

UNIVERSITE PARIS 2 PANTHEON-ASSAS
INSTITUT DE DROIT COMPARE
MASTER 2 DROIT EUROPEEN COMPARE



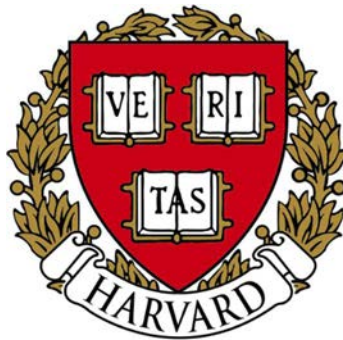
2014 - 2015

La question du statut de profession libérale :
Étude comparative France – Etats-Unis

Mémoire dirigé sous la direction du
Professeur Marie Goré

Alexandra BRAY

Séjour de recherche effectué à l'Université d'Harvard



Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université.

Remerciements

A mes parents, pour leur indéfectible soutien et leur regard critique mais toujours enthousiaste, sur mon travail.

A Madame le Professeur Goré qui m'a constamment soutenue, malgré mes hésitations, et qui s'est toujours montrée attentionnée et intéressée par mes travaux.

Au Dr Sydney Sebban, qui m'a consacré son précieux temps parmi toutes ses fonctions pour faire un entretien de qualité, et m'aiguiller sur les problématiques médicales.

Au Dr Dominique Damais-Thabut, qui a accepté de répondre à mes questions sur son expérience américaine.

A Clara, amie précieuse qui aura su me soutenir lors de l'écriture de ce mémoire.

A la Harvard Law Library et à son personnel, pour son accueil toujours chaleureux, son aide, sa proximité avec les étudiants.

A ma belle université, qui m'a vu mûrir et m'a appris la rigueur, la critique. Ce mémoire met un terme à ces cinq dernières années...

Abréviations

AAFP	American Academy of Family Physicians
ABA	American Bar Association
AMA	American Medical Association
C.SP	Code de la Santé Publique
C.SS	Code de la Sécurité Sociale
CE	Traité des Communautés européennes
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CEE	Communauté Economique Européenne
CGI	Code Général des Impôts
CIEP	Centre International d'études pédagogiques
CNPL	Chambre Nationale des Professions Libérales
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
IGAS	Inspection Générale des Affaires sociales
IGF	Inspection Générale des Finances
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
UE	Union Européenne
URSSAF	Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales

Sommaire

Introduction

Partie 1 : la définition de la profession libérale et son exercice

Chapitre 1 : Nature de la profession libérale

Section 1 : Eléments de distinction

- I. Pluralité des définitions et des professions mais universalité de la notion
- II. La distinction règlementée/ non règlementée

Section 2 : Responsabilité et indépendance, caractères universels et fondamentaux de la profession libérale

- I. Une responsabilité professionnelle propre
 - A. Responsabilité due à la clientèle
 - B. Responsabilité envers la profession
 - C. Responsabilité envers la société
- II. Liberté et indépendance d'exercice
 - A. Indépendance du professionnel libéral
 - B. Formes d'exercice diverses : l'exemple de l'avocat

Chapitre 2 : Intérêts et justifications des réglementations

Section 1 : Fondements historiques des réglementations

- I. Justification principale : la protection du consommateur
 - A. Du point de vue strictement marchand
 - B. Du point de vue 'bien public'
 - C. Un exemple topique : historique et essor des pharmacies américaines
- II. Justification subsidiaire pour certaines professions : organisation et équilibre territorial

Section 2 : Le protectionnisme fédéral, nouvel enjeu des réglementations

- I. La profession libérale, moyen de compétitivité économique
- II. La profession libérale, outil de légitimation fédérale

Partie 2 : La remise en cause du caractère libéral : vers une disparition de ces professions ?

Chapitre 1 : les professions libérales à l'épreuve du droit de la concurrence

Section 1 : Remise en cause de la nature des entités et des services par une lecture concurrentielle des professions libérales

- I. L'approche américaine : le contrôle antitrust au regard de la nature des services des professions libérales
 - A. Des origines jurisprudentielles balbutiantes
 - B. Arrêt Goldfarb : fin de l'exemption implicite et nouvelles incertitudes
 - C. Le statut jurisprudentiel actuel hybride des professions libérales

- II. L'approche européenne : le contrôle anticoncurrentiel au regard de la nature des entités
 - A. *Ratio decidendi et Ratio legis* du contrôle
 - B. Exercice du contrôle par le juge européen sur la nature des entités

Section 2 : Vers une dérèglementation pro-concurrentielle au service des « consommateurs » ?

- I. L'introduction de la pratique du crédit à la consommation
 - A. Le champ d'application de la loi et les exemptions
 - B. Remise en cause de l'éthique des professionnels et application de la loi

- II. Une dérèglementation au service de la « croissance ; l'activité, et l'égalité économique » : la mise en œuvre de la loi Macron et ses incidences sur l'indépendance professionnelle.
 - A. Le défi de l'interprofessionnalité : vers une perte d'indépendance des professionnels du droit au profit d'un service global ? vers la fin du statut libéral ?
 - B. Une régulation concurrentielle et pro-libérale des professions juridiques règlementées : révision tarifaire alignée sur le marché et installation encadrée par l'Autorité de la Concurrence.

Chapitre 2 : Une profession libérale en voie de disparition : étude approfondie de la médecine libérale

Section préliminaire : Aperçu comparatif des deux systèmes de santé

Section 1 : Atteinte aux fondamentaux de la rémunération et de l'entente directe

- I. La contractualisation des soins par les tiers payeurs. Conventionnement publique unitaire français et contractualisation privée multiple américaine

- II. Evolution des modes de paiement : du paiement à l'acte à la forfaitisation instituée

- A. Le tiers-payant « généralisé » : forfaitisation des soins à la discrétion des mutuelles complémentaires privées.
- B. Salariat, « Obama Care » : vers une médecine étatisée dans un système de santé pro-concurrentiel ?
- C. Autres modalités de paiement remettant en cause l'indépendance

Section 2 : Une liberté d'exercice de plus en plus contrainte

- I. Liberté de prescription encadré et formation continue sous influence
- II. Libre choix du médecin par le patient encadré et conditionné

Section 3 : Responsabilité professionnelle judiciarisée : vers une convergence des deux modèles ?

- I. Un fondement juridique commun de la responsabilité médicale : l'existence d'une faute
- II. Régimes de responsabilités de natures différentes entre les deux pays
- III. Convergence des deux pays vers une « médecine défensive » ?

Conclusion

Bibliographie

Annexes

Annexe I : Entretien avec le Docteur Sydney Sebban

Annexe II : Entretien avec le Docteur Dominique Damais-Thabut

Introduction

1. « L'origine historique comme la nature des professions libérales conduisent normalement à une organisation assurant à leurs membres une entière indépendance. Professions d'hommes libres, professions nobles, elles ne peuvent mettre celui qui les exerce en état de subordination sans renoncer à ces qualités. La fierté des membres des professions libérales est de n'avoir d'autre maître, qu'eux-mêmes. »¹. En 1947, le Pr. Jean Savatier s'interrogeait déjà sur la nature et les caractéristiques des professions libérales. L'exercice indépendant, qualité intrinsèque de ce statut était également souligné : « Aussi bien cette indépendance répond à la nature de ces professions : comment le client pourrait-il se confier au professionnel aussi complètement que c'est nécessaire s'il le savait subordonné à un tiers dont les intérêts viennent contrecarrer les siens ? La nature de la relation professionnelle répugne également à une subordination de l'une des parties par l'autre : le client ne vient-il pas demander des conseils plutôt que donner des ordres ? »²
2. Les enjeux soulevés par Savatier illustrent le sujet soumis à cette étude. La « question du statut » témoigne d'une éventuelle remise en question des caractéristiques inhérentes aux professions libérales : indépendance, absence de subordination tant en amont (par un employeur) qu'en aval (par le client recevant le service). Si celles-ci sont menacées, c'est bien l'exercice de la profession elle-même qui devient menacée à son tour.
3. En France, de nombreuses réformes portant sur ces professions sont engagées depuis ces derniers mois et symbolisent progressivement la 'marque' du quinquennat 2012-2017. Ainsi, le projet de loi dit « Macron » portant notamment réforme sur les professions réglementées³ a fortement bouleversé des professions généralement peu enclines à la protestation, tant celle-ci porterait atteinte au caractère libéral de leur exercice par des lourdeurs administratives et mesures impératives⁴. Le secteur médical n'est pas en reste,

¹ J. SAVATIER, *La profession libérale. Etude juridique et pratique*. Thèse Poitiers, LGDJ, 1947, p.63.

² *sic*

³ Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité économique, adopté en Procédure accélérée en application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution le 19 février 2015 par l'Assemblée Nationale

⁴ VOGEL Louis, « Des professions réglementées aux professions...surréglementées ! » in *Le Figaro*, 16 février 2015, p.18.

et c'est l'ensemble des médecins libéraux qui désormais craignent leur disparition⁵ future par l'avènement du « tiers payant généralisé » voté par l'Assemblée nationale.⁶

4. Si la question semble toujours féconde, le lecteur pourrait néanmoins s'interroger, à juste titre, sur la pertinence du champ géographique choisi pour comparer le statut de ces professions. La France, marquée par le rôle prépondérant de la puissance publique sur son économie, et les Etats-Unis, fer de lance du libéralisme économique depuis ses origines : le débat paraît vain sinon endigué, neutralisé d'avance. Pourtant, les évolutions économiques, sociétales et juridiques connues par ces deux pays depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale démontrent un point de convergence certain.
5. Afin de contrebalancer, puis concurrencer l'hyperpuissance économique américaine, l'Europe libérée choisissait en 1957 la coopération économique⁷, puis en 1992 l'Union⁸, en se reconstruisant sur des bases libérales. Dès lors, l'harmonisation induite par la Communauté Economique Européenne (ci-après 'CEE') a entraîné les Etats membres à engager de nombreuses réformes, adaptations sur l'ensemble de ses secteurs d'activités économiques. Ainsi, les professions libérales offrant des « services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du client et du public »⁹ devenaient nécessairement en proie à être impactés par de tels bouleversements. Désormais, la logique concurrentielle tend à déréglementer ces professions pour les rendre plus compétitives, libérer « l'activité économique » en supprimant les « législations superflues » afin d'éliminer les entraves au marché intérieur.¹⁰

A contrario, le système fédéral américain s'est toujours construit, depuis ses prémices, sur la prédominance du marché, les 'learned professions' ¹¹ s'étant implantées en fonction de celui-ci. Les réglementations faites par la suite n'ont été que sporadiques, non fédérales, et surtout, nous le verrons, essentiellement orientées dans l'intérêt du consommateur de ces 'services'. Pour autant, la nature des services proposés ne semble pas si éloignée de la

⁵ MARIE Romain, « La généralisation du tiers payant : entre amélioration de l'accès aux soins et défiance des médecins », in *Droit Social*, n°10, Octobre 2014, p.851

⁶ Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi de modernisation du système de santé n°406, adopté en 1ère lecture par l'Assemblée Nationale le 14 avril 2015, TA n°505

⁷ Article 2, Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne, 25 mars 1957

⁸ Traité de Maastricht instituant l'Union Européenne, 7 février 1992

⁹ Cons. 43., Directive 2005/36/CE du Parlement Européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles du 7 septembre 2005

¹⁰ Cons. 3., COM (2005) 405 final, 5 mai 2005, Communication de la Commission ; Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales COM (2004) 83, 9 février 2004

¹¹ Traduction de « professions libérales »

vision française, et a fait l'objet de multiples redéfinitions par la jurisprudence fédérale américaine à travers le prisme des lois 'antitrust'¹². Les évolutions sociétales de la société américaine, très protectrice de ses consommateurs ont par ailleurs joué de cette définition ambiguë au regard du marché, induisant de nouvelles problématiques tant pour les « lawyers » que pour les « physicians », créateurs de leurs clients.¹³

6. **Exclusions et limites.** La notion de profession libérale couvre une réalité trop large de professionnels pour pouvoir établir un tableau comparatif exhaustif. Ainsi, l'accent sera porté sur deux des trois professions traditionnellement reconnues parmi les « three learned professions » américaines que sont les médecins, les avocats, et les « minister Church members »¹⁴. Cette étude choisit de développer plus particulièrement le statut des avocats, et des médecins pour plusieurs raisons.
7. En effet la définition sectorielle retenue par la Chambre Nationale des Professions Libérales (CNPL)¹⁵, organisme représentant l'ensemble des professions libérales françaises pourrait alerter sur le large spectre de professionnels qui ne seront que brièvement exposés dans cette étude. Par exemple, le secteur technique regroupant architectes, géomètres-experts, experts-comptables ne fera pas l'objet d'une étude approfondie tant elle serait fastidieuse et même ennuyeuse pour le lecteur.
8. Si un choix semblait inévitable, pourquoi se centrer principalement sur ces professions d'avocat et de médecin ? Le lecteur pourra noter la dimension nécessairement subjective voire personnelle de cette sélection. D'une part, la profession d'avocat est apparue peu à peu comme une vocation, sinon comme une évidence à l'auteur au cours de ses études de droit. D'autre part, son entourage familial est principalement composé de médecins tant généralistes, que spécialistes tantôt libéraux tantôt hospitaliers : l'intérêt et la curiosité étaient alors déjà aiguisés depuis plusieurs années. Mais ce choix ne se limite pas à des considérations de l'ordre de l'affect ! Celles-ci ne font que compléter une observation beaucoup plus pragmatique et décisive.

¹² COLEMAN James E., « Antitrust exemptions : the learned professions », in *Antitrust Law Journal*, Vol.33, Avril 1967, pp. 48-55. ; *AMA v. United States*, 130 F.2d 223 (D.C. Cir. 1942), aff'd, 317 U.S. 519., 1943

¹³ BACKMAN James H., « Consumer credit and the learned professions of law and medicine » in *Brigham Young University Law Review*, 1976, pp. 783-824.

¹⁴ WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », Article in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), pp. 131 ; 136

¹⁵ Site internet du CNPL : <http://www.cnpl.org/>

En effet, tant en France qu'aux Etats-Unis, ces deux professions sont, depuis une vingtaine d'années, au cœur d'une tourmente juridique, d'une judiciarisation de leur exercice, d'une réglementation ou d'une dérèglementation politiquement et économiquement orientées tant directement (Réforme des professions réglementées, Loi Santé) qu'indirectement (Programme Obama care, crédits à la consommation). Une étude comparative plus approfondie est donc nécessaire.

9. Il conviendra notamment de clarifier l'amalgame fait entre professions libérales et professions réglementées et d'en revoir les contours. Car si ces deux termes se confondent pour de nombreuses professions en France, une grande part de professionnels libéraux n'est pas « réglementée » : vétérinaires, ostéopathes, détectives privés etc.¹⁶

10. Parmi les professions réglementées, la sous-catégorie des « officiers publics ministériels » que sont les huissiers, les notaires, les commissaires-priseurs, les greffiers de commerce et les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation apparaît hybride pour un juriste étranger puisque leur exercice libéral est teinté de puissance publique. Ceux-ci doivent être nommés dans leur Office par arrêté du Garde des Sceaux et cette nomination ¹⁷leur confère un certain nombre de prérogatives de puissance publique pour effectuer un certain nombre d'actes de service public. Il conviendra d'étudier le statut de leurs homologues américains et d'évaluer leur degré de réglementation qui leur est conféré.

¹⁶ Sic

¹⁷ Article 1, Décret n° 88-814 du 12 juillet 1988 relatif à la nomination et à la cessation de fonctions des officiers publics et ministériel

PREMIERE PARTIE : LA DEFINITION DE PROFESSION LIBERALE ET SON EXERCICE

11. Une présentation des professions libérales ne peut être exhaustive sans avoir exposé préalablement sa nature matérielle (Chapitre 1) c'est-à-dire, ses caractéristiques propres, ses singularités. Les services proposés par ces professionnels sont bien souvent modulés par des réglementations spécifiques, trouvant des justifications économiques, sociales, voire même politiques (Chapitre 2).

La présente étude s'attachera à dresser un tableau comparatif dynamique entre la France et les Etats-Unis sur ce corps de professionnels tout en recoupant des éléments d'unité. La notion, dans son essence, semble adopter une définition commune aux deux états, voire universelle même si ceux-ci développent des particularités propres à leur système juridique, et à leur environnement économique.

Chapitre 1 : Nature de la profession libérale

12. Que recouvre la notion de « profession libérale » ? Ce terme est souvent utilisé abusivement pour désigner très largement les professions non salariées. Bien que recouvrant une palette très large de professionnels devant être distingués (Section 1), la notion de profession libérale répond à des caractères communs (Section 2) la singularisant des professions indépendantes.

Section 1 : Éléments de distinction

13. Les professions libérales sont souvent assimilées aux professions réglementées avec lesquelles il convient de les différencier (II). Si certaines professions libérales ont un statut dit « réglementé », cette distinction emporte une définition très restreinte en droit français qui n'est pas illustratif de la très grande pluralité des définitions que recouvre la notion de profession libérale entre droit français, américain, et européen (I).

I. Pluralité des définitions et des professions mais universalité de la notion

14. Il est longtemps apparu difficile de trouver une définition unitaire et unique des professions libérales dans le droit national français. La législation a tardé à fixer un cadre

pouvant traduire la très grande pluralité des professions autour d'une définition commune. Cependant, sous l'impulsion du droit de l'Union,¹⁸ le législateur a finalement encadré ses termes en 2012 dans la « Loi relative à la simplification du droit ».

15. Reprenant largement les termes du considérant 43 de la directive européenne, la loi française dispose ainsi que les professions libérales « regroupent les personnes exerçant à titre habituel, de *manière indépendante* et *sous leur responsabilité*, une activité de nature généralement *civile* ayant pour objet d'assurer, dans *l'intérêt du client ou du public*, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de *qualifications professionnelles appropriées* et dans le respect de *principes éthiques et d'une déontologie professionnelle*, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux *autres formes de travail indépendant* ».¹⁹

16. Plusieurs observations peuvent être formulées à l'égard de ce texte transposé de la directive. On constate d'une part, la reprise textuelle de l'ensemble des attributs de la profession libérale qualifiée par la directive européenne moyennant parfois quelques modifications, et d'autre part, l'ajout de notions absentes de la directive. La loi française apparaît ainsi plus précise, qualifiant davantage ce corps de professionnels.

17. Analyse des termes communs de la loi française et de la directive européenne.

i. « Qualifications professionnelles appropriées » & « prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins / offrant des services intellectuels et conceptuels »

Cette propriété établit l'élément essentiel distinguant le professionnel libéral des autres professionnels indépendants. En effet, chacune de ces professions est règlementée et conditionnée à la possession d'un diplôme spécifique lié à l'exercice d'une activité intellectuelle (requérant un haut degré de qualification universitaire) ; tant conceptuelle ou technique, que de soins.

¹⁸ Considérant 43, Directive 2005/36/CE du Parlement Européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles du 7 septembre 2005 : « *La profession libérale désigne toute profession exercée sur la base de qualifications appropriées, à titre professionnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante, en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du client et du public.*

¹⁹ Article 29-1 de la Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

ii. L'intérêt du client et du public. Ce critère se retrouve également dans la définition des 'learned professions', ceux-ci devant une responsabilité et un service à leur 'clientèle', et au 'public en général'²⁰.

iii. Responsabilité Propre. Quelle que soit la formulation proposée, la responsabilité apparaît comme le *leit motiv* de ces professions. Cette dimension sera abordée de manière approfondie dans la section 2 de ce chapitre.

iv. « de manière indépendante » / « de façon professionnellement indépendante ». L'indépendance est le corollaire de la responsabilité du professionnel libéral. Pour la CNPL, le professionnel libéral se définit même par les notions d'initiatives, (intrinsèque à l'indépendance) et de responsabilité. Un exercice libéral implique nécessairement la plus grande indépendance possible. Celle-ci ne doit pas être modulable, et ce, malgré le statut choisi par le professionnel pour exercer²¹.

Ainsi, un collaborateur libéral est un membre d'une profession libérale qui, « dans le cadre d'un contrat de collaboration libérale, exerce auprès d'un autre professionnel, personne physique ou morale, la même profession. » Cela ne change rien vis-à-vis de l'absence de lien de subordination, et de sa pleine responsabilité pour ses actes professionnels. Ce statut apparaît donc quelque peu hybride et se retrouve notamment de manière très courante chez les jeunes avocats, démarrant leur carrière en tant que collaborateurs auprès d'avocats associés. Nous étudierons cette composante dans la section 2 de ce chapitre.

18. Caractéristiques complémentaires de la définition française

i. Activité de nature généralement civile. Cette précision permet de distinguer l'activité libérale d'une activité commerciale. Elle relève donc du droit civil et non du droit commercial. Si ce postulat semble une évidence, nous verrons que cette distinction apparaît essentielle au regard du droit de la concurrence tant en Droit de l'Union Européenne qu'en Droit Américain et que celle-ci est encore source de débats.

²⁰ WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », Article in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), pp. 132-136.

²¹ <http://patrimoine.lesechos.fr/patrimoine/guides/professions-liberales/guide-professions-liberales/professions-liberales-definition-et-statut-juridique-585165.php#>

ii. Respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle. Contrairement à la législation européenne, la loi française rappelle une caractéristique fondamentale propre aux professionnels libéraux. Ceux-ci sont très attachés à une réglementation propre, fixée par leur corps professionnel, fruit généralement d'une longue émanation. Les médecins²², les avocats²³, les pharmaciens²⁴, les notaires²⁵, les dentistes²⁶, les architectes²⁷ les huissiers de justice disposent en effet de leur propre code, établi par leur ordre professionnel, voire même d'un serment (Serment d'Hippocrate, Serment de Galien, Serment d'avocat). On y retrouve en principe le même type de dispositions ²⁸: devoirs généraux, relations avec les autres professionnels du secteur, devoirs de confraternité, les différents modes d'exercice, les prohibitions. Néanmoins, la dimension ordinale dont émanent ces textes n'apparaît pas dans la loi. On peut supposer qu'il s'agit d'une crainte du législateur de se référer officiellement aux descendants indirects des « corporations » d'Ancien Régime, balayés par la Révolution Française.

iii. Autres formes de travail indépendant. La référence aux autres travailleurs indépendants permet de délimiter en partie le champ *rationae personae* des professions libérales. En partie seulement, car il n'est pas fait référence ici à ce à quoi correspondent ces travailleurs indépendants ne dépendant pas du régime des professions libérales. Selon l'URSSAF, le travailleur indépendant est reconnu comme « toute personne physique exerçant, même à titre accessoire, une activité non salariée, non agricole, à caractère artisanal, commercial ou libéral ». ²⁹

²² Code de déontologie médicale, éd. Novembre 2013 par l'Ordre National des médecins, (codifié in Code de la santé publique ; articles L.4127-1 et suivants).

²³ Décision du 12 juillet 2007 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée) ;

²⁴ Code de déontologie des pharmaciens (codifié in Code de la santé publique, article L. 4235-1).

²⁵ Règlement intérieur du Conseil Supérieur du Notariat, approuvé par arrêté ministériel de la Garde des Sceaux le 22 juillet 2014, J.O du 1er août 2014.

