine et celle de l'amiante, l'efficacité de la sécurité sanitaire a été mise en cause, suscitant plusieurs réformes législatives dont des affaires plus récentes, telles celles des prothèses mammaires PIP à base de gel de silicone défectueux ou du Mediator, ont montré les limites. Ces différentes affaires ont mis à mal la confiance des citoyens dans le fonctionnement du système de santé. C'est notamment afin de rétablir cette confiance que le législateur a adopté la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé et posé comme condition clé de l'avenir de la recherche et du développement dans le domaine de la santé, la qualité et la crédibilité de l'expertise sanitaire impliquant la transparence des processus décisionnels.

Ces enjeux particuliers au domaine sanitaire pourraient contribuer à justifier le caractère proportionné de l'atteinte portée à la vie privée par la déclaration publique d'intérêts.

b) Une obligation de déclaration mieux définie

Le Conseil constitutionnel a limité, dans les lois relatives à la transparence de la vie publique, les obligations de déclaration relatives à la famille du déclarant. Il a en effet considéré que l'obligation de déclarer l'activité exercée par les enfants et les parents constituait une atteinte disproportionnée à la vie privée au regard de l'objectif poursuivi, à savoir le renforcement des garanties de probité et d'intégrité des déclarants. Seules les déclarations relatives au conjoint, partenaire de PACS ou concubin constituent, selon lui, une obligation proportionnée, en raison de la communauté de vie de ces personnes avec le déclarant⁴.

Appliqué en matière d'expertise sanitaire, le raisonnement du Conseil constitutionnel semble, *a priori*, aboutir à la censure d'une partie de l'article R. 1451-2 7° du Code de la santé publique, lequel vise, outre le conjoint, partenaire ou concubin, les enfants, les parents et les beaux-parents. Le comité ne pourrait que déplorer une telle

⁴ Décision n°2013-675 DC, considérant n°28 et 29 ; décision n°2013-676 DC, considérant n°14 et 15.

transposition. Dans son avis 2012-1, il s'est en effet prononcé en faveur d'une intégration assez large des liens familiaux : le conjoint, les ascendants, descendants jusqu'au second degré, les frères et sœurs et les collatéraux jusqu'au 3^e degré. Cette nécessité de prendre en compte certains actes ou certaines activités des membres de la famille n'est au demeurant pas spécifique au domaine sanitaire. Ainsi, par exemple, l'article L.111-6 du Code de l'organisation judiciaire prévoit la récusation du juge si l'une des parties au procès s'avère être un de ses parents ou alliés. Cette règle s'impose pour un lien familial jusqu'au 4^e degré établi vis-à-vis du juge lui-même ou de son conjoint⁵. Si le respect de la vie privée impose que les rapports familiaux ne soient pas, dans leur généralité, considérés comme des liens d'intérêts devant être déclarés, le droit admet déjà largement que la situation particulière des membres proches de la famille puisse faire naître une suspicion légitime sur l'impartialité d'une personne. Les enjeux particuliers précédemment évoqués en matière de santé publique imposent en effet de prévenir les soupçons liés aux liens d'intérêts entretenus par un expert ou ses proches au sein du domaine d'expertise.

En outre, le raisonnement du Conseil constitutionnel pourrait ne pas être transposable aux dispositions de l'article R.1451-2 7° du Code de la santé publique en raison des précisions qu'il contient quant au contenu des informations à déclarer.

En effet, la déclaration se limite aux liens avec une entité concernée par le domaine d'activité de l'expertise. Le comité avait eu l'occasion, dans son avis 2012-1, de mettre en avant le caractère proportionné de l'atteinte à la vie privée ainsi organisée. Ce caractère proportionné est renforcé par le fait que le déclarant identifie le proche concerné par la seule mention de son lien de parenté. Ainsi, contrairement à ce qui était prévu dans la loi relative à la transparence de la vie publique, l'obligation de déclaration des liens familiaux n'est pas systématique, mais limitée aux personnes présentant des liens avec le domaine d'activité de l'expertise, les activités visées étant, en outre, précisément définies. Dès lors, les hypothèses délimitées de déclaration des liens familiaux établies par les dispositions de l'article R.1451-2 7° du Code de la santé publique devraient pouvoir être considérées comme présentant un caractère proportionné au regard de l'atteinte portée et de l'objectif poursuivi.