²⁶ Code de déontologie des chirurgiens-dentistes

²⁷ Code de déontologie des architectes (version consolidée au 23 septembre 2012)

²⁸ A titre d'exemple, dans le Code de déontologie des chirurgiens-dentistes : Titre 1 devoirs généraux, Titre 2 devoirs envers les patients, titre 4 devoir de confraternité, Titre 5 exercice de la profession ; Titre 6 devoirs envers les autres professionnels de santé.

²⁹ Site de l'URSSAF, http://www.urssaf.fr/profil/independants/profession_liberales/vous_-_determiner_votre_statut/infos_pratiques_01.html

Le professionnel libéral est donc inscrit avant tout en tant que travailleur indépendant ; ce dernier recouvrant un ensemble plus large de professionnels. On comprend qu'il existe une périphérie de professionnels dépendant d'une autre forme d'exercice libéral sans pour autant être qualifiés parmi les professionnels libéraux. Ce champ de travailleurs se définit en négative des professions libérales : ils n'exercent pas de prestations intellectuelles ou conceptuelles ou de soins à titre principal, et en positive ; ils exercent une activité commerciale ou artisanale ou agricole.

Ainsi, à titre d'exemple, un chauffeur de taxi est qualifié « d'artisan-taxi ». Plus surprenant, un ambulancier n'est pas classé comme étant une profession libérale médicale mais en tant qu'artisan³⁰ : celui-ci exerce en effet une activité de transport des blessés à titre principal, même s'il est requis de sa part qu'il puisse donner, à titre accessoire, les premiers soins de secours nécessaires.

19. Les carences de la définition législative française

Si la définition juridique retenue par le législateur complète les prescriptions de la définition européenne, elle apparaît toutefois incomplète au regard de l'importance de certains éléments distinguant le professionnel libéral des autres travailleurs indépendants.

i. La définition ordinale.

Ainsi, la CNPL rappelle « l'importance de l'ordinalité » où l'ordre est la structure de référence, le symbole d'égalité entre tous les professionnels libéraux qui y sont assujettis.³¹ Un ordre professionnel se place en tant qu'intermédiaire entre le professionnel et son client, le professionnel et les pouvoirs publics, et le professionnel et ses confrères. La structure ordinale a donc un véritable rôle institutionnel pour ces professions réglementées fédérées autour d'un corps propre, chargé de questions disciplinaires, éthiques, déontologiques déléguées du pouvoir réglementaire de l'Etat.

Selon la CNPL, « la négation du fait ordinal constitue un frein à leur reconnaissance des professions libérales comme un corps social homogène et autonome ». On remarque cependant la volonté des pouvoirs publics de créer de nouveaux ordres notamment celui

³⁰ Site de la Chambre des métiers et de l'Artisanat, <http://www.artisanat.info/metier/ambulancier>

³¹ Site de la CNPL <http://www.cnpl.org/definition/>

des masseurs kinésithérapeutes en 2004³². Mais cette volonté est une réalité fragile, en témoigne la récente adoption le 10 avril d'un amendement au Projet de loi santé par 19 députés souhaitant la suppression de l'Ordre National des infirmiers³³ contre l'avis de la Ministre des Affaires sociales et de la Santé Marisol Touraine réaffirmant la nécessité de « structures qui régulent ».

On comprend dès lors que l'établissement d'un ordre professionnel efficient n'est pas si évident, et requière bien souvent une longue construction. Les institutions ordinales les plus anciennes sont aujourd'hui les plus dynamiques et efficaces.

Le premier ordre professionnel créé fut celui des barreaux et de l'ordre des avocats en 1810 sous Napoléon Ier. La mise en place d'une telle structure fut difficile à admettre pour les citoyens ayant combattu pendant la Révolution Française pour la suppression des corporations (lois Le Chapelier des 14 et 17 août 1791). Décrits comme étant les ancêtres des corporations d'Ancien régime, les ordres professionnels des avocats, puis des médecins ont nécessité près d'un siècle pour exister.

A titre d'exemple, l'ordre des médecins tel qu'il existe aujourd'hui a été créé par ordonnance par le Général de Gaulle au lendemain de la guerre.³⁴ L'idée d'une institution ordinale médicale apparue pourtant pour la première fois sous le règne du roi Louis-Philippe en novembre 1845 lors du Congrès médical de France réunissant près de 2000 médecins.³⁵ Ils s'accordèrent alors de créer des Conseils de discipline au sein du corps médical, mais aussi de constituer dans chaque arrondissement un « Collège Médical »³⁶ permettant d'établir un intermédiaire entre les médecins domiciliés dans l'arrondissement et la société, entre les médecins eux-mêmes, mais aussi ayant pour fonction de protéger, moraliser, « soutenir les droits des médecins, et de maintenir la dignité professionnelle ».³⁷

³² <http://www.ordremk.fr/decouvrir-l-ordre/presentation/>

³³ <http://www.ordre-infirmiers.fr/actualites-presse/articles/lassemblee-nationale-na-pas-supprime-lordre-des-infirmiers.html>

³⁴ Ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme

³⁵ POUILLARD Jean, « Histoire de l'ordre national des médecins français » in *Histoire des sciences médicales* – Tome XXXIX – N°2 – 2005, pp.213-223.

³⁶ sic

³⁷ sic

Les innombrables tourments du 19^{ème} siècle, puis la Première Guerre mondiale auront raison de ces divers projets de lois reprenant les objectifs énoncés lors du Congrès. Il fallut attendre le Projet de loi du 28 décembre 1929, proposé par le député François Lefebvre d'Anzin, pour jeter les premières bases législatives de l'Ordre National des médecins. Véritable caution morale de la profession, l'ensemble de la société s'accordait sur la nécessité d'un tel ordre, véritable « *garantie contre les brebis galeuses qui risquent de jeter un discrédit sur la profession* »³⁸, « *garantirait la profession médicale contre tous les abus* ». ³⁹ En 1930, la confédération des syndicats médicaux français publie le premier règlement moderne de déontologie médicale énumérant en 60 articles « les devoirs généraux des médecins ». Là encore, l'Histoire porte un coup d'arrêt aux divers projets de loi par le début de la Seconde Guerre Mondiale.

A la Libération, l'Ordre national des médecins actuel est promulgué par voie d'ordonnance et se voit chargé « *du maintien des principes de moralité, de probité, et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine (...) et à l'observation des règles édictées par le code de déontologie* »⁴⁰.

Par ailleurs, ce même code reprend le serment d'Hippocrate, et le serment du monument se Sarapion, rappelant les devoirs du médecin, déjà inscrits à Athènes en Grèce Antique lorsque les médecins étaient groupés en « Hétairies ». Ainsi, le médecin doit être « *l'égal des esclaves, des pauvres, des riches et des rois et qu'il prodigue ses soins à tous comme un frère* ». ⁴¹

On remarque dès lors l'importance de l'institution ordinaire afin de fédérer un corps professionnel harmonisé tant sur le plan éthique, déontologique que disciplinaire.

ii. La définition fiscale⁴² et sociale⁴³. Non-salariés, les professions libérales disposent d'un régime spécifique propre quant à leur imposition sur les bénéfices et leurs cotisations sociales⁴⁴. L'article 92 du Code Général des Impôts se réfère à ces professionnels sous le

³⁸ sic

³⁹ BOURGET Paul, in *Le Figaro* 5 avril 1928

⁴⁰ Ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme

⁴¹ Article 7, Code de déontologie médicale (reprenant le monument de Sarapion à Athènes).

⁴² Article 92 CGI

⁴³ Article L. 622-5 du Code de la Sécurité Sociale – établissant une classification énumérative des professions libérales.

⁴⁴ Annexe III - Charges du Médecin libéral

prisme fiscal : « Sont considérés comme provenant de l'exercice d'une profession non commerciale, ou comme revenus assimilés aux bénéfices non commerciaux, les bénéfices des professions libérales, des charges et offices dont les titulaires n'ont pas la qualité de commerçant et de toutes occupations, exploitations lucratives et sources de profits ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus ». De plus, l'appartenance des professions libérales à la catégorie imposable des « bénéfices non commerciaux » est un élément déterminant porté par le droit de la concurrence (les services proposés par les professions libérales sont-ils de nature marchande et donc, soumises aux lois anticoncurrentielles ou dites « antitrust »).⁴⁵

20. Bien que la définition juridique des professions libérales ait peiné à exister en France, celle-ci demeure à l'état théorique et doctrinal aux Etats-Unis. Toutefois, l'appellation de « learned professions » apparaît être communément admise dans le monde anglo-saxon en tant que concept réunissant avocats, médecins, enseignement et séminaristes⁴⁶. Premièrement évoquées en Angleterre dès le Moyen-âge⁴⁷, les « learned professions » partagent néanmoins les fondements caractéristiques de 'nos' professions libérales : « *training (...) and teaching based on an intellectual technique* », « *organization* », et « *dedicated to a spirit of public service* ».⁴⁸ Celle-ci ont même été résumées de manière très concise, les « learned professions » « *is a group of men pursuing a learned art (...) in the spirit of public service* ».⁴⁹

L'essence des professions libérales apparaît universelle.

i. « **Training** ». Traduction du mot « *enseignement* », « *qualification* », le terme évoque le critère français et européen de « *qualification professionnelle* » de la définition des professions libérales. Cependant, la signification de « training » recouvre également la notion de « *prestations intellectuelles* », ces professions étant basées sur une technique

⁴⁵ Sujet que nous aborderons de manière approfondie Partie 2, Chapitre 1 de cette étude.

⁴⁶ WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », Article in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), pp. 130

⁴⁷ PERKS, R.W. *Accounting and Society*. (1993), Chapman & Hall (London), p.2

⁴⁸ Sic note 46

⁴⁹ POUND Roscoe., *The Lawyer from antiquity to modern times : with particular reference to the development of bar associations in the United States*, West Pub. Co., 1953.

intellectuelle.⁵⁰ Cette qualification conditionne là encore l'accès à la profession libérale⁵¹. Il est également indiqué que les professeurs, séminaristes, avocats et médecins reçoivent une longue formation (« *prolonged formal training* ») à l'issue de laquelle ils deviennent, une « *classe à part* ». Cette déclinaison rejoint le concept évoqué par Alexis De Tocqueville sur ces professions, les qualifiant « *d'aristocratie de la démocratie* » tant leur influence serait la plus grande des sécurités contre les excès de la démocratie.⁵²

ii. « **Organization** ». La définition coutumière américaine s'en remet à une caractérisation ordinaire de ces professions, également élément intrinsèque de la notion française⁵³. Leur fonction primaire de « *corporations* » (*guild*) a ici aussi été dépassée par de plus grandes attributions : instaurer une déontologie et des règles éthiques, les rendre effective par la mise en place d'une discipline propre à l'organisation professionnelle, et protéger les activités de ses membres.⁵⁴

En somme, « *l'organization* » américaine est proche de « *l'ordre professionnel* » français. Pourtant, les principales professions libérales américaines ne disposent pas d'ordre professionnel. Il existe de nombreuses associations professionnelles chargées de formuler des règles déontologiques ou de guider l'exercice du praticien-membre, mais leur appartenance, contrairement aux ordres professionnels français, n'est pas obligatoire. Par ailleurs, les bureaux de certification ou de licence donnant l'autorisation par l'état d'exercer sur son territoire ne remplissent pas non plus cette fonction.

iii. « **Dedicated to a spirit of public service** » : cette dernière attribution reprend l'essence de « *l'intérêt du public* » proposé par la définition juridique française et par la directive européenne. En effet, il est stipulé que le fait de gagner sa vie (*gaining a livelihood*) est subsidiaire par rapport à la mission primaire de rendre un service de qualité, qu'il soit payé ou non. On comprend donc par la négative, que la nature des activités d'une *learned profession* n'est donc pas et ne peut être commerciale : il ne peut faire de la publicité ou

⁵⁰ WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », Article in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), pp. 130

⁵¹ Sic; « that training is necessary to admission to a learned profession ».

⁵² DE TOCQUEVILLE Alexis, *De la démocratie en Amérique*, 1835. (1945 ed.) pp. 272-280.

⁵³ Voir supra point 20. i.

⁵⁴ Sic note 50, p.131.

rentrer dans un jeu concurrentiel avec ses clients, et il ne doit pas chercher à créer une demande pour ses services comme le ferait un commercial.⁵⁵

Néanmoins, cette caractéristique a longtemps été et demeure encore aujourd'hui soumise à débat au regard du droit de la concurrence.⁵⁶

21. Pluralité des termes : Pourquoi ? Joseph Welch, avocat-conseil de l'armée américaine pendant le maccarthysme se prononça sur la pluralité des termes qui entourent la profession d'avocat : « lawyer », « consellor », « advocate », « attorney » ; et de manière générale sur la variété des mots décrivant un membre des *learned professions* décrites par plus d'un seul terme⁵⁷. Selon lui, cette pluralité témoigne de la richesse de ces professions pour lesquelles un seul mot ne peut suffire pour les décrire.

22. Cette diversité a une importance significative en soi.

Il reprend alors les quatre termes désignant « l'avocat », qui rendent compte de la position de celui-ci dans la société selon les fonctions qu'il exécute.⁵⁸

Ainsi, un *attorney* se voit conférer en premier lieu une fonction de représentation, lui permettant d'exécuter un certain nombre d'actes spécifiques, propres à ses attributions. Le *counsellor* implique une représentation plus consensuelle de l'avocat ; il est le « sage », « l'homme de confiance », le conseiller respecté d'une seule famille ou au contraire d'une grande firme multinationale : il est reconnu par l'ensemble de la communauté. L'*advocate* est le terme utilisé par le grand public et traduit un sentiment de nécessité : celui qui recourt à l'*advocate* est frappé par une sorte de fatalité, car il n'a généralement pas choisi de se confronter à des procédures juridiques (accusation d'un crime par exemple). Le professionnel endosse alors la charge tragique de son client, s'identifie à sa cause, lui réserve ses capacités d'éloquence et de persuasion et lui est dévoué. Ce terme englobe probablement la signification la plus positive.

Enfin, le *lawyer* est associé à « public service » car il serait selon Welch le mot embrassant le plus grand nombre des qualités évoquées, reprenant à lui seul les trois autres

⁵⁵ WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », Article in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), p. 131

⁵⁶ Voir infra Partie2, Chapitre 1 : Les professions libérales à l'épreuve du droit de la concurrence.

⁵⁷ WELCH Joseph N., « The challenge of the learned professions – the law », Article in *The Journal of the American Judicature Society & The Magazine of the Senior Lawyers Division*, American Bar Association, 2010, pp. 24-27

⁵⁸ sic

désignations : la sagesse du *counsellor*, la dévotion de *l'advocate*, la confiance de *l'attorney*.

II. La distinction statutaire : profession réglementée / non réglementée

23. Une autre dimension de la définition de profession libérale doit être prise en compte selon la CNPL : le statut réglementé ou non réglementé. En effet, même si de nombreuses professions libérales ont un statut de « profession libérales réglementées », il coexiste des professions libérales « non réglementées » : il s'agit de professions ni commerciale, ni artisanale, ni agricole, qui n'ont pas été réglementées par la loi mais dont les professionnels pratiquent en toute indépendance « une science ou un art dont l'activité intellectuelle joue le principale rôle » et dont les recettes « doivent représenter la rémunération d'un travail personnel »⁵⁹.

Dès lors, on comprend que la distinction doit être clairement établie entre professions libérales d'une part, et profession réglementées d'autre part. Un professionnel peut être réglementé sans pour autant relever du statut de profession libéral.

24. **Pluralité des réglementations françaises.** Il existe en France plusieurs types de professions réglementées dont le statut est actuellement soumis à une importante réforme structurelle. Néanmoins, le terme de « profession réglementée » embrasse un nombre trop important de significations pour être étudié de manière allusive. Ainsi, il s'agira de dresser une classification approfondie sans omettre de mentionner que certaines professions réglementées ne sont pas considérées comme étant des professions libérales. La distinction doit justement être faite entre ce qui relève du caractère réglementaire et libéral, ce qui est réglementaire et commercial, et ce qui est seulement libéral sans être réglementaire.

Les modalités d'accès, d'installation et d'exercice de ces professions seront évaluées. Le Centre International d'études pédagogiques (CIEP), établissement public national recense les professions réglementées en France par homologation avec la directive européenne sans pour autant établir une classification claire⁶⁰. Cette étude tachera cependant de remédier à cette lacune.

⁵⁹ Site CNPL <http://www.cnpl.org/definition/>

⁶⁰ Site du CIEP <http://www.ciep.fr/>

Toutefois, ces distinctions ne sont pas transposables et ne trouvent pas d'équivalent dans le système américain, où le régime statutaire n'existe pas. Par ailleurs, on notera que certaines professions réglementées monopolistiques exercées en libéral en France relèvent de la fonction publique aux Etats-Unis.

A. L'ambivalence du statut d'officier public ministériel : entre agent d'état assermenté et professionnel libéral

25. L'officier public ministériel dispose d'un statut « hybride » au regard du droit, à mi-chemin entre les exigences d'intérêt général (quasi service public) et la souplesse inhérente à ses conditions d'exercice de droit privé, en tant que professionnel libéral.

Ces professions à monopole légal ont probablement le statut le plus contesté, car leur accès, leur installation et leur exercice sont strictement soumis à une réglementation légale. Leur nombre est limité à 5 : les commissaires-priseurs judiciaires, les huissiers de justice, les notaires, les greffiers de commerce et les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation.⁶¹ Le statut apparaît « hybride »⁶² au regard du droit, puisque bien que totalement indépendant dans leur exercice, ils sont nommés dans leur office (officier ministériel) par arrêté du Garde des Sceaux en fonction d'un numerus clausus (nombre limité).⁶³ L'officier ministériel exerce une profession libérale mais dans un cadre juridique strictement prévu par la loi, et ses contours s'exercent dans la limite du contrôle étatique, leur concédant certain de ses attributs de pouvoir.⁶⁴ Ainsi, selon les moments ils exercent en tant qu'officier public ministériel en rédigeant des actes, auxquels, en tant que déléataire de la puissance publique, ils confèrent un caractère exécutoire, et en tant que professionnel libéral lorsqu'ils exercent leur mission de conseil.

Par ailleurs, ce modèle hybride de l'officier ministériel permet autant un exercice solitaire, qu'en groupe, dans le cadre d'une société civile professionnelle.

⁶¹ Ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/officiers-publics-et-ministeriels-les-chiffres-cles-22659.html>

⁶² Duc de Richelieu, rapporteur du projet de loi, chambre des pairs, séance du 20 avril 1816, Arch. Parl. 2^e série, t. XVII, Paris, 1870.

⁶³ Décret n°55-604 du 20 mai 1955 relatif aux officiers publics ou ministériels et à certains auxiliaires de justice

⁶⁴ STOICA Adrian, « Le statut de la profession d'huissier de justice dans le monde contemporain : réalité et perspective », Article in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, Volume 4(2), 2012, p. 955

Les justifications de ce monopole tendant principalement à des motivations d'intérêt général seront évoquées ultérieurement.⁶⁵

26. **Huissier de justice.** A titre de comparaison, l'exemple de l'huissier de justice peut être évoqué. Officier ministériel en France, il s'assure notamment de l'accomplissement des titres exécutoires.

Aux Etats-Unis, (à l'exception de l'état de Louisiane marqué par l'influence française), ces mêmes attributions, en plus du maintien de l'ordre public sont accomplies par l'institution du shérif.

Le statut du shérif est différent de l'huissier de justice : il s'agit d'un agent constitutionnel élu dans le comté duquel il est responsable et est donc un fonctionnaire public (sauf dans les états d'Alaska, Hawaï, et de Rhode Island).

L'exécution des décisions judiciaires reste une petite partie de son activité consacrée principalement au maintien de l'ordre public.⁶⁶

Ainsi, cette distinction supplante les « à priori » pouvant laisser croire à l'existence d'une gestion publique exclusivement étatisée en France, par opposition à une abstention de l'Etat fédéral aux Etats-Unis. On comprend dans cette comparaison shérif/huissier que l'agent privé de l'exécution forcée n'est pas là où on l'attendait : en France.

Bien qu'étant des agents publics et non des « learned professions », les shérifs sont organisés dans un corps professionnel au sein d'une association nationale : la « National Sheriff's Association » (NSA).

Le statut d'agent public a souvent une préférence en France quant à l'exercice de prérogatives de puissance publique : il permettrait une plus grande neutralité dans son exercice. Cependant, le statut d'agent public conféré au shérif n'est pas exempt de contraintes d'exercice. En effet, n'étant pas nommé mais élu par les citoyens du comté, on peut craindre un réel clientélisme du shérif, contraignant largement ses choix dans son exercice.

⁶⁵ Partie 1, Chapitre 2, Section 1.

⁶⁶ Sic note 61 p. 956.

27. **Notariat.** S'agissant des fonctions de notariat, dont le statut constitue également un monopole légal en France⁶⁷, on constate une véritable différence d'approche avec les Etats-Unis. Le notaire français, officier ministériel, est un professionnel libéral qui authentifie les actes. Il établit donc officiellement la volonté exprimée par les personnes signataires de ces actes. L'acte a alors force obligatoire au même titre qu'un jugement définitif.⁶⁸

Ces mêmes attributions sont généralement exercées aux Etats-Unis par l'avocat. En effet, il existe des *notaries public* dont le nom pourrait évoquer les notaires français mais qui ne disposent absolument pas des mêmes prérogatives. Les *notaries public* sont nommés par le gouvernement de l'état dans lequel ils exercent, et sont cantonnés à la certification de signatures de documents importants, les rapprochant davantage de fonctionnaire d'état civil. Leur nomination ne requière pas, a priori (sauf indication de l'état), de qualification de premier cycle juridique mais seulement de passer un examen d'une centaine de questions de pratique.⁶⁹

La formation est donc très différente des notaires français, soumis à une sélection drastique : obtention d'un diplôme de maîtrise juridique puis en fonction de la voie choisie par l'étudiant, obtention d'un master 2 professionnel spécialisé en droit notarial ouvrant un accès aux 2 ans d'alternance dans un centre de formation et dans un office notarial, ou bien, sélection sur dossier et entretien pour accéder à l'un des 15 centres de formation professionnelle notariale. Au terme de ce cursus, l'étudiant devient seulement notaire-assistant ou clerc de notaire et devra attendre la retraite ou la mort d'un notaire titulaire d'un office pour pouvoir convoiter cet office, leur nombre étant limité (*numerus clausus*).⁷⁰ Il ne s'agit donc pas du même métier. Les fonctions de succession, de gestion de patrimoine qu'exercent les notaires français sont dévolues aux avocats aux Etats-Unis.

De nombreux contentieux relatifs à la liberté testamentaire ont émergé aux Etats-Unis en raison de problèmes procéduraux entravant la succession : « *undue influence* », « *fraud* »,

⁶⁷ Décret n°55-604 du 20 mai 1955 relatif aux officiers publics ou ministériels et à certains auxiliaires de justice

⁶⁸ Site de la Chambre des Notaires de France ; <http://www.notaires.fr>

⁶⁹ REINA Nicole M., « Protecting testamentary freedom in the United States by introducing into law the concept of the French notaire » in *N.Y.L. Sch. L. Rev.* Vol.46, 2002-2003, pp. 806-807.

⁷⁰ *Sic*, pp. 811-812.

« *capacity* »⁷¹ manipulés, selon certains juristes, par la doctrine de certaines cours. Selon Mme Reina, la liberté testamentaire américaine aujourd’hui menacée par l’insécurité juridique pourrait être résolue en introduisant, au niveau fédéral, le concept du notaire français.⁷² Véritable exercice de droit comparé, l’avantage d’un tel système permettrait de revenir au véritable sens des termes juridiques, effaçant le poids de la jurisprudence souvent trop moraliste imposée par la cour qui remet régulièrement en cause le principe fondamental de liberté testamentaire.⁷³

Néanmoins, une telle réforme se heurterait très probablement à une forte opposition des avocats spécialistes de droit immobilier qui s’assuraient jusqu’ici un quasi-monopole sur ces contentieux de fait et sur les démarches successorales et patrimoniales.

B. Les professions libérales réglementées

28. Véritable cœur de cible de ce mémoire, cette catégorie est définie par la directive 2005/36 et la loi de 2012 vues précédemment. Elle concerne tant les professions médicales et paramédicales (médecins, infirmiers), que juridiques (avocats, experts-comptables..), que techniques (architectes, expert-géomètres).

C. Autres professions dites « indépendantes » soumises à une réglementation dont l’objet est commercial ou artisanal : les professions commerciales et artisanales soumises à réglementation.

29. Ces professions disposent d’une importante réglementation due à l’exigence d’un niveau de qualification particulier, de moyens techniques et matériels propre. Pour autant, ils ne constituent pas une catégorie clairement définie tant ces professions sont diverses : chauffeur de taxi, boulanger, agent immobilier... Elles sont généralement exclues du terme générique utilisé de « professions réglementées » et ne sont pas des professions dites « libérales », au sens de cette étude, car ils exercent une activité commerciale, artisanale, ou agricole.

⁷¹ Traduction : influence extérieure induite, fraude, capacité (défaut de capacité). Undue influence : “a will procured by undue influence fails to represent the testator’s intent, but rather reflects the coercive overshadowing of the influencer on the testator.” Cf Note 67, p. 799.

⁷² Voir note 67.

⁷³ Voir Note 67, p. 819.

Section 2 : Responsabilité et indépendance, caractères unitaires et fondamentaux de la profession libérale

30. Cette section tâchera d'expliciter en détails les deux éléments constituant, caractérisant tant en France qu'aux Etats-Unis la profession libérale : une responsabilité civile et professionnelle propre (I), et une liberté et une indépendance d'exercice (II), quelle que soit la forme économique choisie.

I. Une responsabilité professionnelle propre

31. La responsabilité professionnelle d'une profession libérale est une caractéristique fondatrice qui doit être envisagée selon trois perspectives : la responsabilité vis-à-vis de la clientèle, la responsabilité vis-à-vis de la profession, et la responsabilité vis-à-vis de la société en général.⁷⁴

A. Responsabilité due à la clientèle

32. Chaque profession libérale a ses propres codes, ses propres termes pour désigner sa « clientèle » : le client d'un avocat (« *lawyer-client* »), le patient d'un médecin (« *physician-patient* »), impliquant systématiquement une relation de confiance. Il ne s'agit pas d'une relation purement factuelle mais d'un rapport encadré par la loi créant des obligations fiduciaires où le professionnel doit à son client « *l'uberrima fides* », c'est-à-dire un rapport en « toute bonne foi ».⁷⁵

33. Les connaissances, les compétences dont dispose le professionnel libéral le situe nécessairement dans un rapport de domination vis-à-vis de son interlocuteur, le client, le patient ne disposant pas de ces informations. Dès lors, il se doit de ne pas entretenir ce rapport de domination factuel en domination lui conférant une influence détournée (*undue influence*).

34. Le positionnement de la doctrine américaine est identique au notre sur les devoirs dus au professionnel envers son client : il doit être franc, il ne doit pas être en position de conflit d'intérêts, et le gain personnel qu'il peut éventuellement retirer de manière illégitime doit être fait en « fiducie » avec le bénéfice de son client.⁷⁶

⁷⁴ WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », Article in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), pp. 130-139.

⁷⁵ Sic, et ci-après le secret professionnel.

⁷⁶ Sic, p.132.

S'agissant des avocats, bien que chaque Etat ait son propre code de conduite professionnelle et son propre examen de responsabilité professionnelle, les thèmes et obligations restent identiques : devoir de confidentialité, conflits d'intérêts.⁷⁷ Les avocats américains s'en tiennent au « *Model Rules of professional conduct* » de l'ABA (American Bar association) contenant ces obligations dans la section « *Client-lawyer Relationship* ». De même, les médecins se conforment aux dispositions du « *Code of Medical Ethics* » de l'AMA (American Medical Association). Ainsi, ces éléments se retrouvent dans les codes déontologiques des professions libérales françaises : Règlement intérieur national des barreaux⁷⁸, Code de déontologie médicale⁷⁹.

35. Si les deux pays convergent quant au fond des principes déontologiques institués, la forme est très différente. Ainsi, tant l'AMA *Code of Medical ethics* que l'ABA *Model Rules of Professional Conduct* rappellent en préambule que ces dispositions ne sont pas des lois mais des « standards de conduite définissant les éléments essentiels d'un comportement honorable » du médecin ou de l'avocat. A contrario, les dispositions contenues dans les codes déontologiques français précités sont issues de lois votées par le Parlement. Elles n'ont donc pas la même valeur juridique.

Toutefois, si les modalités juridiques sont différentes, les professionnels américains font également l'objet de procédures disciplinaires, civiles ou pénales.⁸⁰

36. Ces devoirs impliquent un standard de compétence minimal auquel les juridictions doivent se référer en cas d'omission, de « misconduct ». Ainsi, les praticiens du droit ou de la médecine sont soumis à une obligation de moyens⁸¹ et non à une obligation de résultats, c'est-à-dire, qu'ils ne peuvent être soumis à l'obligation d'obtenir un résultat déterminé, mais seulement à l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour parvenir au résultat souhaité.

⁷⁷ ROTUNDA Ronald D., DZIENKOWSKI John S., *Legal ethics: the Lawyer's deskbook on professional responsibility*, Thomson West, 2014-2015.

⁷⁸ Règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat L. 31 dec. 1971, art. 21-1 modifié par L. 11 févr. 2004) : Titre premier.

⁷⁹ Code de déontologie médicale, éd. Novembre 2013 par l'Ordre National des médecins, (codifié in Code de la santé publique ; articles L.4127-1 et suivants).

⁸⁰ Note 78.

⁸¹ Article L. 1142-1-I du Code de la Santé Publique

37. Toutefois, la jurisprudence et le législateur ont définis certains cas où ces professionnels sont soumis à une obligation de résultat. Avant la promulgation de la loi du 4 mars 2002⁸² la jurisprudence mettait à la charge non seulement des établissements de santé mais aussi des médecins une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale.⁸³ Désormais, le médecin reste cantonné à une stricte obligation de moyens⁸⁴ et seuls certains cas relatifs à l'installation de prothèses dentaires lorsque le chirurgien-dentiste est dans son rôle de distributeur de produit⁸⁵, non dans son installation par les soins qu'il prodigue⁸⁶ sont soumis à une obligation de résultats.

Concernant les avocats, la jurisprudence a établi une distinction supplémentaire : l'obligation de compétence⁸⁷ lors de la transmission d'information dépourvue d'aléa, tendant vers l'obligation de résultat. Dans ce cas précis, l'avocat n'a pas le droit à l'erreur « *car il accomplit quelque chose de banal qui relève de sa compétence de professionnel de la justice* ».⁸⁸

38. La doctrine américaine évoque le fait que les praticiens des *learned professions* sont tenus à un standard d'exercice « *of the care, skill, and learning of the normal member of the profession* », précisant que le « membre normal de la profession » n'est pas un « membre moyen » ce qui aurait pu signifier que seule la moitié des membres peuvent atteindre ce standard.⁸⁹ Celui-ci est par ailleurs déterminé par les professionnels eux-mêmes, et les jurés ne peuvent le modifier. On retrouve donc ici le concept d'une discipline corporatiste qui impose ses propres règles.

39. **Le secret professionnel et le legal privilege/doctor-patient privilege.**

Composante principale de la déontologie de la plupart des professions libérales (les architectes ne sont pas soumis à un tel devoir), le secret professionnel garantit la relation de confiance entre le professionnel et son client. Il révèle l'importance accordée à la

⁸² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé

⁸³ Civ. 1^{ère}, 29 juin 1999, 3 arrêts.

⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2005 n° 03-13.579

⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 29 octobre 1985 n° 83-17.09

⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013 n° 12-12.300

⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, n° 08-15.899

⁸⁸ DE LA ASUNCION PLANES Karine, « Quelle est la nature de l'obligation de compétence de l'avocat ? », in *Recueil Dalloz* 2010, p.183.

⁸⁹ Note 75.

confidentialité des informations transmises⁹⁰, dont la divulgation est soumise en France à une sanction pénale très lourde. Ainsi, l'article 226-13 du Code Pénal dispose que « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende* ».

En violant le secret professionnel, la jurisprudence souligne non seulement l'atteinte de l'intérêt général en raison de la confiance imposée dans l'exercice de ces professions, mais aussi l'atteinte aux intérêts des particuliers qui ont nécessité de faire des confidences à certaines personnes du fait de leur état et de leur profession⁹¹.

Dès la fin du 19^{ème} siècle, quelques décennies après la promulgation du Code Pénal, Emile Garçon soulignait la dimension d'ordre public à attacher au secret professionnel :

*« Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. Sans doute, sa violation peut causer un préjudice aux particuliers, mais cette raison ne suffirait pas à en justifier l'incrimination. La loi la punit parce que l'intérêt général l'exige. Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidences nécessaires soient astreintes à la discrétion, et que le silence leur soit imposé, sans condition, ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation d'un secret confié. Ainsi, l'article 378 (ex 226-13) a pour but moins de protéger la confidence d'un particulier que de garantir un devoir professionnel à tous ».*⁹²

i. Chez les avocats

40. L'équivalent américain et même anglo-saxon du secret professionnel des avocats est le '*legal privilege*'. Il s'agit d'un ensemble de règles permettant de soustraire certains types de communications confidentielles de nature juridique, écrites ou orales, à l'obligation

⁹⁰ Crim. 15 déc. 1885: DP 1886. 1. 347

⁹¹ CA Paris, 27 mai 1997: JCP 1997. II. 22894, note Derieux; Gaz. Pal. 1997. 2. Somm. 362.

⁹² GARCON Emile, commentaire de l'article 378 du Code Pénal annoté. 1897.

d'être produites en justice.⁹³ Contrairement au secret professionnel français, le *legal privilege* profite tant aux avocats qu'aux juristes d'entreprise choisissant une approche *in rem* de la confidentialité plutôt que *in personam*.

L'approche française aborde le secret professionnel sous l'angle de l'obligation pesant sur le professionnel envers son client plutôt que sous l'angle du droit qui en résulte pour ce dernier. La législation s'intéresse prioritairement à la sanction en cas de violation de l'obligation, et non à sa définition abordée dans les codes déontologiques de chaque profession. On se situe donc ici dans une approche exclusivement pénale de ce devoir. Il est souvent reproché la trop grande rigidité du secret professionnel des avocats comparativement au *legal privilege* anglo-saxon⁹⁴. Il s'applique en effet à toutes les correspondances échangées entre l'avocat et son client quel que soit le contenu, et le professionnel doit recourir à des artifices juridiques pour communiquer des informations à d'autres professionnels, et ce, malgré la demande expresse du client.

A contrario, le *legal privilege* s'intéresse davantage au contenu du document plutôt qu'à son auteur, profitant donc aux juristes d'entreprise : à cet égard, il rend le droit économique plus souple et plus transparent. Le revers de cette plus grande souplesse octroyée résulte d'un plus grand contentieux relatif à la divulgation des informations, mais aussi à toutes les contestations sur l'appréciation de la substance du document protégé.

La codification du secret professionnel pour les avocats s'établit dans le Règlement intérieur des barreaux comme suit : « L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu, et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. »⁹⁵

On retrouve dans cette disposition la nécessité d'ordre public évoquée précédemment. L'article suivant fait état de l'étendue du secret professionnel « couvrant, en toute

⁹³ BAUDESSON Thomas, ROSHER Peter, « Le secret professionnel face au legal privilege » in *RDAI*, n°1, 2006, pp. 37-63

⁹⁴ Sic

⁹⁵ Article 2, RIN

matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels les consultations, correspondances..etc. »

La règle 1.6 du Model Rules of professional conduct « *Confidentiality of information* »⁹⁶ fait état du legal privilege américain.

ii. Chez les médecins

41. « *Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu entendu ou compris* »⁹⁷.

La jurisprudence a rappelé depuis plusieurs décennies les objectifs, d'une telle obligation du secret professionnel : « *L'obligation au secret professionnel établie par le code pénal pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions s'impose aux médecins, hormis le cas où la loi en dispose autrement, comme un devoir de leur état ; sous cette seule réserve, elle est générale et absolue, et il n'appartient à personne de les en affranchir* »⁹⁸.

Contrairement à la France, les Etats-Unis ne reconnaissent pas réellement de secret professionnel. Il existe selon la jurisprudence et la doctrine le '*doctor-patient privilege*', assurant le même type de confidentialité que le secret médical français (historique médical, prescriptions, état de santé..etc.), mais il n'est pas reconnu législativement au niveau fédéral bien qu'il soit utilisé par la jurisprudence des Etats. Cette carence législative au niveau fédéral entraîne parfois certaines juridictions fédérales à refuser les motifs de violation du *privilege* dans certaines procédures. Il y a donc une réelle insécurité juridique autour de cette notion. Néanmoins, l'AAFP (*American Academy of family physicians*), l'une des plus grandes organisations médicales américaine établit, à l'instar de l'ABA, des « *guidelines* » soulignant son attachement au « *doctor-patient privilege* ». Il convient

⁹⁶ Model Rules of professional conduct, ABA.

⁹⁷ Code de déontologie médicale, codifié à Art. R. 4127-8 CSP

⁹⁸ Crim. 8 mai 1947

toutefois de rappeler que l'AAFP, à l'instar de l'AMA n'est pas une institution ordinale équivalente à l'Ordre National des Médecins.

B. Responsabilité envers la profession

42. « *All true professional men recognize that they owe a duty to their profession. It is their responsibility to seek to improve it.* »⁹⁹

Les professions libérales étant chargées de rendre un service au public, celles-ci se doivent de perdurer l'amélioration de ce service. A titre d'exemple, les avocats ont le devoir de veiller à la bonne administration de la justice, d'encourager l'amélioration des règles procédurales, de réduire les délais juridictionnels...

Les connaissances et les qualifications professionnelles et intellectuelles étant le fondement de ces professions, leurs membres ont le devoir de continuer leur formation commencée à l'université¹⁰⁰. En effet, la formation continue est un élément essentiel pour améliorer la qualification propre au professionnel, pour entretenir une certaine émulation au sein du corps auquel il appartient. Afin de rester « à la pointe », « d'être compétitifs » vis-à-vis de leurs confrères, les professionnels libéraux doivent s'inscrire dans cette démarche de formation permanente à leur discipline (le droit et la médecine étant en perpétuel renouvellement).

43. Aux Etats-Unis, en cas de contentieux ouvert contre un membre de la profession par son client ou patient, (*negligence action*), le médecin ou l'avocat doit vérifier que cette action est justifiée envers son confrère. Si celle-ci est justifiée, il a le devoir de se tenir disponible pour le plaignant en tant que « témoin-expert » de la faute commise sous peine d'être accusé de « *conspiracy of silence* »¹⁰¹.

44. La maîtrise de telles actions est encadrée en France par un premier filtre : celui de l'institution ordinale.

Concernant les médecins, le législateur a prévu que les médecins qui ne respecteraient pas les principes de dévouement, de compétence et de moralité puissent comparaître devant leurs pairs au sein d'instances disciplinaires. Celles-ci s'appuient sur les articles du

⁹⁹ WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », Article in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), pp. 130-139.

¹⁰⁰ Sic et Article 14-2, Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (modifiée)

¹⁰¹ Sic note 100.

code de déontologie¹⁰². Le champ d'application du code est clair : « Conformément à l'article L.4122-1 du code de la santé publique, l'Ordre des médecins est chargé de veiller au respect de ces dispositions. Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'Ordre. »¹⁰³

Il existe plusieurs degrés de juridictions. Ainsi, les chambres disciplinaires de première instance, constituées auprès du conseil régional de l'Ordre, sont chargées d'instruire les plaintes déposées contre les médecins. Elles sont indépendantes des conseils régionaux de l'Ordre.

En appel, c'est la chambre disciplinaire nationale qui tranche. Présidée par un conseiller d'État, elle est indépendante du conseil national de l'Ordre. Les recours contre les décisions de la chambre disciplinaire nationale peuvent être formés devant le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation. Ces différentes juridictions ont donc un caractère administratif et non pénal. Les plaintes auprès de l'institution ordinaire peuvent être portées par un patient, le conseil national ou départemental au tableau duquel est inscrit le médecin, un syndicat médical, une association de médecin, le directeur général de l'ARS, le préfet du département, le ministre de la santé, le procureur de la République, les médecins-conseils chefs ou responsables des organismes de sécurité sociale.¹⁰⁴ Les sanctions infligées seront des peines professionnelles : suspension ou radiation du tableau de l'Ordre, avertissement, blâme, interdiction temporaire d'exercer.

Toutefois, une action intentée auprès de l'ordre ne prive pas la mise en œuvre d'une action judiciaire de droit commun pour les mêmes faits ou accusations : les juridictions pénales ou civiles pourront également prononcer des sanctions à l'égard du médecin en cause. Dans cette hypothèse, la juridiction ordinaire n'est pas tenue de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision judiciaire et n'est pas liée par ces décisions.

S'agissant des avocats, le processus disciplinaire ordinaire est sensiblement identique. Il existe un conseil de discipline dans le ressort de chaque cour d'appel pouvant connaître des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent

¹⁰² Site du Conseil de l'Ordre des Médecins <http://www.conseil-national.medecin.fr/>

¹⁰³ Article 1^{er} Code de déontologie médicale, codifié à l'article R.4127-1 du code de la santé publique

¹⁰⁴ Article R.4126-1 du code de la santé publique.

établis.¹⁰⁵ Le Conseil de discipline est saisi soit par le Procureur de la cour d'appel dans le ressort duquel le conseil est institué, soit par le bâtonnier dont l'avocat en cause.¹⁰⁶

45. Contrairement à la France, les professions libérales américaines ne connaissent pas d'ordre professionnel au sens juridique : institutionnalisé, instance disciplinaire et administrative, comité déontologique. Les fonctions dévolues à l'ordre professionnel (notamment déontologique) sont principalement assurées par des associations professionnelles très puissantes (par exemple l'ABA, l'AMA) qui exercent un intense lobbying sur la classe politique pour la préservation des intérêts des professionnels. Les professionnels n'ont aucune obligation d'appartenance à ces associations, contrairement aux institutions ordinales françaises. Elles n'exercent donc aucun pouvoir disciplinaire contraignant pouvant sanctionner un membre de la profession. Les seules sanctions qu'elles peuvent prononcer vaudront pour la qualité de membre de l'association et non pour la qualité de professionnel en tant que tel. Elles s'attachent à représenter la profession lors de la mise en place de réformes.

L'autorisation d'exercice est délivrée par les « State licensing board », établissement gouvernemental présent dans chacun des états.

46. Responsabilité et garantie professionnelle.

Afin d'exercer, les membres des professions libérales doivent souscrire de lourdes charges professionnelles.

En France, deux types de cotisations obligatoires peuvent être distinguées : les charges sociales classiques (retraites, assurance maladie, allocations familiales, C.S.G), et les cotisations propres à la profession. Quelles sont-elles ? Variables d'une profession à une autre, elles recouvrent les cotisations à l'ordre, l'assurance responsabilité professionnelle, les diverses cotisations de formation, la C.E.T (contribution économique territoriale), et une adhésion à une association de gestion agréée ; D'autres cotisations non obligatoires sont recommandées : complémentaire santé, complémentaire accident maladie.

¹⁰⁵ Article 22 de la Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (modifiée)

¹⁰⁶ Article 23

L'importance de ces charges s'explique par le caractère libéral du professionnel qui assume seul les charges de son exercice, qui seraient imputables à un employeur. Cette double casquette « employeur-employé » implique nécessairement un doublement des charges.

Aux Etats-Unis, le régime de sécurité sociale n'est pas institutionnalisé. Il n'y a donc pas de charges obligatoires y afférant. Les contraintes liées à la différence entre statut salarial ou libéral ne représentent donc pas la même différence. Mais l'exercice libéral induit nécessairement le paiement de charges professionnelles équivalentes, et une assurance professionnelle encore plus coûteuse, notamment pour les médecins. Cet élément sera abordé dans la Section 3 du dernier chapitre de cette étude.

C. Responsabilité envers la société

47. Il est fondamental de souligner l'importance accordé à ces professions dans la société civile. Les points précédents ont démontré la dimension de quasi « service-public » exercé par les membres des professions libérales, répondant aux besoins impérieux des citoyens et de la société (médecine, para-médecine, justice). Il y aurait de surcroit une sorte de responsabilité supplémentaire, s'imposant à eux en raison des fonctions qu'ils exercent. Il leur incombe, selon la doctrine américaine, un devoir de proposer un « leadership », une « autorité morale » intelligente, et désintéressée afin de former l'opinion publique sur la détermination des questions importantes en matière de justice, de santé publique, d'ordre social.
48. Selon Tocqueville, les professions libérales sont « l'aristocratie de la démocratie ». Si l'on reprend la définition originelle de l'aristocratie, leur autorité s'exerçait pour l'intérêt général prioritairement à leur intérêt personnel¹⁰⁷. Dès lors, dans le cas d'une profession libérale, ses capacités, sa formation, son éducation le placent dans une sorte d'obligation fiduciaire envers la société et les institutions gouvernementales.¹⁰⁸ Ils ont un rôle d'autorité, dans le sens où ils sont en mesure de persuader les autres de suivre certaines

¹⁰⁷ DE TOCQUEVILLE Alexis, *De la démocratie en Amérique*, 1835.

¹⁰⁸ Note 108.

opinions : ce que Tocqueville nommait 'la plus grande sécurité contre les excès de la démocratie'.¹⁰⁹

49. Dans l'un de ses congrès, l'AMA soulignait la facilité avec laquelle les médecins pouvaient causer des dommages à la société, précisément en raison de la particularité des liens qu'ils entretiennent avec leurs patients, et de l'aura morale que ceux-ci leur prêtent naturellement.

II. Liberté et indépendance d'exercice

50. L'autre pilier de la profession libérale est caractérisé, comme son nom l'indique, par sa liberté d'exercice, son indépendance. Cette qualité est au cœur de la pratique et de la déontologie professionnelle tant aux Etats-Unis, qu'en France. Les deux pays se rejoignent donc, sur les éléments essentiels définissant les professions libérales : liberté d'exercice, indépendance, responsabilité propre.

51. Après une brève étude des textes se référant à ces qualités, il conviendra d'envisager les différentes formes d'exercice libéral. On remarquera malgré une convergence générale entre la France et les Etats-Unis que certains éléments accessoires se distinguent, et sont à l'origine de problématiques différentes pour ces professions.