Le comité tient cependant à rappeler la suggestion qu'il faisait dans son avis 2012-1 de limiter encore l'atteinte à la vie privée. En effet, les informations divulguées, si elles ont un intérêt pour l'appréciation par le public d'un éventuel conflit d'intérêts, sont susceptibles de nuire au salarié de l'entreprise, membre de la famille du déclarant. Dès lors, le comité proposait de n'indiquer dans la partie publique de la déclaration que le domaine d'activité, - le nom de l'entreprise et la position précise du membre de la famille devant être conservés dans la partie non divulguée.

Dans le cadre d'une modification de l'article R.1451-2, le III, qui précise les mentions non rendues publiques, pourrait être complété en ce sens.

Enfin, le CDPCI tient à rappeler qu'au-delà des mentions figurant dans la déclaration publique d'intérêts, l'expert qui se trouve dans une situation de conflit d'intérêts doit le signaler et ne peut siéger sans commettre un délit.

⁵ Sur la manière de discerner les « degrés », cf. article 743 du Code civil.

3. Le périmètre des déclarants au sein de l'ANSES et la publicité de leur déclaration

Le Conseil constitutionnel a jugé nécessaire de restreindre le champ des déclarations publiques d'intérêts tel qu'il avait été initialement prévu par la loi relative à la transparence de la vie publique. Il a considéré que le caractère public de cette déclaration constituait une atteinte à la vie privée proportionnée au résultat recherché – transparence, probité et intégrité dans la détermination et la conduite de la politique – pour les personnes exerçant des fonctions électives ou ministérielles. Au contraire, il l'a censuré pour les personnes n'ayant que des responsabilités de nature administrative. Les citoyens doivent donc pouvoir s'assurer de la probité des personnes à qui ils ont, directement ou indirectement, remis un pouvoir ou un mandat décisionnaire et c'est au regard de ces missions particulières que l'atteinte à la vie privée est considérée comme proportionnée.

Il convient d'apprécier le périmètre des déclarants de l'ANSES définis par la décision du 2 juillet 2012 du Directeur général de l'agence au regard de ce raisonnement et des objectifs poursuivis par le législateur à travers la mise en place de la déclaration publique d'intérêts en matière de sécurité sanitaire et d'expertise.

Ces objectifs ont été dégagés précédemment. Il s'agit de redonner confiance aux citoyens dans l'encadrement et le fonctionnement du système de santé, en assurant la transparence des processus décisionnels. Dès lors, conformément au raisonnement du Conseil constitutionnel, les acteurs de ce processus décisionnel doivent être soumis à une DPI.

En application de l'article L.1451-1 du code de la santé publique, l'article R.1451-1 III (1° et 2°) impose la DPI aux agents participant à la préparation des décisions, recommandations, références et avis relatifs à des questions de santé publique ou de sécurité sanitaire, ainsi qu'à ceux exerçant des fonctions d'inspection, d'évaluation, de surveillance et de contrôle.

Au sein de l'ANSES, il convient donc de prendre en compte les personnels des laboratoires et les experts intégrés à l'agence ou sollicités ponctuellement par elle pour réaliser des travaux d'expertise. À cet égard, il est également essentiel de garantir la transparence sur les processus de sélection de ces experts et donc de soumettre à DPI les personnes chargées de cette sélection. Enfin, doivent être soumis à DPI les personnels chargés d'évaluer les expertises, de rendre les décisions et de déterminer la politique de l'ANSES. Au contraire, doivent en être dispensés les personnels assurant une tâche purement administrative et ne participant pas à la préparation des avis, recommandations ou décisions.

Au regard de ces critères, il apparaît au CDPCI que la décision n°2012-07-212 du 2 juillet 2012 est conforme au raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel. Elle dispense les personnels assurant une fonction dite support (RH, services généraux, archives, service informatique et secrétariat) de DPI. Au contraire, elle soumet à DPI tous les personnels de direction et d'encadrement, ainsi que les responsables scientifiques et les membres de comités participant au processus décisionnel.

Fait à Maisons-Alfort le

25 JUIN 2014

Pour le comité de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts :

Le président,


Pierre Le Coz