A. Indépendance du professionnel libéral

52. En France comme aux Etats-Unis, la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante.¹¹⁰ Néanmoins, le lecteur remarquera que la source de l'obligation américaine est contenue dans les guidelines du *Model Act* de l'ABA, simple organisation professionnelle et non ordinale, tandis que la source de l'obligation française est législative. Comme il a déjà été observé, la nature formelle des obligations déontologiques et professionnelles n'emporte pas la même force obligatoire, mais elle reste dans les faits totalement équivalente. De plus, on notera la différence de menaces redoutées contre l'indépendance du professionnel entre les États-Unis et la France.

« *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* » : le serment de l'avocat date de l'ordonnance de Philippe le Hardi en 1274 et constitue aujourd'hui le socle d'indépendance de l'avocat vis-à-vis des pouvoirs publics.

Le *model* américain fait état d'une indépendance vis-à-vis de tiers (*a nonlawyer*) s'agissant du partage des honoraires, des activités. On retrouve davantage la notion de conflits d'intérêts pourtant évoquée indépendamment dans d'autres dispositions du texte.

¹⁰⁹ WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », Article in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), p 135.

¹¹⁰ Article 1^{er}, Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (modifiée). Et Rule 5.4 Professional Independence Of A Lawyer in Model Act of ABA

53. Concernant la rémunération de l'avocat, « Toute fixation d'honoraires, qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire, est interdite »¹¹¹, et ce, afin de préserver son indépendance. Sur ce thème, il existe une grande différence avec les Etats-Unis qui autorisent la rémunération sur le résultat. Cette pratique émane d'un jeu ultra compétitif entre les professionnels qui proposent des offres alléchantes à une clientèle très en proie à recourir au juge.¹¹² Bien que l'indépendance de l'avocat américain ait également un caractère fondamental, on peut s'interroger sur sa compatibilité avec l'existence de telles pratiques.

54. La médecine libérale faisant l'objet d'une étude approfondie ultérieurement¹¹³, la comparaison sur l'indépendance et la liberté d'exercice ne sera envisagée dans ce paragraphe que brièvement afin d'éviter au lecteur une certaine redondance. Admise et confirmée dans son principe, l'indépendance du médecin semble toutefois menacée dans ses applications à la vie sociale : origine des connaissances médicales et scientifiques, implications des réseaux de santé, structure étatisée ou privatisée des soins, information croissante du patient lui-même, ou encore conflits d'intérêts.

Le médecin libéral français bénéficie à priori d'une totale indépendance professionnelle, garantie législative¹¹⁴. Mais cette liberté d'exercice est soumise à d'autres éléments, qui tendent peu à peu à étioler cette indépendance toute relative. Le Code de la sécurité sociale, constate également cette indépendance. Mais le fait même de le constater, de le rappeler souligne les éventuelles immixtions que l'organisme peut avoir sur l'exercice de ces professionnels : « *dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assurée* »¹¹⁵ Cet élément n'est qu'une dimension parmi de nombreuses autres pouvant remettre en cause de l'indépendance du statut libéral du médecin.

Aux Etats-Unis, la question d'indépendance semble plus épineuse encore, car l'exercice libéral de la médecine tant à se raréfier.

¹¹¹ Article 10, Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (modifiée).

¹¹² Voir Partie 2, chapitre 2.

¹¹³ Voir Partie 2, chapitre 2.

¹¹⁴ Article 5 du Code de déontologie médicale, éd. Novembre 2013 par l'Ordre National des médecins, (codifié in Code de la santé publique ; article R. 4127-5).

¹¹⁵ Article L. 162-2 Code de la sécurité sociale

B. Formes d'exercice diverses : l'exemple de l'avocat

55. La liberté d'exercice est le corollaire de l'indépendance du professionnel. L'exemple de l'avocat est à ce titre un cas pertinent à étudier car il est sans doute le plus concerné par la pluralité des formes d'exercice : associé, collaboration, société...

56. Les avocats français « *exercent leur ministère et peuvent plaider sans limitation territoriale devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires* »¹¹⁶. A contrario, les avocats américains sont cantonnés au territoire du barreau dans lequel ils ont obtenu l'admission. En effet, l'exercice de la profession d'avocat n'est pas régi par l'Etat fédéral mais par chacun des états déterminant leurs propres conditions d'exercice. La plupart des Etats imposent un examen d'admission au barreau (*bar exam*) dont la difficulté et les modalités des épreuves varient d'un Etat à l'autre. L'admission au barreau de l'état entraîne généralement la prestation de serment par le candidat reçu devant la Cour fédérale de l'état. Pour exercer dans un autre Etat, un avocat doit très souvent se faire admettre dans le barreau de cet Etat (appelés '*Board of law examiners*'). Certains Etats ont reconnu le principe de réciprocité comme l'Etat de New-York¹¹⁷, d'autres le refusent, et exigent que les avocats d'autres Etats se présentent à leurs propres examens (Etat de Floride, Etat de Californie par exemple).¹¹⁸ Cette absence d'unification fédérale a cependant connu quelques évolutions. La NCBE (*National Conference of Bar examiners*), association non lucrative fondée en 1931 a pour objectif de créer des standards d'uniformisation de l'apprentissage du droit au niveau fédéral, et d'assister les bureaux d'admission au barreau des Etats afin de mettre en œuvre cette uniformisation. L'association a mis en place le '*Uniform Bar examination*' (UBE)¹¹⁹ admis dans 16 Etats. Ces avancées permettent de faciliter l'installation et l'appartenance à plusieurs barreaux garantissant une plus grande liberté, polyvalence, et compétitivité aux avocats.

¹¹⁶ Article 5, sic

¹¹⁷ Site du New York State Board of Law examiners <http://www.nybarexam.org/AOM/AdmissiononMotion.htm>

¹¹⁸ Site du cabinet d'avocats Haynes Boone

<http://www.haynesboone.com/~media/files/attorney%20publications/2013/commentdeveniravocatauxetats unis.ashx>

¹¹⁹ (composé du *Multistate Bar examination (MBE)*, du *Multistate Essay Examination (MEE)*, et du *Multistate Performance Test (MPT)*)

57. Les modalités d'exercice, les formes d'installation.

D'autres choix viennent nourrir la question de l'exercice du professionnel libéral, notamment de l'avocat.

En France, la loi est venue faciliter, libéraliser l'exercice des professions libérales en leur permettant d'exercer sous forme de S.A.R.L, S.A, S.A.S, S.C.A. Ces sociétés connaissent toutefois des restrictions. D'une part, elles ne peuvent être valides, immatriculées qu'après l'agrément par l'autorité compétente (l'ordre) ou sur inscription sur la liste ou au tableau de l'ordre professionnel¹²⁰. D'autre part, le capital social et les droits de vote doivent être détenus à plus de la majorité par des professionnels en exercice au sein de la société. Le complément de capital est lui aussi très encadré puisque peuvent y contribuer seulement les personnes exerçant la ou les professions constituant l'objet social de la société ou des personnes exerçant une profession libérale visée par l'article 1^{er} de la loi¹²¹. Aux Etats-Unis, la « *lawfirm* » s'est généralisée et a entraîné les avocats européens à se doter de structures équivalentes pour faire face à la concurrence.¹²² Les *lawyers* doivent faire leur choix entre les « Sole Proprietorship » (SP), les « Corporations » (C) ou les « Limited Liability Company » (LLC) selon les degrés de responsabilité, de parts sociales, et de taxes qu'ils souhaitent assumer. La LLC est désormais la forme privilégiée des cabinets car elle permet au *partner* de bénéficier d'une responsabilité limitée aux apports tout en étant plus flexible que la Corporation.

Ces développements montrent que les problématiques entre la France et les Etats-Unis sont assez éloignées. Alors que l'exercice en société demeure très réglementé en France quant au choix des actionnaires ou de l'objet social, la législation américaine recherche toujours plus de souplesse pour permettre le développement de la *lawfirm*, identifiée comme entité économique. Ces observations seront élargies et approfondies dans les chapitres suivants de cette étude.

¹²⁰ Articles 1, 3 ; Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

¹²¹ Article 5

¹²² Voir Partie 1, Chapitre 2.

58. L'exercice en société permet d'envisager plus largement les différents statuts « d'associé » (partner), de « collaborateur » (associate) et même « d'avocat-salarié ». Ces terminologies n'ont pas d'encadrement juridique aux Etats-Unis, et leur développement est en fonction du degré d'indépendance, de liberté d'exercice qu'a l'avocat au sein de la firme. Ainsi, les *partners* partagent les bénéfices engendrés tandis que les *associates* reçoivent seulement un pourcentage sur ceux-ci.

Les modalités sont sensiblement équivalentes en France, hormis le fait qu'elles soient légalement circonscrites : « *l'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit au sein d'une association dont la responsabilité des membres peut être, dans les conditions définies par décret, limitée aux seuls membres de l'association ayant accompli l'acte professionnel en cause, d'une société (..), soit en qualité de salarié ou de collaborateur libéral d'un avocat ou d'une association ou société d'avocats. (..) L'avocat peut exercer sa profession en qualité de collaborateur libéral d'un avocat (..) Le contrat de travail doit être établi par écrit. Il doit préciser les modalités de la rémunération. L'avocat salarié ne peut avoir de clientèle personnelle.* ¹²³»

Le législateur s'attache à rappeler que le contrat de collaboration ne remet pas en cause l'indépendance et le caractère libéral du professionnel collaborateur « *Dans l'exercice des missions qui lui sont confiées, il bénéficie de l'indépendance que comporte son serment et n'est soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur que pour la détermination de ses conditions de travail.* » ¹²⁴ni même de sa liberté d'installation ; « *Le contrat de collaboration ou le contrat de travail ne doit pas comporter de stipulation limitant la liberté d'établissement ultérieure du collaborateur ou du salarié.* »¹²⁵

Malgré ces dispositions, on peut estimer une remise en cause de l'indépendance du professionnel dès lors que ses gains sont soumis à une rétribution négociée avec un autre professionnel. Car si le législateur français se montre si précis quant aux modalités du contrat (rémunération, forme), il ne peut éviter la position dominante qu'exerce l'avocat « employeur », « associé » qui choisit sur le marché croissant des jeunes avocats, son collaborateur. L'avocat-collaborateur (ou l'associate) reste price taker, tandis que l'avocat-associé (ou partner) est price maker...

¹²³ Article 7, Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (modifiée)

¹²⁴ sic

¹²⁵ sic

Chapitre 2 : Intérêts et justifications des réglementations

59. Le secteur des professions libérales connaît un niveau élevé de réglementation, bien qu'il ne se situe pas au même degré entre les deux pays. Inhérentes à leur statut, ces règles doivent être comprises dans leur fondement historique (Section 1).
60. Dans le contexte d'une économie mondialisée, les deux entités, UE et Etats-Unis, poursuivent un même dessein : une meilleure harmonisation des règles entre ses états pour permettre une plus grande compétitivité de ses acteurs économiques. Cet objectif commun des deux puissances se heurte toutefois aux mêmes difficultés : le problème fédéral (Section 2).

Section 1 : Fondements historiques des réglementations

61. En évaluant les motifs des principales régulations intervenues tant en France qu'aux Etats-Unis, on observe une justification majeure : la protection des consommateurs de ces services (I). Cette terminologie de « consommateurs » est employée autant dans les réglementations européennes, que dans la doctrine américaine. En France, si la législation n'emploie pas cette terminologie commerciale, lui préférant « la clientèle », « le patient », les récents rapports d'évaluation de l'IGF¹²⁶ reprennent les termes utilisés par le droit de l'Union Européenne. Le rapport à l'origine du « Projet de loi pour la modernisation de l'économie »¹²⁷ visant notamment à déréguler certaines professions libérales rappelle par ailleurs la « *mission d'intérêt général* » (II) qu'est supposé concilier ces réglementations.¹²⁸

I. Justification commune: la protection des consommateurs

62. Une certaine nuance doit être apportée entre la protection du consommateur d'un point de vue strictement économique et marchand (A), et la protection du consommateur finalement consommateur d'un type de bien particulier : le bien public (B), notion située entre le service public et le bien marchand.

¹²⁶ Rapport de l'Inspection générale des finances n°2012 M 057 03, Tomes 1-3, Mars 2013

¹²⁷ Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité économique, adopté en Procédure accélérée en application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution le 19 février 2015 par l'Assemblée Nationale

¹²⁸ Note 125.

63. Dans son « Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales »¹²⁹, la Commission Européenne fait un état des lieux sur l'existence des réglementations des services proposés par les professions libérales. Trois grandes justifications sont invoquées par les défenseurs de ces réglementations, qui se trouvent le plus souvent être les états membres. Ces règles seraient destinées à préserver la qualité des services proposés et à « protéger » les consommateurs face aux « mauvaises pratiques ». Aux Etats-Unis, ce constat a été établi quinze ans plus tôt par la Federal Trade Commission, chargée d'évaluer les coûts et les bénéfices des réglementations des professions libérales.¹³⁰

64. Une observation croisée de ces deux rapports montre d'une part, l'unité des justifications des régulations entre les états membres de l'UE et les Etats-Unis, et d'autre part, la convergence des critiques faites par les deux institutions sur ces règles.

En effet, la différence d'information entre les consommateurs et les prestataires de ces services¹³¹ (*asymmetric information on quality*) est la principale justification invoquée par les défenseurs des régulations. Un haut niveau de qualification intellectuel et technique étant requis pour ces professions, il y aurait donc une réelle dichotomie de connaissances sur les services proposés entre les professionnels et leur clientèle. Les consommateurs auraient des difficultés à juger la qualité des services qu'ils achètent.

D'autres raisons sont également évoquées : les effets externes (*externalities*) que peuvent engendrer ces prestations de services sur les tiers et qu'il faut anticiper - et donc encadrer -, et le caractère spécifique que présentent ces services assimilés à des quasi « services publics » pour l'ensemble de la société.

Pour la théorie américaine, *l'asymmetric information on qualities* et les *externalities* sont considérées comme une seule justification en soi : « le *market failure* », c'est-à-dire, une distorsion du marché où, selon certaines circonstances le marché n'a pas répondu à un besoin attendu, au résultat escompté. Cependant, la doctrine fait état d'autres solutions, non juridiques, pour pallier à ces carences du marché, et remet en cause, dans certains cas, les réglementations institutionnalisées.

¹²⁹ COM (2004) 83 final/2, 9 février 2004, Communication de la Commission ; *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*

¹³⁰ COX C., FOSTER S., « *The Costs and benefits of occupational regulation* », rapport du Bureau of Economics Staff à la Federal Trade Commission, 1990.

¹³¹ COM (2004) 83 final/2, 9 février 2004, Communication de la Commission ; *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*

Quels sont les types de réglementations mises en œuvre ?

A. Du point de vue strictement économique et marchand

65. Seulement applicables en France aux notaires, **les prix imposés** minimums ou maximums visent en principe à garantir des prix bas pour les usagers (prix maximums) et préserveraient, selon les associations professionnelles la qualité des services. Le rapport de l'IGF rappelle également la légitimation de telles restrictions : un « risque d'apparition de prix trop élevés par rapport aux coûts de production ou de prix trop bas par rapport à ce qu'exigerait un produit ou une prestation de qualité ».
66. **Les restrictions en matière de publicité** doivent également être relevées. Elles concernent aujourd'hui en France de nombreuses professions libérales, soit par une interdiction pure et simple (expert-comptable, audit, notariat), soit par une restriction significative (pharmaciens, avocats). Ces restrictions seraient dues, là encore, à une différence d'information entre les professionnels et les consommateurs. Ceux-ci ne seraient pas qualifiés pour évaluer les informations relatives aux services proposés et auraient donc besoin d'une « protection particulière face aux allégations trompeuses et manipulatrices »¹³².

Aux Etats-Unis, les réglementations de ce type existent, mais leur efficacité fut remise en cause par la Cour Suprême.¹³³ De 1908 à 1972, l'ABA et les barreaux des états interdisaient à leurs membres de faire de la publicité car celle-ci donnait une mauvaise image de la profession. Seules étaient autorisées les indications factuelles sur le cabinet. Cependant, l'arrêt *Bates v. State Bar of Arizona*¹³⁴ mis fin à ces prohibitions au nom de la violation du Sherman Act, loi antitrust prohibant les restrictions entravant la libre concurrence, en se fondant sur l'arrêt *Goldfarb v. Virginia State Bar*¹³⁵. Dès lors, l'interdiction totale de la publicité pour les avocats et les cabinets d'avocats fut levée par la Cour suprême.

¹³² Note 128, §44.

¹³³ COX C., FOSTER S., « *The Costs and benefits of occupational regulation* », rapport du Bureau of Economics Staff à la Federal Trade Commission, 1990.

¹³⁴ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977)

¹³⁵ Voir Partie 2, Chapitre 1 : les professions libérales à l'épreuve du droit de la concurrence.

Cependant il était toujours possible pour les barreaux des états de réguler la publicité afin de garantir l'information délivrée. L'ABA a depuis édicté une nouvelle réglementation en la matière autorisant les Etats à interdire les communications fausses ou trompeuses, ou à les restreindre si ceux-ci démontrent un intérêt substantiel à les limiter. Un examen de proportionnalité est par ailleurs effectué.¹³⁶

Cet arrêt de la Cour Suprême ouvrit la possibilité de faire de la publicité aux autres professionnels. Désormais, les médecins, les dentistes sont autorisés à faire de la publicité.

67. Enfin, il existe également **des réglementations relatives à la structure de l'entreprise**. Il s'agit de limiter les possibilités de collaborations avec d'autres professions, l'ouverture de succursales ou de franchises. Ces types de régulations tendent à réduire le « risque d'apparition de conflits d'objectifs ou de conflits d'intérêts insurmontables dans la structure d'exercice du professionnel »¹³⁷. Le professionnel assure donc sa responsabilité personnelle contre les conflits d'intérêts et son indépendance.

Selon les défenseurs de ce type de mesures, les professionnels offrant ce type de service pourraient être contrôlés ou influencés par des entreprises, des personnes qui ne sont pas membres de professions libérales, mettant en péril la neutralité des prestataires ou le respect des valeurs professionnelles. Les mesures édictées par les autorités françaises sont diverses : mise en place de règles déontologiques de portée supérieure à la relation salariale, incompatibilité capitalistique et professionnelle absolue entre certaines activités (avocats)¹³⁸. Cette réglementation est remise en cause dans le projet de loi Macron votée récemment en première lecture à l'Assemblée nationale, et sera abordée dans la 2^{ème} partie, Chapitre 1 de cette étude¹³⁹.

Une atténuation de ces réglementations a été introduite par la Loi du 28 mars 2011 permettant l'interprofessionnalité capitalistique entre les professionnels du droit. Les

¹³⁶ Site ABA, Lawyer Advertising and Solicitation Chapter from Lawyer Advertising at the Crossroads, Chapter II. The Constitutional Dimensions of Lawyer Advertising

¹³⁷ Rapport de l'Inspection générale des finances n°2012 M 057 03, Tomes 1-3, Mars 2013

¹³⁸ Rapport de l'Inspection générale des finances n°2012 M 057 03, Tomes 1-3, Mars 2013

¹³⁹ Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité économique, adopté en Procédure accélérée en application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution le 19 février 2015 par l'Assemblée Nationale, adopté en 1^{ère} lecture au Sénat le 12 mai 2015

avocats, les notaires, les huissiers de justice et les commissaires-priseurs judiciaires peuvent créer une même société de participations¹⁴⁰.

Aux Etats-Unis, contrairement au Royaume-Uni, seuls les avocats peuvent avoir une participation ou être responsable d'un cabinet d'avocats. Cette règle codifiée dans le Model Rules of Professional Conduct de l'ABA¹⁴¹ puis codifié par la plupart des juridictions américaines a posé certains problèmes de compétitivité, notamment avec les cabinets britanniques.¹⁴²

B. Du point de vue bien public

68. Certains services offerts par les professions libérales sont considérés comme des « biens publics », revêtant une valeur pour l'ensemble de la société. Dès lors, on pourrait craindre qu'en l'absence de réglementation, certains professionnels ne fournissent pas correctement ces « biens publics », ces services.

Cette justification est partagée par la France¹⁴³ et par les Etats Unis¹⁴⁴.

69. Selon la doctrine américaine, cette demande sociétale proviendrait d'une part des consommateurs (*the public interest theory*), et d'autre part, des professionnels eux-mêmes (*the capture theory*). La « *théorie de l'intérêt public de la réglementation* » prétend que les politiciens vont agir dans le meilleur intérêt du public pour réduire les problèmes causés par les défaillances du marché.

« *The Capture theory* » soutient que la réglementation est la réponse à des professionnels qui cherchent à se protéger de la concurrence et donc à augmenter leurs revenus. De plus, une réglementation conçue pour limiter l'entrée va tendre à diminuer les prix d'approvisionnement et augmenter les prix. Si la demande est inélastique, alors les prix plus élevés conduisent à des revenus plus élevés. En outre, certains auteurs estiment que

¹⁴⁰ Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées

¹⁴¹ Rule 5.4 of the Model Rules of Professional Conduct (ABA) : Professional Independence Of A Lawyer

¹⁴² Voir section suivante

¹⁴³ COM (2005) 405 final, 5 mai 2005, Communication de la Commission ; Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales COM (2004) 83, 9 février 2004, p.5

¹⁴⁴ COX C., FOSTER S., « *The Costs and benefits of occupational regulation* », rapport du Bureau of Economics Staff à la Federal Trade Commission, 1990. p.20

les professionnels vont exiger une réglementation comme une forme d'assurance de carrière car celle-ci les isole de la concurrence. Les professionnels sont donc moins susceptibles d'être chassés du marché et forcé de se former à une autre carrière.¹⁴⁵

70. Pour de nombreuses professions libérales, la France impose des restrictions quantitatives à l'entrée : ainsi, seuls les prestataires qualifiés et disposant des compétences requises peuvent effectuer certaines tâches. Ces mêmes mesures trouvent également une justification plus politique car elles tendent autant à garantir la qualité des services offerts par les professionnels, qu'à prévenir le risque d'apparition d'un nombre de professionnels très supérieur ou très inférieur aux besoins de la société ou d'un territoire, besoins parfois difficiles à anticiper ou à localiser.

Il s'agit de pallier le manque d'expertise du consommateur sur l'étendue du besoin, sur la qualité et l'adéquation des services proposés. Il est donc exigé soit de hautes qualifications, soit la mise en place de certains monopoles professionnels par une autorisation explicite de la puissance publique pour entrer sur le marché (nomination des notaires par le Garde des Sceaux).

71. Le système américain est marqué par une forte disparité des réglementations dans ce domaine en raison d'un manque d'harmonisation fédérale. Cependant, la plupart des états réglemente l'accès aux professions d'avocats, architectes, ingénieurs, professions de santé. La licence d'autorisation d'exercice est la régulation la plus commune.

Dans ce système, des « bureaux » (*boards*) administrés par les états fixent les conditions d'accès à la profession, les règles de comportement et de discipline. Les règles déontologiques s'inspirent le plus souvent des guidelines d'associations professionnelles (type ABA, AMA). Bien que les conditions varient d'un état à l'autre, et d'une profession à une autre, les « *licenses* » requièrent généralement le même type de prérequis que les autorisations françaises : formation spécifique, expérience ou apprentissage, examen propre, moralité et probité.¹⁴⁶ Il existe donc, contrairement à certaines idées reçues, une relative institutionnalisation des réglementations même si celle-ci reste relative aux états et non à l'entité fédérale.

¹⁴⁵ Sic

¹⁴⁶ Sic

C. Un exemple topique : historique et essor des pharmacies américaines

72. Le développement des pharmacies d'officine et de la profession de pharmacien libéral est un exemple topique du point de vue des institutions américaines sur le rôle que doit jouer la réglementation, la régulation. Il est aussi un exemple de l'absence d'harmonie au niveau fédéral d'un corps professionnel.
73. La régulation de la profession est apparue progressivement au milieu du 19^{ème} siècle, au *Gilded Age* alors que l'industrie pharmaceutique américaine émergeait et se détachait de l'aval britannique. Le *Gilded age*, « l'âge d'or » de l'histoire américaine (1865-1901) est une période de reconstruction suite à la Guerre de Sécession ayant ravagé le pays. Ce boom économique d'après-guerre permit aussi l'essor de nouvelles substances utilisées en pharmacie, causant de terribles tragédies par le manque de régulation des prescriptions de médicaments. En effet, bien que les gouvernements des états aient entrepris d'édicter des lois règlementant la pharmacie, la plupart des *drugs* (médicaments) étaient toujours en vente libre¹⁴⁷. Les années 1870's furent marquées par de nombreux accidents : empoisonnements, suicides, mauvaises utilisations, et même homicides.
74. Les nouvelles contraintes de la société moderne conduisirent les pharmaciens (*apothecaries*), nouveaux types de professionnels à se transformer en marchands, perdant leur rôle primaire de guérisseur, et agissant de plus en plus comme de simples vendeurs de médicaments prêt-à-l'emploi.

Le développement intensif de l'industrie pharmaceutique entraîna l'hyper-compétitivité du marché du médicament, et donc une pression sur les prix de ces nouveaux types de biens commerciaux. La disponibilité croissante de médicaments fabriqués et préassemblés signifiait aussi que de nouveaux détaillants tels que les petites épiceries, réussirent à entrer sur le marché des produits pharmaceutiques dans le but d'attirer les clients dans leurs magasins. Ces détaillants étaient prêts à « casser les prix » et donc leurs concurrents, pour inciter les clients à faire leurs achats en médicaments dans leurs magasins, mais aussi de réaliser des profits sur leur marchandise habituelle.¹⁴⁸ C'est le début de la concurrence des drugstores.

¹⁴⁷ GABRIEL Joseph M., « Restricting the Sale of 'Deadly Poisons' : Pharmacists, drug Regulation, and Narratives of suffering the Gilded age » in *Pharmacy in History*, Vol. 53, No. 1 (2011), pp. 29-45.

¹⁴⁸ UNKNOWN « How it was done ; and How it can be done" in *Pharmaceutical Record*, (1884), p.98

75. En 1895, le président de *l'American Pharmaceutical Association's committee on the Drug Market* soulignait le trop grand nombre de magasins pouvant vendre des médicaments et prônait alors une législation plus restrictive : seuls des professionnels dûment formés en pharmacie devraient obtenir le droit d'ouvrir ce type de commerce : « *To restrict 'this oversupply', it would need to establish more rigid courses of instruction and graduate only such as show a thorough fitness to merit a position in the profession* »¹⁴⁹. Dès lors, il s'agissait de légitimer le rôle du pharmacien.

76. Les autorités décidèrent de mettre en place quelques régulations relatives aux prescriptions, aux étiquetages des produits, aux mesures anti-frelatage des produits et à la mise en place d'autorisations pour exercer la profession¹⁵⁰. En 1867 fut créée la première association de pharmaciens « *Pharmacists in Maine* », et en 1893, 42 états s'étaient dotés de telles associations.

Les nouvelles règles contribuèrent à construire le rôle, la profession de pharmacien telle qu'elle nous apparaît aujourd'hui en tant que protecteur avisé à du consommateur de médicaments, garants des règles éthiques et de la qualité des produits pharmaceutiques délivrés. L'évolution et la construction de la profession de pharmacien s'est donc effectuée pour protéger les consommateurs jusqu'ici trop exposés aux risques de ces nouveaux produits.

77. La question fut posée sur la vente de marchandises considérées comme toxiques. La disponibilité croissante de substances telles que la morphine et l'arsenic firent pression sur leurs prix et donc sur leur démocratisation auprès des consommateurs. Le rôle du pharmacien dans la vente de substances dangereuses pour le public devint une source de débat et de préoccupations. Le pharmacien était-il éthiquement habilité à changer la prescription d'un médecin s'il jugeait la substance prescrite inappropriée à son client? Dans quelle mesure le pharmacien pouvait-il agir comme 'gardien' de la santé publique? La conclusion mena à considérer qu'une part importante du rôle du pharmacien était de limiter, réguler la consommation de médicaments et substances potentiellement toxiques pour tendre vers un objectif de santé publique. La différenciation entre les pharmacies et les drugstores apparue enfin : le simple commerçant recherche à acheter et vendre sans

¹⁴⁹ KLINE M. N. « *Report of the Committee on the Drug Market* », Proceedings of the American Pharmaceutical Association, 1896, pp. 362-362.

¹⁵⁰ Biologics Control Act 1902, Pure Food and Drug Act 1906.

considérer la santé du consommateur. A l'inverse, les pharmaciens s'accordèrent sur leur rôle médical « *Nous reconnaissons la nécessité de prudence dans la vente de poisons mortels et drogues dangereuses* ¹⁵¹». Les efforts entrepris pour professionnaliser et adopter une législation restrictive étaient aussi un moyen pour les pharmaciens de rassurer un public toujours plus préoccupé par l'utilisation de substances dangereuses et, en parallèle, de réduire leur responsabilité potentielle face aux accidents causés par ces produits.

78. Le consommateur de produits pharmaceutiques fut donc au cœur de la réglementation américaine de la profession de pharmaciens libéraux.

II. Justification subsidiaire pour certaines professions : organisation et équilibre territorial

79. L'organisation et l'équilibre territorial est une justification que l'on retrouve exclusivement en France. Elle répond à une logique politique française souvent convenue, où la planification des activités économiques en fonction du territoire est le corollaire d'un Etat-providence ou Etat omniprésent.

80. Cette justification traduit une crainte de voir apparaître un nombre de professionnels très supérieur ou très inférieur aux besoins de la société ou d'un territoire, besoins parfois difficiles à anticiper ou à localiser, justifiant donc l'existence de restrictions quantitatives sur l'offre. Ce types de restrictions se traduit notamment par l'instauration de *numerus clausus* quant à l'accès à la formation (médecins, infirmiers), ou par l'interdiction de s'installer là où les « volumes offerts sont déjà excédentaires ou très déficitaires », ou encore par une incitation à l'installation (médecin en zone de faible densité).

¹⁵¹ Note 131.

Section 2 : Le protectionnisme fédéral, nouvel enjeu des réglementations

81. La société américaine s'étant développée en fonction du marché, les réglementations -plus sporadiques- sont intervenues pour encadrer ses dérives : le système est, dans ce domaine, davantage orienté sur la réparation des effets, plutôt que sur la prévention. Toutefois, certaines règles viennent encadrer ces professions afin de protéger le marché américain de la concurrence. Dès lors, on observe qu'une harmonisation fédérale plus efficace contribuerait à une meilleure compétitivité des professions libérales américaines. En parallèle, l'Union Européenne a fait le choix d'une plus grande convergence économique afin de concurrencer au mieux ses rivaux, notamment américain. Les états membres, dont la France, ont entamé un processus de réforme, amorcé par les exigences européennes.
82. A priori envisagé comme un simple moyen de compétitivité économique (I), l'harmonisation des professions libérales européennes est devenue progressivement un objectif en soi (II).

I. La profession libérale, moyen de compétitivité économique

83. On observe que le niveau étatique est devenu insuffisant pour embrasser la compétition qui se joue sur le marché international, y compris dans le secteur des services des professions libérales. Celles-ci doivent s'adapter à l'ouverture et à la technicité juridique et aux dérèglementations des autres Etats, pour supporter une concurrence toujours plus grande dans leurs propres domaines.

Le fédéralisme devient donc l'échelle privilégiée pour gagner ce combat.

84. Toutefois, l'harmonisation fédérale américaine reste incomplète dans de nombreux domaines, et entraîne une perte de compétitivité au sein de certains corps de professions libérales.

A l'occasion du *Legal Services Act*¹⁵² promulgué par le Parlement britannique, certains avocats américains ont témoigné leur inquiétude face à ces disparités réglementaires au

¹⁵² Legal Services Act, 2007 c. 29. (UK)

sein de l'Etat fédéral¹⁵³. Cette loi a entendu libéraliser les services juridiques britanniques et encourager la compétition dans le secteur. Bien que les deux pays partagent les mêmes objectifs de régulation notamment la protection des clients consommateurs, et l'amélioration de l'accès à la justice, il a été observé que la compétition entre avocats, promue au Royaume-Uni, n'était pas considérée comme prioritaire aux Etats-Unis. A travers leur réglementation, les Etats-Unis semblent plus attachés à préserver et à protéger le monopole de l'avocat en matière de prestations de services juridiques. Au contraire, les britanniques promeuvent la concurrence, en permettant notamment les investissements provenant de personnes non-avocates dans les cabinets, et l'établissement de structures économiques alternatives (interprofessionnalité capitalistique). Les consommateurs ont un attrait pour une pratique multidisciplinaire du droit, hyper spécialisée, regroupée au sein d'une même entité, car elle répond à leurs besoins tout en étant facile d'accès.

Les firmes américaines considèrent elles-mêmes ce type de structures attractives, car elles permettent un plus grand partage des risques et récompensent d'autres participants clés de la *firm* comme le gestionnaire ou d'autres employés non juridiques hautement qualifiés. Les cabinets anglais deviennent désormais plus polyvalents et donc plus compétitifs, rendant la réglementation américaine désuète. Londres pourrait devenir la première place juridique mondiale, devançant la suprématie historique new-yorkaise. En effet, ces *lawfirms* multinationales jusqu'ici considérées comme entreprises américaines, finiront par avoir à se séparer de leurs bureaux londoniens, car ces derniers exigeront de pouvoir rivaliser à armes égales avec leurs concurrents locaux, et refuseront d'être retenu par les exigences du système réglementaire américain.¹⁵⁴

85. Selon les membres de la profession, seule une plus grande harmonisation fédérale solutionnerait cette perte de compétitivité amorcée : « *if the American legal profession continues to be regulated on a 50-state basis, and if those state-based regulations continue to prohibit effective multidisciplinary arrangements and outside investments in law firms, how will the American firms be able to compete internationally ?* ».

¹⁵³ DAVIS Anthony E., "Regulation of the legal profession in the United States and the future of global law practice", Article in *The Professional Lawyer*, Summer 2008

¹⁵⁴ Sic

L'absence d'harmonisation vient se placer comme un obstacle supplémentaire à ces réglementations déjà défavorables à l'interprofessionnalité capitaliste. Les grandes *lawfirms* américaines et leurs clients doivent exiger de nouvelles lois fédérales. L'intervention de l'Etat fédéral se justifierait par l'imminence de la situation qu'a imposée la loi ultra-compétitive britannique.¹⁵⁵

86. On comprend à travers cet exemple que les professions libérales représentent un marché propre, dynamique, au service de l'économie. Les enjeux de sa réglementation ou dérèglementation apparaissent pour les Etats comme une matrice complexe à mettre en œuvre pour servir la compétitivité économique sur son territoire. Quelle que soit la solution retenue, réglementation ou dérégulation, celle-ci doit être harmonisée afin de 'faire bloc' face aux autres marchés. Imposer une réglementation des professions libérales, c'est finalement imposer son modèle économique.

87. En 1990, la France a engagé une réforme du régime des avocats¹⁵⁶ afin de se préparer à intégrer le marché européen en 1993, conséquence directe de la ratification du Traité de Maastricht. L'Union européenne exigeait de la France une plus grande rationalisation du régime des avocats afin de faciliter la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services, piliers du marché intérieur¹⁵⁷. Jusqu'en 1990, le régime juridique gouvernant la profession était marqué par un dualisme entre conseils juridiques et avocats¹⁵⁸. Une unification de la profession s'imposait pour rendre le système plus efficient et plus compétitif.

88. Les avocats américains ont noté une justification plus insidieuse à cette réforme. Bien qu'elle ne vise pas particulièrement les avocats étrangers (non membres de l'UE), certaines dispositions de la loi en affectaient leurs modalités d'exercice.¹⁵⁹ En effet, jusqu'à cette date, étaient qualifiés « d'avocats » ceux ayant la nationalité française, leur

¹⁵⁵ DAVIS Anthony E., "Regulation of the legal profession in the United States and the future of global law practice", Article in *The Professional Lawyer*, Summer 2008

¹⁵⁶ Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

¹⁵⁷ Directive 77/249/CEE du Conseil tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, du 22 mars 1977.

¹⁵⁸ Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (modifiée)

¹⁵⁹ GRIMES John M., « 'Une et indivisible' – The reform of the legal profession in France : the effects on US attorneys » in 24 *N.Y.U.J. Int'L. & Pol.* 1757 (1991-1992)

attribuant un monopole pour comparaître devant la cour, tandis que le statut de « conseil juridique » laissait la possibilité aux avocats étrangers, sous certaines conditions, de s'établir en France pour conseiller leur clientèle, sans être autorisés à comparaître. Les avocats américains exerçaient donc en tant que « conseillers juridiques » jusqu'à cette fusion. Si les nouvelles dispositions ne posaient pas de difficultés quant aux « US attorneys » déjà établis en France (la loi ayant nivelé leur statut), le traitement réservé aux entrants apparaissait plus mitigé. En effet, pour les avocats étrangers non ressortissants de la Communauté Européenne, leur admission au barreau français était subordonnée à établir la réciprocité, c'est-à-dire le fait que l'État d'origine de chaque avocat doive donner aux avocats français le même traitement que l'avocat étranger recevrait en France¹⁶⁰. Or, la disparité des législations selon les états américains tendaient à rendre très occulte la probabilité, pour un avocat américain, de rejoindre cette condition de réciprocité. Deux visions de la notion de réciprocité pouvaient alors être envisagées : stricte ou souple. Plusieurs États américains donnent l'opportunité pour des avocats étrangers une pratique limitée en tant que consultants juridiques étrangers pour lesquels la France n'a plus d'équivalent (statut similaire aux anciens conseils juridiques). Selon la doctrine américaine, la définition de réciprocité retenue par la loi tendait à être stricte, et emprunte de protectionnisme. Si le législateur français interprète strictement la réciprocité, les lois de ces états américains ne rencontreraient donc pas ses exigences puisqu'il n'est pas permis aux avocats étrangers résidant dans ces états de plaider.¹⁶¹ De plus, une interprétation restrictive de la réciprocité requière la permission pour les avocats français établis aux Etats-Unis d'être admis non en passant l'examen commun prévu par certains états, mais en passant un examen propre aux avocats étrangers, comme cela était désormais prévu dans la loi de 1990. La condition de réciprocité révisée par la loi de 1990 étant très difficile à satisfaire, elle rendait l'exercice de l'avocat américain de plus en plus difficile sinon impossible. Bien que les anciens « conseils juridiques » américains se soient vu octroyé le statut d'avocat, les nouveaux praticiens seraient amenés à disparaître.¹⁶²

¹⁶⁰ Article 9§3 Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

¹⁶¹ DAVIS Anthony E., "Regulation of the legal profession in the United States and the future of global law practice", Article in *The Professional Lawyer*, Summer 2008

¹⁶² NAIMAN Joanne, « Bill to Curb U.S. Lawyers Passes first test in France », *N.Y. L.J.*, (Nov. 21, 1990)

89. Le constat de la doctrine est donc très clair. Sous couvert de non-respect de réciprocité, la France trouve ici une technique pour protéger ses professionnels nationaux et européens et leur conserver ainsi un monopole d'exercice sur son territoire¹⁶³. Cet argument rejoint les objectifs des directives européennes ayant conduit la France à réformer la profession, puisque cette loi tendait à préparer son intégration au Traité de Maastricht. Or, la convergence souhaitée par l'UE, depuis son existence, est prioritairement destinée à 'faire bloc' pour être compétitif sur le marché international, surtout face à l'Etat fédéral américain.
90. L'Union Européenne, pour des raisons politiques évidentes ne se proclame pas elle-même en tant que fédération d'états : elle utilise donc les outils de l'harmonisation et de la convergence propres au fédéralisme pour instaurer un espace économique compétitif.
91. Dans sa Communication sur le secteur des professions libérales, l'UE a fait le constat de l'importance des professions libérales pour son économie, celles-ci étant amenées à tenir un rôle important dans l'amélioration de sa compétitivité économique. En 2004, les services fournis principalement aux entreprises étaient attribués pour près d'un tiers aux professions libérales. Le chiffre d'affaires estimé en 2001 était d'environ 980 milliards d'euros, créant 500 milliards d'euros de valeur ajoutée pour l'ancienne 'Europe des Quinze'. La catégorie des professions libérales génère donc elle-même une activité économique importante, mais elle contribue également à l'activité économique des entreprises, de sorte que leur qualité et leur compétitivité aient des répercussions sur l'ensemble de l'économie européenne.¹⁶⁴
92. Ainsi, la Commission européenne s'est attachée à promouvoir la disparition des restrictions réglementaires anticoncurrentielles, qui permettraient notamment de proposer aux consommateurs des services plus compétitifs, de qualité supérieure, à des conditions plus avantageuses. Pour ce faire, elle a évalué, mis en balance ces régulations, dans le but de supprimer les restrictions « non justifiées ».

¹⁶³ Note 160.

¹⁶⁴ COM (2004) 83 final/2, 9 février 2004, Communication de la Commission ; Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales

Elle a également institué un régime de reconnaissance des qualifications professionnelles¹⁶⁵, concernant directement les professions libérales (formation, diplômes) pour permettre une meilleure flexibilité du marché du travail et une libéralisation des prestations de services.

93. Toutefois, l'UE dispose d'outils limités. La Commission peut instaurer des règlements et des directives, communiquer sur ses propositions, mais une grande part du résultat escompté reste à la discrétion des Etats membres eux-mêmes. On remarque dans ses diverses interventions dans ce domaine cette faiblesse ontologique ; « *la Commission s'inquiète de l'existence encore trop fréquente dans de nombreux états membres de réglementations* », « *[elle] invite instamment à intensifier ses efforts* », « *[elle] continuera de jouer un rôle de catalyseur et de diffuser les bonnes pratiques* »¹⁶⁶. On peut craindre dès lors que l'UE soit privée d'outils institutionnels suffisamment efficaces pour permettre cette convergence.

94. Ces formules pouvant apparaître trop incantatoires, les autorités européennes ont cherché à légitimer l'accroissement de ses pouvoirs dans le domaine économique en produisant, en amont, un modèle institutionnel plus démocratique, et donc à priori plus en phase avec les attentes des citoyens-consommateurs européens. L'harmonisation des professions libérales prioritairement conçue comme un objectif, un moyen de compétitivité économique est devenu une fin en soi. Cette fin permettrait dans un second temps, de légitimer l'action de l'UE dans d'autres domaines et donc de servir comme outil démocratique.¹⁶⁷

II. La profession libérale, outil de légitimation fédérale

95. Selon certains auteurs, la question des professions libérales européennes est liée à deux problématiques. D'une part, elle solutionne en partie les nouveaux défis et grands courants sociaux, politiques et économiques mondiaux, dans le but de concurrencer les

¹⁶⁵ Directive 2005/36/CE du Parlement Européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles du 7 septembre 2005.

¹⁶⁶ Sic points 15 à 21.

¹⁶⁷ Voir paragraphe suivant et OLGATI Vittorio, « The European learned professions and the EU higher education project », *European Societies*, 10:4, 2008, pp. 545-565

modèles d'autres civilisations. D'autre part, elle constitue un outil adéquat pour évaluer la gouvernance de l'UE comme un système normatif pleinement légitime.

96. Les professions libérales européennes ont longtemps été conçues comme de simples outils, moyens techniques de la modernisation de l'UE plutôt que comme des ressources propres, une institution en soi.¹⁶⁸

Toutefois, les défis intérieurs et extérieurs rencontrés lors des années 90 tels que la chute du mur de Berlin et donc l'élargissement vers l'est, l'intervention armée au Kosovo, l'établissement non unanime de la monnaie commune ont conduits les autorités européennes à faire évoluer leur politique. Il s'agissait de fournir une protection plus cohérente aux intérêts et aux valeurs fondamentales de l'Union.

97. Dès lors, il semblait que les professions libérales européennes soient de plus en plus aptes à accomplir une tâche supplémentaire : fournir une consistance politique à la construction européenne, non seulement par une intégration plus efficiente, mais aussi en créant un haut degré de légitimité politique et démocratique. Le virage politique intervint en vertu du Traité de Maastricht¹⁶⁹ et eu des conséquences importantes pour les professions libérales. La reconnaissance de la citoyenneté européenne par le Traité comprenait une charge symbolique politique très forte qu'il s'agissait de justifier, de contextualiser auprès des peuples européens. De plus, pour la première fois de l'histoire institutionnelle européenne, un document officiel faisait explicitement référence à l'éducation en tant « moteur du développement socio-économique », et ce, afin de donner une substance concrète à la notion nouvelle de « citoyenneté européenne ». La citoyenneté étant un pilier de la construction étatique, une telle reconnaissance constituait une étape supplémentaire vers le fédéralisme européen, et garantissait une gouvernance plus sociale de l'UE, tout en réduisant le « déficit démocratique ».¹⁷⁰

98. Les professions libérales servirent alors de fer de lance, d'outil construisant cette citoyenneté européenne nouvelle. Le défi était alors de concilier les traditions des états membres tout en harmonisant au mieux les différents statuts. Pour se faire, la Directive

¹⁶⁸ Sic

¹⁶⁹ Traité instituant l'Union Européenne, 7 février 1992, (dit 'Traité de Maastricht')

¹⁷⁰ Sic

relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles fut édictée en 1989¹⁷¹ pour renforcer cette tradition européenne concernant les professions libérales alliant savoir universitaire et savoir-faire professionnel (ordres professionnels, associations).

99. Le Traité de Nice¹⁷² marqua un tournant décisif par la reconnaissance des droits et libertés reconnues par la Cour de Justice de l'UE en tant que « tradition juridique européenne commune ». La libre concurrence économique et d'autres libertés plus sociales ont donc la même valeur, la même importance dans la gouvernance de l'Union. Dans ce contexte, les professions libérales ne sont plus simplement basées sur une seule perspective économique telle que le principe de la liberté du marché intérieur. Elles doivent également prendre en compte d'autres données : cadre institutionnel, dynamiques sociales et professionnelles, valeurs et intérêts des professionnels. Ainsi, les valeurs portées par les professions libérales en tant qu'acteurs de la vie économique, ne sont plus une donnée accessoire du cadre économique européen mais deviennent un objectif de gouvernance institutionnelle, à égalité avec les objectifs traditionnels de l'UE promouvant la seule construction économique de son espace. Les valeurs de ces professions, portées par l'harmonisation de leur statut, permettent en soi, une meilleure intégration de l'espace politique européen.

100. Cependant ; après avoir été utilisées comme moyen de compétitivité économique, puis moyen de légitimation d'une politique fédérale, les professions libérales ne peuvent être perpétuellement instrumentalisées et doivent être reconnues en tant qu'institution, et non comme 'outil', 'moyen' institutionnel et économique.¹⁷³

101. **Synthèse.** Cette première partie a tenté de dresser un tableau complet, envisageant la pluralité des réalités que recouvrent les professions libérales. Les définitions multiples n'empêchent pas l'existence d'une notion quasi-universelle. Si les réglementations ont progressivement connus les mêmes justifications, qu'en est-il des diverses dérèglementations promues depuis ces quarante dernières années ? Celles-ci sont-ils les seuls facteurs de remise en cause du caractère libéral ?

¹⁷¹ Directive 89/48/CEE du Conseil relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans du 21 décembre 1988

¹⁷² Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, 26 février 2001, (dit 'Traité de Nice')

¹⁷³ Voir note 166

DEUXIEME PARTIE : LA REMISE EN CAUSE DU CARACTERE LIBERAL, VERS UNE DISPARITION DES PROFESSIONS LIBERALES ?

102. La particularité du statut libéral implique nécessairement sa remise en cause par des facteurs externes (économiques, politiques), et internes (par les professionnels eux-mêmes). Dans quelle mesure peut-on considérer une atteinte aux éléments fondamentaux de l'exercice libéral ? Quelles sont les implications des Etats et du marché dans ce processus ? Le constat d'une fragilisation des caractères essentiels de ces professions sera démontré : perte d'indépendance, influence extérieure, liberté contrainte, responsabilisation accrue...
103. L'économie de marché et le droit de la concurrence n'influent pas seulement le monde du travail traditionnel des entreprises et des salariés, il conditionne également l'ensemble de la vie productive auxquelles participent les professions libérales (Chapitre 1). Cette empreinte a des conséquences sur l'ensemble de son exercice, et contribue à sa remise en cause. Aujourd'hui, la médecine libérale apparaît être la profession la plus touchée par ces diverses constrictions, jusqu'à même remettre en cause sa pérennité : la médecine libérale sera-t-elle la première de ces professions à disparaître ? (Chapitre 2)

Chapitre 1 : Les professions libérales à l'épreuve du droit de la concurrence

104. La présence significative du marché dans nos économies a conduit les institutions tant françaises qu'américaines à remettre en cause la nature des professions libérales en raison de l'impact qu'elles peuvent jouer sur la vie économique.
105. Cette remise en cause s'est d'abord faite en fonction du droit de la concurrence, garant de la libre concurrence économique, moteur des économies occidentales. Pourtant, on pourrait se demander en quoi les professions libérales seraient concernées par une telle législation puisqu'elle ne répond pas –à priori- à une logique commerciale. C'est justement sur ce présumé que s'est attaqué la justice américaine puis européenne. Malgré leur nature non commerciale de ses activités, les professions libérales ne seraient pas exemptes de l'application du droit de la concurrence (Section 1). Cette application aurait

même la vertu de profiter aux « consommateurs » de ces services, transformant les relations et les rapports de force entre le professionnel et son client (Chapitre 2).

Section 1 : Remise en cause sur la nature des entités, nature des services

106. Le droit américain fut le premier à s'attaquer aux professions libérales sous l'angle des lois anticoncurrentielles dites « lois antitrust », le droit de la concurrence y étant historiquement plus développé. Dans le cadre de l'objectif du marché intérieur, l'Union Européenne cherche à promouvoir la libre concurrence au sein de son espace, et à chasser les entraves faites à celles-ci. La France, état membre de l'UE doit donc appliquer les réglementations édictées dans ce domaine.

107. Toutefois, l'approche retenue par les juridictions américaines et européennes pour contrôler, et appliquer le droit de la concurrence aux professions libérales a été différent, bien que les conséquences soient sensiblement les mêmes. Ainsi, la justice américaine s'est focalisée sur la nature des services proposés au regard du droit de la concurrence, c'est-à-dire sur les prestations des professionnels (I), tandis que l'UE s'est attachée à contrôler la nature des entités, donc sur les professionnels eux-mêmes (II).

I. L'approche américaine : le contrôle antitrust au regard de la nature des services des professions libérales

108. Dans quelle mesure les impératifs de liberté économique n'impactent-ils pas la nature des services proposés par les professions libérales ? Doit-on considérer ces services comme ayant une nature marchande et donc soumis au droit antitrust du Sherman Act ? Faut-il faire une distinction entre les activités internes et externes des professions libérales ? Ces questions sont autant de problématiques ayant introduit le droit de la concurrence dans le domaine des professions libérales.

109. Le Sherman antitrust Act¹⁷⁴ a été promulgué en 1890 et fut la première réglementation du droit de la concurrence moderne. Il prohibe les ententes illicites qui restreignent les échanges et le commerce, sanctionnées par une peine d'emprisonnement et une amende.

¹⁷⁴ Sherman Antitrust Act, 26 stat. 209, 15 U.S.C. §§1-7. (1890)

110. La question posée aux juges était de savoir si une « *learned profession* » tel que le *lawyer* ou le *physician* bénéficiait d'une exemption de l'application du *Sherman Act*, au motif que le droit, la médecine ne constitueraient pas un échange, un objet de commerce.¹⁷⁵ Cette exemption serait implicite, car il n'existe pas de disposition statutaire expresse exemptant les professions libérales de l'application du droit de la concurrence. Dès lors, il était possible de déduire cette exemption par la négative, en soutenant que le texte applique la compétence fédérale antitrust seulement au « commerce » et aux « échanges commerciaux ».

A. Des origines jurisprudentielles balbutiantes

111. Le juge américain fut confronté à cette question pour la première fois lors de l'affaire *F.T.C v. Raladam*¹⁷⁶, où il considéra que certains aspects des activités des professions libérales étaient « implicitement » exempts des lois anticoncurrentielles. En effet, en raison de la formation spécifique et des autorisations d'exercice inhérentes à ces professions, celles-ci étaient traditionnellement reconnues comme disposant d'un monopole légal, et que « *n'appartenant pas au commerce, elles n'étaient pas soumises à l'application du Sherman Act* ». Les professions libérales étaient donc préservées du jeu concurrentiel.

112. Un revirement jurisprudentiel bouleversa cette immunité implicite lors de l'affaire *American Medical Association v. US Medical society of the District of Columbia* (1943)¹⁷⁷. Des médecins étaient soupçonnés d'avoir conspiré contre le Groupe médical de santé du District de Columbia en ayant empêché leurs activités. Néanmoins, la Cour conclut que la solution de l'affaire ne nécessitait pas de répondre à la question de la nature des activités. Cet évitement jurisprudentiel laissa un doute quant à l'existence ou non d'une exemption. La question de la nature de la relation entre lois antitrust et professions libérales fut une nouvelle fois évitée lors de l'arrêt *US v. Oregon State Medical Society*¹⁷⁸. Cependant, la Cour souligna qu'il existe « *des considérations éthiques où la relation historique entre patient et médecin est engagé, qui sont différentes des considérations habituelles*

¹⁷⁵ COLEMAN James E., « Antitrust exemptions : the learned professions », in *Antitrust Law Journal*, Vol.33, Avril 1967, pp. 48-55.

¹⁷⁶ *F.T.C v. Raladam*, 283 U.S. 643, 653, (1931)

¹⁷⁷ *AMA v. United States Medical Society of the District of Columbia*, 130 F.2d 223 (D.C. Cir. 1942), aff'd, 317 U.S. 519., (1943)

¹⁷⁸ *United States v. Oregon State Medical Society*, 343 U.S. 326., (1952)

prévalant sur les relations commerciales ordinaires ». Cette remarque illustre la réticence de la Cour à se prononcer sur le sujet tout en induisant qu'il existe une différence entre ceux exerçant « *la profession* » et ceux faisant du commerce (« *trade* »).¹⁷⁹

113. Si aucune exemption n'a été clairement reconnue par les juges américains, plusieurs éléments étaient mis en exergue dans les affaires ultérieures pour venir soutenir l'existence d'une exemption¹⁸⁰. L'activité affecte-t-elle le commerce ? L'activité est-elle encadrée par une réglementation de l'état ? Les organisations professionnelles recevant certaines délégations de puissance publique de la part des états, si l'imposition de prix minimums est en partie gouvernée par une législation de l'état, celle-ci sera exempte de l'application des lois antitrust¹⁸¹. L'activité exercée est-elle ou non principalement économique, affecte-t-elle les échanges entre états (Interstate Commerce clause) ? Enfin, existe-t-il une régulation spécifique propre aux professions libérales dans l'état concerné ?¹⁸²

B. Arrêt *Goldfarb* : fin de l'exemption implicite et nouvelles incertitudes

114. L'affaire *Goldfarb*¹⁸³ marqua un arrêt à cette exemption latente et non définie qui semblait jusqu'alors indiquer que les professions libérales se plaçaient dans une catégorie juridique différente des concurrents habituels. En effet, bien qu'il n'y ait pas eu de réel « précédent » sur la question, la notion restait en suspens.

Dans cet arrêt, le barreau de l'Etat de Virginie fixait les prix pour certains actes. La fixation des prix étant l'une des atteintes à la concurrence les plus sévèrement condamnées, sans prise en compte d'une éventuelle exemption, l'association se heurtait donc potentiellement à l'application du Sherman Act.

La Cour Suprême rejeta donc l'exemption quasi implicite donc bénéficierait les professions libérales. Elle statua que la fixation des prix étant illégale *per se* en vertu du Sherman Act,

¹⁷⁹ COLEMAN James E., « Antitrust exemptions : the learned professions », in *Antitrust Law Journal*, Vol.33, Avril 1967, pp. 48-55.

¹⁸⁰ COLEMAN James E., « Antitrust exemptions : the learned professions », in *Antitrust Law Journal*, Vol.33, Avril 1967, pp. 48-55.

¹⁸¹ *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, 352 (1943)

¹⁸² *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820, 843, (1961).

¹⁸³ *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773., (1975)

et qu'aucune exemption valable à la loi ne pouvant être démontrée, les frais minimums imposés par le barreau de l'Etat de Virginie violaient la section 1 du Sherman Act.

De plus, elle affirma que les avocats fournissant des services en échange d'argent, sont engagés en soi dans le commerce. Le Sherman Act ne suggère en rien une exemption pour une catégorie de professionnels, sous prétexte que celle-ci auraient des fins non lucratives. Dès lors, les avocats engagés dans une opération de commerce font tomber l'exemption dont ils bénéficiaient –à priori- en raison de la fin non commerciale de leur activité.

La loi antitrust est applicable au comportement de l'avocat, mais le comportement n'est pas illégal *per se*, car, selon la Cour, la dimension de service public que peut revêtir ces professions peut requérir que certaines pratiques pouvant être considérées comme des violations du Sherman Act, soient « *considérées dans un autre contexte de manière différentes* ».

Cette nuance apportée par la Cour laissa entendre que les lois antitrust ne devaient pas être appliquées trop strictement contre les professions libérales, notamment en prononçant une interdiction *per se*. Toutefois, un arrêt ultérieur laissa entrevoir un autre type de contrôle par l'analyse du « *quick look* », c'est-à-dire une évaluation rapide de la situation du professionnel vis-à-vis du dommage causé à la concurrence¹⁸⁴.

115. L'ère « *post-Goldfarb* » fut pavée d'incertitudes, notamment concernant les dispositions des codes professionnels. De nombreuses cours déclarèrent que les dispositions éthiques étaient légales dès lors qu'elles étaient « raisonnables » ou que la restriction incriminée avait un « but non commercial ». Pourtant, la règle de raison est une invitation de juger seulement sur les effets restrictifs à la concurrence et non sur son caractère raisonnable en tant que *public policy*¹⁸⁵.

C. Le statut jurisprudentiel actuel hybride des professions libérales

116. L'arrêt *California Dental Association v. FTC*¹⁸⁶ bouleversa à nouveau la configuration jurisprudentielle des professions libérales au regard du droit de la concurrence.

¹⁸⁴ *National Society Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978)

¹⁸⁵ COLEMAN James E., « Antitrust exemptions : the learned professions », in *Antitrust Law Journal*, Vol.33, Avril 1967, pp. 48-55.

¹⁸⁶ *California Dental Association (CDA) v. Federal Trade Commission* (119 S. Ct. 1604), (1999).

Dans cette affaire, la Federal Trade Commission¹⁸⁷ (FTC) avait condamné une disposition éthique d'une association professionnelle de dentistes (CDA) qui limitait la possibilité de faire de la publicité, notamment sur les rabais proposés par les dentistes à leurs clients, sur certaines prestations. Selon la FTC, ces prescriptions étaient illégales *per se* vis-à-vis du Sherman Act, car elles constituaient des restrictions sur les prix.

La question posée à la Cour était de savoir si, d'une part, la FTC avait compétence sur la CDA, association professionnelle à but lucratif, et d'autre part, si la « *quick look analysis* » de la *rule of reason* suffisait pour justifier que les restrictions édictées par la CDA violaient le Sherman Act ?

117. Selon la Cour Suprême, la FTC est compétente pour connaître des litiges émanant d'associations comme la CDA qui fournissent un avantage économique substantiel à leurs membres. Cependant, la question de l'atteinte à la concurrence n'étant pas évidente, la violation « *per se* » n'est pas applicable, et la Cour rejette par là même la « *quick look analysis* » préférant une application « complète » de la règle de raison, compte tenu du contexte. En effet, selon les juges, lorsque la grande probabilité d'effets anticoncurrentiels peut être facilement déterminée, la *quick look analysis* (soit l'analyse en « un coup d'œil ») est appropriée. En l'espèce, le caractère évident de l'effet anticoncurrentiel n'ayant pas été démontré, la *quick look analysis* ne pouvait suffire.

118. Dans cette affaire, deux éléments importants doivent être retenus. La Cour n'a pas confirmé ou infirmé le fait que ces professions libérales devaient connaître un « *traitement différent* » comme l'avait sous-entendu l'arrêt *Goldfarb*. Toutefois, elle a reconnu qu'une organisation à priori non lucrative puisse fournir un avantage économique, et donc, être soumise aux préceptes des lois anticoncurrentielles.

119. Malgré ces développements, la jurisprudence américaine reste plutôt évasive sur la nature des services fournis par les professions libérales. Ceux-ci ont intégré le jeu concurrentiel mais connaissent parfois, au nom de la règle de raison, des aménagements plus ou moins clairs. L'incertitude demeure sur la différence de « traitement » éventuel qui doit ou non lui être appliqué puisqu'aucune affirmation n'a été jusqu'ici formulée.

¹⁸⁷ Agence indépendante du gouvernement des États-Unis créée par le Federal Trade Commission Act en 1914, ayant pour mission principale d'appliquer le droit de la consommation et de contrôler les pratiques commerciales anticoncurrentielles

II. L'approche européenne : le contrôle anticoncurrentiel au regard de la nature des entités

« Les marchés des services perdent de plus en plus leur dimension locale ou nationale. L'internationalisation oblige les membres des professions libérales à faire face aux défis du grand marché intérieur et à la libéralisation en cours au niveau mondial. (...) L'objectif de ces réformes est de progresser dans la déréglementation afin d'intensifier la concurrence au sein des professions libérales dans l'intérêt des consommateurs. »¹⁸⁸

A. Ratio decidendi et Ratio legis du contrôle

120. L'Union Européenne se place dans une logique fédéraliste puisqu'il s'agirait selon les directives d'actualiser les structures existantes des professions libérales pour les rendre plus compétitives et compatibles avec l'économie concurrentielle du marché européen. Devenu véritable leitmotiv de la Commission, la chasse aux réglementations restrictives des professions libérales est envisagée sous l'angle de la compétitivité de l'économie européenne et sous l'angle de l'intérêt des consommateurs. Il y a donc, de fait une véritable marchandisation de ces prestations offertes par les professions libérales, dont la nature, de fait, est appréhendée sous l'angle économique par le juge.¹⁸⁹

121. Dans son Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales¹⁹⁰, la Commission fait état des instruments mis en œuvre par les législations nationales ou par l'autorégulation des organisations professionnelles qui, selon elle, nuisent au bon fonctionnement du marché intérieur.

Premièrement, les prix imposés (tant minimums que maximums) sont considérés comme les « instruments de réglementation les plus néfastes pour la concurrence » car ils suppriment ou réduisent fortement les avantages que les marchés concurrentiels présentent pour les consommateurs. Si des justifications ont été soumises par les défenseurs de ces réglementations arguant que les prix préservent la qualité des services, la Commission propose une solution alternative par la mise en place de mesures

¹⁸⁸ BICHO Maria José, « Concurrence dans les professions libérales : quels avantages pour le consommateur », DG Concurrence, Commission Européenne, Journée européenne de la concurrence, 9 juin 2000.

¹⁸⁹ (voir paragraphe suivant « B »).

¹⁹⁰ COM (2004) 83 final/2, 9 février 2004, Communication de la Commission ; Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales

« destinées à améliorer la qualité de l'information concernant les services offerts par les professions libérales », pouvant aider les consommateurs à choisir.

Deuxièmement, l'existence de « prix recommandés » dans les régulations auraient également une incidence négative sur la concurrence en ce qu'ils tendent à faciliter la coordination des prix entre les prestataires de services, et peuvent tromper les consommateurs sur le niveau de prix raisonnables.

Troisièmement, la théorie économique s'oppose aux restrictions en matière de publicité, car celle-ci peut favoriser la concurrence puisqu'elle peut être une source d'information pour le consommateur et permettrait, selon la Commission, d'éclairer son choix. D'après une comparaison faite entre les Etats membres interdisant ou restreignant la publicité, et ceux l'ayant abolie, il a été établi que ces services « peuvent être efficacement offerts », et que les restrictions en matière de publicité ne constituent pas « un élément essentiel pour la protection des consommateurs contre les allégations mensongères dans ces professions ».

Quatrièmement, l'Union Européenne critique les restrictions d'accès et d'installation dont font l'objet certaines professions libérales, dont le risque principal serait la réduction de l'offre des services, nuisant à leur qualité et à la concurrence. L'étude comparative avec les Etats-Unis menée par la Commission a conclu que les restrictions d'accès n'avaient aucune incidence sur la qualité. Elle propose d'abaisser les barrières à l'entrée et de diminuer les tâches réservées à certaines professions, soulignant que certains prestataires pourraient être habilités à effectuer les tâches les moins complexes. On remarque que ces propositions trouvent une application directe en France par le Projet de loi dit Macron¹⁹¹ évoqué dans la section suivante.

Enfin, les réglementations relatives à la structure des entreprises peuvent avoir pour objet de limiter la structure de la propriété des entreprises offrant les services des professions libérales, de limiter les possibilités de collaboration (par exemple, entre avocats et experts-comptables) avec d'autres professions. L'incidence négative de ces régulations dans le domaine juridique est par ailleurs largement étayée par la Commission, car elle empêcherait, selon elle, les juristes et comptables d'offrir un conseil juridique et

¹⁹¹ Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité économique, adopté en Procédure accélérée en application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution le 19 février 2015 par l'Assemblée Nationale, adopté en 1ère lecture au Sénat le 12 mai 2015.

comptable global pour les problèmes de la fiscalité. De plus, ces règles tendraient à priver l'accès à la profession à de nouveaux entrants.

B. Exercice du contrôle par le juge européen sur la nature des entités

122. Le marché intérieur est notamment basé sur la liberté de prestation de services et d'établissement, liberté acquise pour la profession d'avocats depuis la directive autorisant la reconnaissance mutuelle de la qualité d'avocat entre les Etats membres¹⁹². Dès lors, un avocat issu d'un Etat membre a le droit de s'établir dans un autre Etat membre, pour y exercer de manière définitive ou temporaire, sa profession.

Cependant, la participation à l'exercice de l'autorité publique édictée par l'article 51, alinéa 1^{er} du TFUE peut constituer une restriction légale à ces libertés. La notion d'autorité publique avait été évoquée par l'arrêt *Jean Reyners*¹⁹³, soulignant que les « activités les plus typiques » de l'avocat ne constituent pas une participation à l'exercice de cette autorité.¹⁹⁴

123. La célèbre affaire *Höfner*¹⁹⁵ donnait déjà quelques indications substantielles sur la qualification européenne d'une profession libérale. La Cour de Justice avait en effet adopté une conception fonctionnelle et extensive de la notion d'entreprise, fondée sur le critère de l'activité économique. Dès lors, en disposant que « *toute entité exerçant une activité économique est considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire, quel que soit son statut juridique ou son mode de financement* »¹⁹⁶, les juges européens brassaient un nombre d'entités bien plus large que la définition nationale. Selon cette décision, puisqu'une profession libérale exerce une activité économique, celle-ci serait qualifiée d'entreprise au sens du droit de l'Union.

124. Quelques années plus tard, la Cour confirma ce présupposé en confirmant que « *l'activité propre aux membres d'une profession libérale consistant à offrir des services de nature*

¹⁹² Directive 98/5/CE Parlement européen et du Conseil visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, du 16 février 1998

¹⁹³ CJCE 21 juin 1974 *Reyners v. Belgium*, 1974 E.C.R. 631, 2/74

¹⁹⁴ VOGEL Louis, *Droit Européen des affaires*, Coll. Précis, Dalloz, 2012, pp. 172-174.

¹⁹⁵ CJCE, 23 avril 1991 *Höfner and Elser v Macrotron GmbH*, 1991, C-41/90

¹⁹⁶ Voir également à propos des médecins, arrêt : CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, affs C-180/98 à C-184/98, rec. p. I-6451

intellectuelle est une activité qui relève de la notion d'entreprise au sens de l'arrêt Höfner ».

197

Les professionnels libéraux, avocats, médecins, sont donc des entreprises au sens du droit de l'Union.

125. Si une profession libérale, pouvait être individuellement qualifiée « d'entreprise », quelle qualification le juge européen pouvait-il attribuer à un ordre professionnel réunissant ces professionnels ? L'ordre professionnel peut-il être qualifié « d'association d'entreprise » au sens de l'article 101§1 TFUE ?

Dans l'arrêt Wouters¹⁹⁸, les conclusions de l'Avocat Général Philippe Léger promettait une révolution institutionnelle, soumettant la réglementation professionnelle des ordres au contrôle du droit de l'Union. Cependant, la solution retenue par la Cour fut beaucoup plus modérée¹⁹⁹

126. Dans les faits, le Conseil de l'ordre néerlandais des avocats comportait dans sa réglementation (la *Samenswerkingsverordening*) une interdiction de collaboration durable entre avocats et experts comptables. Me Wouters, avocat associé au sein d'une société ayant pour activité le conseil fiscal, souhaitait s'inscrire au barreau d'Amsterdam et y exercer sous le nom de cette société. Cependant, ladite société entretenant des liens étroits avec une autre société rassemblant des experts-comptables, il s'est vu refuser son inscription au barreau, de tels liens étant prohibés par le règlement intérieur de la *Samenswerkingsverordening*.

Me Wouters et les deux sociétés en cause exercent un recours administratif contre cette décision devant le Conseil de l'Ordre néerlandais, qui a rejeté ces recours. Après avoir été déboutés de leurs demandes auprès des tribunaux administratifs, les requérants ont formulé un appel auprès du Conseil d'Etat néerlandais (*Raad van State*). Celui-ci a déclaré irrecevable les recours formés par les deux sociétés et a décidé de surseoir à statuer sur les recours portés par Me Wouters afin de poser des questions préjudicielles à la Cour de Justice des Communautés européennes.

¹⁹⁷ CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96

¹⁹⁸ CJCE, 19 février 2002, *J.C. J. Wouters c/ Algemene Raad van de Nederlandse van Advocaten*, aff. C-309/99

¹⁹⁹ DOMESTICI-MET Alexandre, « *L'interdiction des collaborations intégrées entre avocats et experts-comptables : la réglementation des ordres professionnels constitue-t-elle une entente contraire au droit communautaire ?* », Note sous CJCE, 19 février 2002, Wouters, aff. C-309/99, Droit 21, 2002, Chr., AJ 188

127. D'une part, la juridiction nationale souhaitait savoir si l'article 81 du traité CE (ex 101 TFUE) était applicable aux avocats et au *Nederlandse Orde van Advocaten* (Ordre des avocats néerlandais), et si, dans ce cas, le règlement intérieur de l'ordre constituait une justification au motif de sauvegarde de l'intérêt général.

D'autre part, le Conseil néerlandais demandait à la Cour de déterminer si l'ordre néerlandais des avocats constitue une association d'entreprises au sens de l'article 82 du traité CE (ex article 102 TFUE) et commet un abus de position dominante en adoptant une telle réglementation.

128. La solution adoptée par la Cour apparaît double. En effet, le juge considère que le droit des ententes édictées par l'article 81 s'applique au règlement intérieur, tout en refusant de sanctionner l'interdiction des collaborations intégrées entre avocats et experts-comptables sur le fondement du droit de la concurrence.

S'agissant de l'application du paragraphe 1 de l'article 81 prohibant les ententes, la Cour confirma l'application de la notion d'entreprise à la profession d'avocat, celui-ci exerçant une activité économique. De plus, en adoptant « *un règlement tel que le Samenswerkingsverordening* », l'ordre néerlandais des avocats « *peut être considéré comme une association d'entreprises ou au contraire comme une autorité publique* ». En rejetant l'éventualité d'une activité étrangère par nature « *à la sphère des échanges économiques* » et en affirmant que l'ordre « *n'exerce ni une mission sociale fondée sur le principe de solidarité, ni des prérogatives typiques de puissance publique* », le juge déduit qu'une organisation professionnelle « *doit être considérée comme une association d'entreprises au sens de l'article 85§1 du traité lorsqu'elle adopte un règlement tel que le Samenswerkingsverordening* ». Enfin, le juge établit l'existence d'une atteinte à la concurrence par la réglementation nationale « *susceptible d'affecter les échanges communautaires* ».

Un règlement produit par un ordre professionnel tel que l'ordre des avocats est donc susceptible de porter atteinte à la concurrence au sens de l'article 81.

Bien que reconnaissant l'atteinte du règlement au droit de la concurrence, le juge européen refuse de le sanctionner sur cet article, et établit une justification de l'atteinte

portée à la libre concurrence, sur le fondement du paragraphe 3 de l'article 81 (ex 101 § 3 TFUE).

D'une part, le juge examine la réglementation en cause sous l'angle de la déontologie propre à la profession d'avocat impliquant une « *interdiction des conflits d'intérêts (..) et que celui –ci se trouve dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers* ». Il s'en remet à la règle de raison pourtant absente du raisonnement du juge européen en dehors d'un strict bilan concurrentiel²⁰⁰ en affirmant « *qu'un règlement tel que la Samenswerkingsverordening a dès lors pu être raisonnablement considéré comme nécessaire pour garantir le bon exercice de la profession d'avocat, telle qu'elle est organisée dans l'Etat membre concerné* ».

129. Enfin, la Cour neutralise l'argumentation fondée sur l'application de l'article 82 relative à l'abus de position dominante. Selon les juges, l'ordre des avocats néerlandais ne constitue ni une entreprise puisqu'il n'exerce pas une activité économique, ni un groupement d'entreprise en raison de l'insuffisance des liens structurels entre les avocats, « *n'adoptant pas la même ligne d'action* » et ne pouvant donc bénéficier d'une position dominante collective.

L'absence de liens structurels forts, permet d'écartier elle-seule l'existence d'une position dominante collective pour qualifier l'ordre professionnel.

Cependant, la Cour n'a pas retenu l'analyse de l'Avocat général qui justifiait l'interdiction de collaboration intégrée entre avocats et experts-comptables sur le fondement de l'article 86 paragraphe 2 (ex article 106 § 2 TFUE). Cet article confère une exemption mesurée aux entreprises chargées d'une mission d'intérêt général économique. Selon l'Avocat Léger, le règlement tombait dans le champ d'application prohibant les ententes, « *mais il bénéficiait d'une justification en raison de la mission d'intérêt général confiée aux avocats* ».

Il fondait notamment son analyse sur le rôle joué par les avocats pour assurer l'effectivité de l'Etat de droit, celui-ci permettant « *aux particuliers de mieux connaître, comprendre, et mettre en œuvre les droits qui leur sont conférés (...) l'avocat garantit, dans un Etat de*

²⁰⁰ TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA c/ Commission*, aff. T-112/99

droit, l'effectivité du principe de l'accès des justiciables au droit et aux instances juridictionnelles ».

130. On peut s'interroger sur la solution retenue par la CJUE concernant les « associations d'entreprise » et sur la nature de l'institution ordinale. Certains ordres, par leur fonctionnement, pourraient être assimilés économiquement à des entreprises (Ordre des avocats de Paris par exemple), même si leur objet social n'y correspond pas. Bien qu'étant parfaitement indépendants et autonomes des Etats, les ordres peuvent s'apparenter à des démembrements de l'autorité publique. Leurs fonctions, sont pour certaines, des délégations de prérogatives de puissance publique. Dans ce contexte, on peut supposer que la Cour n'a pas voulu heurter les sensibilités des Etats membres, et se confronter à cette dimension étatique pour laquelle elle se sentirait illégitime.

131. **Synthèse.** Qu'elles qu'en soient les hésitations jurisprudentielles sur des points de détail, les professions libérales ont, de fait, intégré le droit de la concurrence, en France, et aux Etats-Unis.

Par conséquent, d'autres implications, introduites par le jeu concurrentiel, viennent fragiliser l'exercice libéral.

Section 2 : Vers une dérèglementation pro-concurrentielle au service des « consommateurs » ?

132. Ces dernières années, le droit de la concurrence s'est largement immiscé dans le traitement juridictionnel des professions libérales. Le phénomène a conduit les Etats à céder le pas sur leurs législations, réglementations, et systèmes d'autorégulation. Désormais, la logique concurrentielle et d'efficience du marché compte parmi les objectifs principaux des législations gouvernant les professions libérales, qui subissent de nouvelles réformes (II), et parfois l'application de règles marchandes (I).

I. L'introduction de la pratique du crédit à la consommation

133. La société américaine est souvent considérée comme étant la première société de consommation mondiale. Dès lors, les crédits à la consommation et ses dérivés ont été

encadrés très tôt par la législation fédérale, qui a souhaité protéger au mieux le consommateur. La fin des années soixante-début des années soixante-dix connut toute une série « d'Acts », législation fédérale venus encadrer les crédits à la consommation et ses dérives pour mieux protéger les consommateurs. Cependant, le phénomène ne se limita pas aux biens et services marchands courants, et les professions libérales furent aussi impactées par la pratique du crédit.

134. En effet, les professionnels (chirurgiens-dentistes, médecins, avocats..), tant aux Etats-Unis qu'en France pratiquent traditionnellement des facilités de paiement en acceptant les remises de chèques tardives²⁰¹, provisions des honoraires, les paiements en plusieurs versements sans frais.²⁰² Ces pratiques témoignent de la souplesse inhérente à l'exercice libéral, où le professionnel est « en colloque singulier »²⁰³ avec son client, son patient, et lui réserve un service sur-mesure, adapté à ses besoins, ses possibilités, tout en étant investis d'une mission d'intérêt général (accès à la justice, accès aux soins), garantie par une déontologie propre.

135. Toutefois, la banalisation du recours au crédit à la consommation institutionnalisé aux Etats-Unis, encadré par des lois fédérales, a conduit les professionnels à s'adapter, voire à devenir de véritables crédateurs au sens de la loi. Si ces pratiques sont tolérées mais critiquées par les associations professionnelles américaines, elles sont totalement interdites par les ordres professionnels français et sont un motif de radiation. En 1968, le *Federal Consumer Credit Protection Act* dont le Titre principal est intitulé *Truth in Lending Act*, visait à promouvoir l'utilisation éclairée du crédit à la consommation, afin de protéger le consommateur, notamment en exigeant un certain nombre d'informations sur les modalités, les formalités à accomplir et les coûts associés au crédit. La loi donne la possibilité au consommateur débiteur d'annuler certaines opérations de crédit, et impose des limites sur certains prêts.²⁰⁴ Si la législation exempte les professionnels libéraux de l'application de ces règles sur les opérations traditionnelles évoquées précédemment,

²⁰¹ Voir Annexe I : Interview du Docteur Sydney Sebban

²⁰² BACKMAN James H., « Consumer credit and the learned professions of law and medicine » in *Brigham Young University Law Review*, 1976, pp. 783-824.

²⁰³ Voir Annexe I : Interview du Docteur Sydney Sebban

²⁰⁴ Federal Truth in Lending Act (Title I of the Consumer Credit Protection Act, Pub. L. No. 90.-321, 82 Stat. 146, (1968),

certaines pratiques développées sont couvertes par la loi, même si elles sont pratiquées par des acteurs non commerçants.

136. Le « système D » américain de paiement différé des prestations des professionnels glisse vers une bancarisation de l'activité, où le client, bénéficie d'une protection en tant que « consommateur » et où le professionnel devient créancier, « banquier » de son client, en pratiquant les mêmes techniques financières qu'un commerçant.

137. Plusieurs techniques de paiement pratiquées par les professionnels étant de véritables techniques déguisées de crédits faits à leur clientèle, ceux-ci, sans être illégaux, sont encadrés par le *Truth in Lending Act* au même titre qu'un crédit classique octroyé par un commerçant. Il y a donc une véritable consommérisation des prestations de services proposés par les professions libérales. Si cette application peut sembler surprenante lorsqu'elle s'applique à la technique du paiement en 4 fois sans frais, elle apparaît plus légitime lorsqu'il s'agit de rabais octroyés pour le paiement en espèce, ou le paiement immédiat, ou encore l'imposition de pénalités en cas de retard. Bien que légitimes au regard du droit commercial, ces pratiques en soi semblent irréalisables, incompatibles avec la déontologie de ces professions, qui exigent probité, dignité et moralité, et est donc en totale contradiction avec l'insertion de pratiques marchandes.

138. Cependant, une différenciation détaillée doit être établie.

A. Le champ d'application de la loi et les exemptions

139. Le *Truth in Lending Act* s'applique en principe à tous les aspects du commerce ; notamment les crédits à la consommation, les prêts, les ventes et les services industriels. Un crédit à la consommation est défini comme étant une transaction « *où celui dans lequel la partie à qui le crédit est offert ou prolongée est une personne physique, et l'argent, des biens ou services qui font l'objet de la transaction sont principalement faits à des fins personnelles, familiales, de ménage, ou à des fins agricoles* »²⁰⁵. Les clients des professions libérales (ou patients) incapables de payer directement les services dont ils ont bénéficiés peuvent, effectuer des paiements en plusieurs fois. Les professionnels ont donc pris l'habitude d'être les créanciers de leur client, dans le cadre du marché du crédit à la

²⁰⁵ Federal Truth in Lending Act, 15 U.S.C §§ 1602(h)

consommation, et entrent dans le cadre légal de l'application des lois protectrices. Cependant, la plupart des pratiques de crédits ou de facilités de paiement sont exemptes de cette application, notamment les pratiques dites traditionnelles de paiement en plusieurs versements sans frais. Toutefois, ces mêmes pratiques de paiement en plusieurs versements tombent automatiquement sous le coup de l'application de l'Act dès lors que l'accord est en plus de 4 versements (« *more than four installments* »), ou bien qu'une charge financière, un intérêt est exigé (« *the payment of a finance charge* »). Ces dernières possibilités exigent donc instamment le respect du *Truth of Lending Act* par le professionnel.²⁰⁶

140. Le paiement en plus de quatre versements, même sans frais. (« *The more than four installment rule* »). L'intention de la règle tient de la crainte que les crédateurs ne contournent l'application de l'Act en incluant des charges financières cachées en augmentant le tarif initial. Les médecins et avocats se sont vigoureusement opposés à cette règle puisqu'ils pratiquaient le paiement en plus de quatre versements sans leur imputer aucune charge financière. Toutefois, la *Federal Reserve Board* a inclus une exception à cette règle, en affirmant que lorsque le client ou patient émet unilatéralement le souhait de payer en plus de quatre versements le professionnel, celui-ci peut accepter cette proposition sans être sujet à l'application de la loi sur la consommation²⁰⁷. Une autre exception concerne les orthodontistes et les obstétriciens²⁰⁸ qui peuvent entrer dans un processus de paiement différé étendu, sans être sujets à l'application de la loi, sous réserve que ces paiements différés n'induisent pas de charge supplémentaire pour le patient.

141. L'imposition de frais supplémentaires (« *Imposing charges on delinquent accounts* »). Selon la loi, « *a finance charge* » inclut « *toutes les charges exigées payables en tant qu'incident d'extension du crédit* ».²⁰⁹ Toutefois, une distinction a été faite avec les pénalités de retard de paiement souvent exigées par les médecins américains et qui ne

²⁰⁶ BACKMAN James H., « Consumer credit and the learned professions of law and medicine » in *Brigham Young University Law Review*, 1976, pp. 783-824.

²⁰⁷ FRB Letter No. 32, 8 Juillet 1969 [1969-1974 Transfer Binder]

²⁰⁸ FRB Letter No. 262, 19 février 1970 [1969-1974 Transfer Binder]

²⁰⁹ Federal Truth in Lending Act, 15 U.S.C §§ 1605(a)

rentrent pas dans la qualification de « *financial charge* » sujette à l'application de la loi sur la consommation.

142. **Les remises pour paiement rapide** (« *Discounts for prompt payments* »). Ce type de pratique permet au client payant par exemple dans les dix jours suivant l'acte, de bénéficier d'une déduction nette du montant pouvant être de 2, 10, 15%²¹⁰. Cette pratique, attractive pour le client du professionnel, induit néanmoins certains effets pervers, notamment une rupture d'égalité entre les payeurs rapides et les payeurs devant échelonner leur solde.

B. Remise en cause de l'éthique des professionnels et application de la loi

143. Bien que de nombreux professionnels n'aient pas adopté des pratiques de crédit régies par le Truth in Lending Act, les normes déontologiques relatives aux accords de crédit ont été assouplies, voire même, dans certains cas, inversées. Par conséquent, de nombreuses interdictions traditionnelles contre l'utilisation des pratiques de crédits par les professionnels pour leurs clients ont disparu.

144. S'agissant de la profession d'avocat, l'ABA a émis plusieurs avis concernant ce phénomène. Ainsi, les codifications ont repris cette vision « *en fixant des frais supplémentaires [les avocats] ne devraient jamais oublier que la profession est une de branche de l'administration de la justice et non une pure activité lucrative* ». Dans ce contexte, le Comité d'Éthique professionnelle a rejeté plusieurs de ces pratiques utilisées dans le commerce, notamment les rabais pour paiement immédiats ou rapides, et les *late fees for delinquent accounts*. Concernant les rabais, le Comité a affirmé que « *bien que le fait de permettre des rabais peut être approprié à la pratique commerciale normale, nous pensons que cela n'est pas conforme aux principes de la profession d'avocat. Les transactions commerciales sont franchement impersonnelles tandis que mes relations professionnelles entre un avocat et son client sont hautement personnelles, impliquant une appréciation intime et spécifique de chaque client selon ses problèmes personnels. Dès lors, les pratiques professionnelles de l'avocat mettant un accent certain sur une dimension*

²¹⁰ BACKMAN James H., « Consumer credit and the learned professions of law and medicine » in *Brigham Young University Law Review*, 1976, pp. 783-824.

commerciale de la relation doivent être condamnées »²¹¹. Cependant, malgré les interdictions formulées par le Comité éthique, celui-ci réalisa que les avantages pour la clientèle et la profession l'emportaient sur les éventuels abus que comprenaient ces interdictions. Il édicta de nouvelles « guidelines » évaluant les propriétés des nouvelles pratiques de crédits dans la profession, en affirmant que ce n'était pas seulement un droit, mais un devoir de la profession dans son ensemble, d'utiliser de telles méthodes. Celles-ci peuvent être mises en œuvre pour fournir les services à ceux qui en ont besoin, tant que cela peut être fait de façon éthique et avec dignité.²¹² Le comité visait, dans cette formulation, la demande grandissante de la *middle-class* américaine ayant besoin de recourir à un avocat mais n'ayant pas les moyens d'en assumer les coûts. L'éthique professionnelle devait donc s'adapter aux besoins d'une nouvelle clientèle, certes plus modeste, mais représentant un fort potentiel. Depuis, les codifications déontologiques ont évolué, et parmi les premières dispositions, il est affirmé que l'avocat a le devoir de remplir sa profession juridique et de la rendre la plus accessible possible.

145. On observe donc une ambivalence entre marchandisation, consumérisme du droit et des services juridiques, et une volonté d'accessibilité de la justice dont les avocats sont les premiers auxiliaires.

Cette question épineuse poussa le comité éthique à réviser son opinion sur la prohibition du paiement des prestations par carte bancaires ainsi qu'à autoriser finalement la possibilité d'imposer des frais supplémentaires « *on clients' delinquent accounts* ».

146. S'agissant des médecins, l'AMA a réitéré dans son code déontologique²¹³ les standards éthiques de la profession : dignité, honneur et interdiction solliciter les patients. L'association professionnelle exprime fréquemment son attachement à la nature non-commerciale de la profession médicale²¹⁴, et a édicté des dispositions relatives aux pratiques du crédit²¹⁵. D'une part, les honoraires devaient être proportionnés au service rendu et à la capacité du patient à pouvoir le payer, d'autre part, il est interdit de procéder à des pratiques de pénalités de paiement. Ces diverses règles, contrairement aux règles

²¹¹ ABA Canons of Professional ethics No. 12 ; ABA Comm. On professional ethics, opinions, n°151 (1936).

²¹² ABA Comm. on professional ethics, opinions, n°320 (1968).

²¹³ AMA Code of Medical Ethics to the new Principles, adopté en 1957.

²¹⁴ AMA Opinions and Reports of the Judicial Council §5, No. 20, at 27 (1971).

²¹⁵ AMA Opinions and Reports of the Judicial Council §7, Opinion 12, at 40 (1971).

relatives aux avocats, sont donc toujours en accord avec les principes éthiques de la médecine, même si elles tendent parfois à être contournées pour répondre aux besoins financiers des patients.²¹⁶

147. **Synthèse.** Les évolutions sociétales ont très largement contribué à développer ces pratiques de crédits, et n'ont pas épargné les professions libérales. Elles ont fragilisé les exigences de probité, et de non-commercialisation de ces professions afin de pourvoir aux besoins grandissants de leur clientèle se positionnant comme des consommateurs de ces prestations. Bien qu'encadré voire interdit par les réglementations éthiques professionnelles, certaines pratiques dites traditionnelles de crédits sont tolérées, et la législation fédérale les a impliqués de fait dans la logique du droit de la consommation en prévoyant son application à certaines hypothèses. L'autorégulation des associations professionnelles, et la législation fédérale ont des finalités divergentes. L'une, tend à préserver les principes éthiques inhérents à la profession, en limitant au maximum les pratiques de crédit tout en reconnaissant leur nécessité pour le développement de la profession ; tandis que l'autre, ne se préoccupe pas de la spécificité de la nature des prestations accomplies par les professionnels, et applique donc strictement la protection aux consommateurs, clients de ces services. Le consumérisme latent de la société n'est donc pas le seul facteur de ces pratiques, les professionnels tenant leur part de responsabilité en ayant initié, puis perfectionné des techniques de « facilités de paiement » bien plus sophistiquées que les modalités de paiement entreprises par les professionnels français.

148. Cependant, le comparatiste remarquera que ces distinctions sont peu utiles au regard de l'immense fossé qui se dessine ici entre la législation américaine, qui accepte de telles pratiques de la part des professionnels mais les encadre au nom de la protection du consommateur (et non pour des considérations déontologiques), et la législation française qui les prohibe totalement, et ce, quelque soient les nuances. Les professions libérales françaises sont strictement encadrées à priori sur la prohibition de tout marchandage et de toute mercantilisation de leur activité. Concernant la médecine, bien qu'il ne soit « *pas immoral que le gain soit le moteur d'une entreprise commerciale, la*

²¹⁶ BACKMAN James H., « Consumer credit and the learned professions of law and medicine » in *Brigham Young University Law Review*, 1976, pp. 783-824.

*rentabilité ne peut être l'objectif principal du médecin ».*²¹⁷Dès lors, malgré certaines dérives commerciales de l'exercice issues de l'application de lois modifiant les comportements médico-sociaux des patients, et incitant à des comportements mercantiles (paiement comptant de chaque acte médical, tarification des actes médicaux...), le code de déontologie préserve malgré tout la médecine contre une pratique commerciale, notamment sur les facilités de paiement. Ainsi, l'article 24 dispose que sont interdits au médecin « *tout acte de nature à procurer au patient un avantage matériel injustifié ou illicite ; toute ristourne en argent ou en nature, toute commission à quelque personne que ce soit ; la sollicitation ou l'acceptation d'un avantage en nature ou en espèces sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, pour une prescription ou un acte médical quelconque* »²¹⁸.

Concernant la profession d'avocat, de telles incompatibilités indirectes existent au regard de ses rapports avec les activités de caractère commercial.²¹⁹

II. Une dérèglementation au service de « la croissance, l'activité, et l'égalité économique » : la mise en œuvre de la loi Macron et ses incidences sur l'indépendance professionnelle

149. Adopté en procédure accélérée en application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution le 19 février 2015 par l'Assemblée Nationale, puis amendé et adopté en première lecture au Sénat le 12 mai 2015, le « Projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité économique », dite « Loi Macron » a cristallisé de fortes contestations auprès des professions libérales réglementées.

La loi comprend une série de mesures impactant directement le régime des professions juridiques. La remise en cause de ces règles est ancienne et a fait l'objet de nombreux rapports officiels tant sur le plan national que sur le plan européen ayant pour leitmotiv « la libéralisation ²²⁰» de ces professions, la suppression des « obstacles à l'expansion

²¹⁷ Commentaires de l'Ordre National des médecins, articles 19 et 24

²¹⁸ Article 24 du Code de déontologie médicale (codifié Article R.4127-23 du CSP)

²¹⁹ Article 111 du Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat

²²⁰ COM (2004) 83 final/2, 9 février 2004, Communication de la Commission ; Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales

économique »²²¹, la promotion de la « croissance »²²² ou encore l'amélioration de la « compétitivité »²²³. Les finalités, essentiellement économiques, de ces divers questionnements se retrouvent toutes dans la loi en cours de délibération.

150. Le rapport de l'IGF, commandé préalablement à la préparation de la loi, met en lumière certaines réglementations qui apparaissent injustifiées au regard des objectifs théoriques qui leur sont assignés (intérêt général et efficacité économique) ; périmètre des tâches réservées, rémunération trop élevées compte tenu des risques ou des investissements à réaliser... etc.

Il propose plusieurs orientations et objectifs, mises en œuvre dans la présente loi : l'amélioration du droit des consommateurs, l'augmentation de la concurrence sur certains marchés, libéralisation d'installation, d'investir et d'entreprendre, et une régulation par le marché des tarifs réglementés.

151. Cette réforme rejoint le constat établi précédemment sur la consumérisation des activités des professions libérales, notamment juridiques, qui bénéficiaient à priori d'un statut privilégié, en raison de l'objet, de leur activité : administration de la justice, santé publique...

La loi effectue le même type de « glissement » que les Etats Unis vers une marchandisation latente des prestations de services effectués par les professionnels. Les objectifs invoqués d'amélioration du droit des consommateurs, d'augmentation de la concurrence sur certains marchés, et de libéralisation de ces secteurs évoquent les recommandations des communications européennes.

152. L'étude de la présente réforme est effectuée sur le Texte modifié en première lecture par le Sénat le 12 mai 2015.

Le gouvernement avait engagé sa responsabilité via l'article 49 alinéa 3 lors de la première lecture par l'Assemblée nationale le 17 février 2015. Le texte était adopté le 19 février. Après 110 heures de débat à l'Assemblée puis 110 heures au Sénat en première lecture, le Premier Ministre M. Manuel Valls déclare le 15 juin 2015 que le projet de loi tel qu'arrêté

²²¹ « Les obstacles à la l'expansion économique » : rapport présenté par le comité institué par décret n°59-1284 du 13 novembre 1959 dit « Comité Armand-Rueff »

²²² Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française du 23 janvier 2008 dit « Rapport Attali »

²²³ COM (2004) 83 final/2, 9 février 2004, Communication de la Commission ; Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales

en Commission spéciale de l'Assemblée serait de nouveau soumis à la procédure accélérée. Ainsi, la loi n'aura jamais fait l'objet d'un vote direct par les parlementaires.

153. Loin de concerner seulement les professions libérales et réglementées, la présente étude s'attachera à présenter et commenter les dispositions de la loi relatives à ces domaines (articles 12 à 22).

A. Le défi de l'interprofessionnalité : vers une perte d'indépendance des professionnels du droit au profit d'un service global ? Vers la fin du statut libéral ?

154. En 2013, le rapport de l'IGF soulignait l'existence de restrictions d'accès au capital des sociétés d'exercice libéral (SEL), « fruit d'une sédimentation de règles domestiques souvent anciennes modifiées par la jurisprudence communautaire ²²⁴ ». Autrement dit, le capital des SEL fait l'objet d'une réglementation stricte, variant d'une profession à l'autre, spécialement limitative pour les professions juridiques et les pharmacies. Ces professions, jusqu'ici, ne pouvaient bénéficier d'aucune ouverture de leur capital.

155. Selon les professionnels, les limites à ces capacités entrepreneuriales trouvent leur justification dans une « vision historique de l'exercice libéral qui considérait qu'exercer une profession libérale signifiait réaliser exclusivement une prestation principalement intellectuelle, objet d'une qualification spécifique, rendue avec un niveau de qualité d'autant plus élevé que la structure d'exercice est peu nombreuse ²²⁵ ». Toutefois, selon le même rapport, ce type de restrictions peut engendrer des effets négatifs que le législateur devrait prévenir : « priver le secteur de savoir-faire », priver les capacités d'investissement des professionnels, limiter l'enrichissement de la qualité du service rendu « que procure la présence au sein de structures liées, des compétences complémentaires ». En effet, le dernier point soulevé par le rapporteur témoigne de la privation des consommateurs bénéficiaires de ces services d'offres de « service global »²²⁶, c'est-à-dire, de la possibilité de recourir, au sein d'une même structure, à un notaire, un avocat, un expert-comptable.

²²⁴ Rapport de l'Inspection générale des finances n°2012 M 057 03, Tomes 1-3, Mars 2013, pp. 48-50.

²²⁵ Rapport de l'Inspection générale des finances n°2012 M 057 03, Tomes 1-3, Mars 2013, pp. 48-50.

²²⁶ SABARD Olivia, « Observations à « mi-parcours parlementaire » sur le projet de loi Macron : volet officiers publics et ministériels » in *JCP N* n°15, 10 avril 2015, 1117.

Le guichet unique serait donc un critère de performance et de compétitivité dans l'offre de services auquel les professionnels du droit ne peuvent souscrire.

Par ailleurs, le rapporteur n'hésitait pas à envisager cette réforme comme le développement d'une forme d'exercice alternative à l'exercice libéral, considéré « trop lourd ». Il rappelait que l'existence de notaire-salarié, et d'avocat-salarié n'empêchaient pas de concilier indépendance professionnelle (inhérente à leur déontologie) et lien de subordination.

156. **Version originale.** Dès lors, le texte adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale²²⁷ prévoyait d'une part, l'élargissement de l'interprofessionnalité capitalistique, en permettant l'ouverture du capital des sociétés d'officiers publics et ministériels aux membres des professions juridiques, et d'autre part, le développement de l'interprofessionnalité d'exercice, par la possibilité de créer des structures ayant pour objet d'exercer en commun plusieurs professions juridiques ou judiciaires et la profession d'expert-comptable.

157. Toutefois, les amendements votés au Sénat puis en Commission mixte paritaire ont totalement neutralisé ces dispositions très contestées par les professionnels. Les principales critiques témoignaient d'une crainte réelle de perte d'indépendance d'exercice.

158. S'agissant de l'interprofessionnalité capitalistique, l'ex-article 20 ter²²⁸ établissait une longue énumération des professionnels du droit ayant la possibilité de recourir à une forme sociétaire définie par la loi, dont les capitaux peuvent être détenus par « *toute personne exerçant une profession juridique ou judiciaire ou par toute personne légalement établie (..) dont l'exercice constitue l'objet social d'une ces professions* ». Cependant, la doctrine et les professionnels ont jugé cette disposition inutile puisque la loi²²⁹ rendue

²²⁷ Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité économique, adopté en Procédure accélérée en application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution le 19 février 2015 par l'Assemblée Nationale, adopté en 1ère lecture au Sénat le 12 mai 2015.

²²⁸ *Sic*

²²⁹ Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

effective seulement depuis le décret d'application du 19 mars 2014²³⁰ autorise déjà les participations croisées entre professionnels du droit et professionnels du chiffre par le biais des SPFPL (Sociétés de participations financières de professions libérales pluriprofessionnelles).

Il n'y a donc eu aucune évaluation ni retour de ces dispositifs déjà existants.

159. S'agissant de l'interprofessionnalité d'exercice, la petite loi²³¹ promettait une réelle révolution de l'exercice libéral. Elle permettait de réunir les professionnels du droit (avocat, huissier, notaires) et les experts-comptables dans une même structure d'exercice afin de délivrer un « service global » à la clientèle, et de minimiser les frais en mettant les moyens en commun. Selon les professionnels et la doctrine, l'interprofessionnalité entre professionnels du droit et expert-comptable comporterait de graves risques de conflits d'intérêts. En effet, les professionnels du droit (notaire, avocat, huissier) sont soumis au secret professionnel tandis que l'expert-comptable peut être doté des mêmes attributions que les commissaires aux comptes, chargés de rechercher les éléments de fraude de son client.

Le texte adopté et amendé par le Sénat a exclu l'expert-comptable²³² de ce dispositif d'interprofessionnalité d'exercice, retenant la possibilité, pour le gouvernement de légiférer par ordonnance pour « faciliter la création de sociétés ayant pour objet l'exercice en commun de plusieurs des professions du droit », tout en garantissant les principes déontologiques propres à chaque profession²³³.

160. **Version modifiée.** Les solutions retenues par le Sénat en première lecture semblant avoir été entérinées lors du passage du texte en Commission mixte paritaire²³⁴. Les principaux risques de conflits d'intérêts au regard du « mélange » entre professionnels du droit et du chiffre pourraient être évités si le projet de loi soumis à nouveau à la procédure accélérée

²³⁰ Décret n° 2014-354 du 19 mars 2014 pris pour l'application de l'article 31-2 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé

²³¹ Note 227

²³² Texte n°99 (2014-2015) modifié par le Sénat le 12 mai 2015 : suppression de l'article 20 ter

²³³ Texte n°99 (2014-2015) modifié par le Sénat le 12 mai 2015 : article 21

²³⁴ Rapport n° 479 (2014-2015) de Mmes Catherine DEROCHE, sénatrice, Dominique ESTROSI SASSONE, sénateur, MM. François PILLET, sénateur et Richard FERRAND, député, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 3 juin 2015

reprend ces amendements. Cependant, la doctrine s'interroge malgré tout sur la perte d'indépendance et la recrudescence des conflits d'intérêts qu'engendrerait la loi. De meilleures garanties devraient être prises en ce sens.

Concernant l'interprofessionnalité d'exercice, le Pr. Sabard ²³⁵prend pour exemple une structure regroupant un avocat associé avec un notaire, où ledit avocat serait amené à plaider contre le client de ce notaire. Il y aurait donc un véritable conflit d'intérêt, fragilisant l'exercice libéral de ces professionnels.

S'agissant de l'interprofessionnalité capitalistique, de sérieux doutes se posent quant à la préservation du capital. En ne précisant pas la nature des dites personnes exerçant une profession du droit détenant les parts de la société, on peut supposer que les personnes morales pourraient détenir et intervenir dans le capital. Or, Sabard précise à nouveau les craintes des professionnels : « rien n'interdit que le capital de ces personnes morales soit lui-même entre les mains d'un fonds d'investissement ».

161. Le risque d'une financiarisation du secteur juridique et donc d'une perte d'indépendance des professionnels est donc à nouveau en jeu et n'est pas éludé.

Les problématiques relatives à l'interprofessionnalité n'ont pas été entièrement solutionnées par la relecture de la chambre Haute, et il peut être légitimement craint que ce type de dispositions érode un peu plus le caractère libéral de l'exercice professionnel des avocats, notaires, huissiers.

B. Une régulation concurrentielle et pro-libérale des professions juridiques règlementées : révision tarifaire alignée sur le marché et installation encadrée par l'Autorité de la Concurrence

162. Les professions juridiques dites « règlementées », « à monopole », sont les plus fortement impactées par cette réforme. Leurs conditions d'exercice et leur indépendance sont fortement remises en cause, substituant la réglementation actuelle par la régulation des marchés, confiée elle-même à l'Autorité de la Concurrence. Le symbole est fort, et on

²³⁵ SABARD Olivia, « Observations à « mi-parcours parlementaire » sur le projet de loi Macron : volet officiers publics et ministériels » in *JCP N* n°15, 10 avril 2015, 1117.

comprend que la réforme a été menée non par le Ministère de la Justice mais par le Ministère de l'Economie et ses services.

163. Deux éléments majeurs modifient profondément l'exercice de ces professionnels officiers publics ministériels : d'une part, la révision des règles tarifaires, et d'autre part, la libéralisation encadrée des conditions d'installation.

164. **La révision des règles tarifaires.** Trois motifs justifient principalement l'existence de ces tarifs réglementés : éviter des tarifs trop élevés, assurer un certain niveau de qualité de la prestation délivrée, permettre un maillage territorial suffisant²³⁶.

La réforme propose une modification des tarifs prenant en compte « les coûts pertinents du service ». Autrement dit, la loi suit les recommandations de l'Autorité de la Concurrence²³⁷ et tend à adapter ces tarifs en fonction du marché. Les documents préparatoires faisaient état de « coût réel de production », vocabulaire détonant pour considérer la rémunération d'une prestation de service juridique.²³⁸ On assiste donc à une véritable marchandisation des services juridiques, dont la terminologie, les modalités, sont encadrées par une logique purement économique.

Cependant, le texte adopté au Sénat a évité les dispositions les plus marquées. En effet, les principes de fixation des tarifs devaient figurer dans le Code de Commerce, et être arrêtés par décision conjointe du ministre de la justice et du ministre de l'économie. De plus, la fixation des tarifs ne prenait pas en compte les sujétions propres au libéral, mais seulement les coûts pour services rendus en tant que service public. Ainsi, il existait un amalgame entre la nature du service, son objectif, sa tarification, et la nature de ces professionnels.

Selon le Pr. Yves Gaudemet²³⁹, plusieurs principes fondamentaux sont remis en cause au regard du droit constitutionnel et conventionnel, et entachent donc la nature et l'exercice de ces professions.

²³⁶ SABARD Olivia, « Observations à « mi-parcours parlementaire » sur le projet de loi Macron : volet officiers publics et ministériels » in *JCP N* n°15, 10 avril 2015, 1117.

²³⁷ AC Avis n°15-A-02 du 9 janvier 2015 relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées

²³⁸ Note 236

²³⁹ GAUDEMET Yves, « La réforme des professions juridiques réglementées et la Constitution », in *JCP N* n°6, 6 février 2015, 1071

Les tarifs réglementés sont la contrepartie d'un acte ayant force exécutoire, délivré par des professionnels étant investis de prérogatives de puissance publique²⁴⁰. Or, un tel acte, prestation d'un auxiliaire de justice, préalable de la juridiction, est attaché au principe d'accès au juge et au service public de la justice, et ne peut relever « d'une onérosité négociée » sous peine de rupture d'égalité devant le service public : « Le principe constitutionnel d'égalité d'exercice du droit au juge s'impose et veut lui-même l'unicité du tarif, sans possibilité de rabais négociés ».

Par ailleurs, les tarifs réglementés révisés ne seront pas déterminés en fonction du coût de la prestation comme cela est indiqué dans la loi²⁴¹, mais fixé unilatéralement par l'Etat. Il s'agit donc d'une fausse libéralisation des tarifs puisque le professionnel ne dispose pas du tarif. Auparavant, ce dernier était assujéti à un tarif règlementé en accord avec les autorités publiques, le Conseil d'Etat, les ordres professionnels en fonction de la prestation et non du coût réel. Désormais, le professionnel sera assujéti à un tarif règlementé par les autorités en fonction du coût réel du service sur le marché.

Il y a donc une remise en cause de la nature des prestations délivrées par ces professionnels. L'introduction de la négociation, calquée sur le marché, des missions des auxiliaires de justice aboutit à une marchandisation de l'exercice juridictionnel.

165. La modification des conditions d'installation du professionnel. Plus importante encore que la révisions des tarifs, la modification de l'accès à la profession et de l'installation bouleversent massivement l'exercice du professionnel.

Sans avoir supprimé, (comme le préconisait le rapport de l'IGF) le monopole de ces professions²⁴², notamment des notaires, l'article 13 bis, prévoit que les huissiers, notaires et commissaires-priseurs judiciaires puissent désormais s'installer librement « *dans les zones où l'implantation d'offices apparait utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services* ». Cette disposition a pour objectif de faciliter l'installation des jeunes diplômés, et de pallier la très faible création du nombre d'offices. La loi fait état d'une cartographie où elle distingue les zones dans laquelle l'installation « est libre », ne pouvant être refusée,

²⁴⁰ Cons. Const., déc. 21 novembre 2014, n°2014-429 QPC, les notaires lorsqu'ils donnent force exécutoire à des actes exercent une prérogative de puissance publique.

²⁴¹ Texte Sénat article 12

²⁴² Rapport de l'Inspection générale des finances n°2012 M 057 03, Tomes 1-3, Mars 2013, p.55.

et les zones dans laquelle l'installation « peut être refusée », sous réserve d'une décision motivée du ministre de la Justice après avis de l'Autorité de la Concurrence.²⁴³

En libéralisant le système d'installation de ces professions, la réforme pose plusieurs problèmes constitutionnels.

En effet, de telles mesures remettent en cause le droit de présentation appartenant à ces professions car le législateur dispose désormais de celui-ci. Si la suppression pure et simple du droit de présentation aurait permis une indemnisation plus « nette » par le législateur, celui-ci, en contournant le dispositif, le dévalorise en ouvrant la profession à la libre installation et en n'indemnisant pas directement le professionnel lésé. Aucune indemnisation générale par l'Etat des professionnels déjà installés n'aura lieu, car la compensation serait à la charge du professionnel nouvellement installé. Autrement dit, le nouvel arrivant devra pallier les dommages causés par son installation, responsabilité de l'Etat. Seule la responsabilité sans faute de l'Etat du fait de la loi nouvelle devrait être engagée. Le professionnel nouvellement installé n'a pas à être le débiteur de la réparation, celui-ci n'ayant commis aucune faute en demandant la création d'un office. Il a seulement saisi la possibilité offerte par la loi²⁴⁴. En transférant au nouveau professionnel cette réparation, le législateur provoque une rupture de l'égalité devant les charges publiques et méconnaît ainsi l'article 6 de la DDHC.²⁴⁵

De plus, l'indemnisation à la charge du nouvel arrivant est insuffisante et n'est octroyée qu'à des conditions très strictes. Il s'agit d'établir un lien de causalité entre le préjudice subi et la création d'un office. Dès lors, aucune indemnisation ne peut être envisagée si le préjudice est dû à l'impact d'autres mesures telles que la baisse et révision des tarifs réglementés. Le contentieux de l'indemnisation est attribué au juge de l'expropriation, qui a toutefois un pouvoir d'appréciation limité au seul montant de l'indemnité et non sur les conditions du droit.

Enfin, le principe de libre installation se ferait sous la gouvernance des recommandations de l'Autorité de la Concurrence, traduisant là encore la teneur idéologique de la réforme et les contradictions juridiques provoquées. L'Autorité distinguant les zones d'installation,

²⁴³ Article 13 bis

²⁴⁴ SABARD Olivia, « Observations à « mi-parcours parlementaire » sur le projet de loi Macron : volet officiers publics et ministériels » in *JCP N* n°15, 10 avril 2015, 1117.

²⁴⁵ GAUDEMET Yves, « La réforme des professions juridiques réglementées et la Constitution », in *JCP N* n°6, 6 février 2015, 1071

elle contrevient, selon Gaudemet, au principe constitutionnel de la garantie des droits, interdisant, sauf motif d'intérêt général suffisant « *de porter atteinte aux situations légalement acquises ou de remettre en cause les effets qui peuvent être légitimement attendus de telles situations* ». ²⁴⁶ Or, le « *motif d'intérêt général d'ouverture de la profession n'est pas jugé satisfaisant pour porter une atteinte de cette gravité à la garantie des droits des professionnels en place* ». ²⁴⁷

166. Une décision très récente est revenue sur le statut des notaires. ²⁴⁸ Dans cette affaire, Monsieur Thiollet, titulaire du diplôme de notaire a entendu contester la constitutionnalité du droit de présentation des notaires. Pour rappel, ce droit autorise le titulaire d'un office notarial à « présenter » son successeur au ministre de la justice afin d'en obtenir l'agrément au vue de passer un contrat de cession à titre onéreux. Selon le requérant, ce droit était contraire au « *principe d'égal accès aux dignités, places, et emplois publics* » de l'article 6 de la DDHC. Le défendeur au pourvoi considérait que le statut d'officier ministériel n'entraînait pas dans le champ d'application de l'article 6, celui-ci n'étant pas un « emploi public ».

La solution retenue par le Conseil Constitutionnel déclara le droit de présentation des notaires conforme à la Constitution. Ceux-ci « *participent à l'exercice de l'autorité publique (en tant qu'officier public ministériel), mais n'occupent pas de dignités, emplois publics* » au sens de l'article 6 de la DDHC.

Les sages ont donc refusé de se prononcer sur la conformité à la Constitution du droit de présentation en contournant la problématique. Ils retiennent une approche organique de la notion d'emploi public, fondée sur l'étroitesse des liens entre personne publique et personne concernée. Ne répondant pas à ce critère en l'espèce, les notaires n'occupent pas un emploi public, malgré leur participation à l'autorité publique. Ainsi, la profession est avant tout libérale, et peut être soumise à un régime concurrentiel, comme l'entend le Projet de loi Macron ²⁴⁹. La Cour de Justice de l'UE avait retenu une solution plus radicale,

²⁴⁶ Cons. Const., déc., 27 février 2007, n°2007-350 DC.

²⁴⁷ GAUDEMET Yves, « La réforme des professions juridiques réglementées et la Constitution », in *JCP N* n°6, 6 février 2015, 1071

²⁴⁸ Cons. Const., déc. 21 novembre 2014, n°2014-429 QPC

²⁴⁹ DUSSART Marie-Laure, « Privilège d'exercice et liberté d'entreprendre : du droit de présentation des notaires à la loi Macron », *D.*2015, p.1166.

en affirmant que « *les activités notariales, telles qu'elles sont définies en l'état actuel de l'ordre juridique français, ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique* ». ²⁵⁰ Une telle conclusion tendait naturellement à ouvrir les capacités d'entreprendre et d'établissement. ²⁵¹ En contredisant la CJUE, le Conseil a entendu préserver le caractère hybride de la profession et du statut d'officier public ministériel, qui certes comporte une part libérale, mais comporte une délégation de prérogatives de puissance publique.

167. **Synthèse.** Ce chapitre a tenté de démontrer les imprégnations du droit de la concurrence, du droit de la consommation sur les professions libérales et leurs conséquences néfastes pour la préservation de l'idéal libéral de ces professions.

Certaines de ces professions dont la médecine libérale semble impactée par d'autres facteurs, tant en France qu'aux Etats-Unis. Ces remises en cause peuvent-elles causer sa disparition ? Cette question sera traitée dans le chapitre suivant.

²⁵⁰ CJUE 24 mai 2011, Commission européenne c/ France, aff. C-50/08

²⁵¹ DUSSART Marie-Laure, « Privilège d'exercice et liberté d'entreprendre : du droit de présentation des notaires à la loi Macron », *D.*2015, p.1166.

CHAPITRE 2 : Une profession libérale en voie de disparition ?

Étude approfondie de la médecine ambulatoire²⁵²

168. En 1928, la Confédération des syndicats médicaux français énumérait les cinq principes de la médecine libérale : le libre choix du médecin par le malade, le respect du secret professionnel, la liberté de prescription, et, en ce qui concerne la rémunération, le paiement à l'acte et l'entente directe sur le prix entre le patient et le médecin.²⁵³

Ces piliers, fondateurs de la profession, auraient-ils vécu ? Sont-ils toujours valables ?

La comparaison entre la France et les Etats-Unis dans ce secteur peut sembler vaine sinon difficile pour le lecteur. Les systèmes de santé s'opposent tant sur le plan idéologique que réglementaire. Pourtant, selon le Rapporteur de l'IGAS, la médecine américaine et française, dans ses modalités de fonctionnement et dans ses résultats restent « globalement comparables », bien que la couverture du risque maladie soit sensiblement différente.²⁵⁴

169. C'est donc tout l'intérêt de cette étude : quels sont les éléments communs ayant atteint le caractère libéral de la profession ? Quels facteurs à priori totalement opposés dans les deux systèmes ont favorisé cet enrayement ?

170. Les divers enjeux soulevés par cette étude reprennent les principes énoncés ci-dessus. La remise en cause de l'exercice libéral doit être envisagé selon les modalités de rémunération (Section 1), la liberté d'exercice du praticien (Section 2), et la responsabilisation judiciaire croissante qui entache et contraint l'exercice (Section 3).

²⁵² Le présent chapitre recourt à la fois aux données bibliographiques traditionnelles, et aux propos recueillis auprès du Docteur SEBBAN, membre du conseil de l'Ordre des médecins de Paris et du Docteur THABUT, médecin-professeur français ayant eu une expérience américaine.

²⁵³ Rapport de groupe – Promotion 2008-2010 ENA, « La rémunération des médecins libéraux », Février 2010.

²⁵⁴ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

Section préliminaire : Aperçu sur les deux systèmes de santé

171. Les développements de ce chapitre ne peuvent être envisagés de manière pertinente sans un bref aperçu des deux systèmes de santé, radicalement opposés.

172. Conception du rôle de l'Etat et conception de la santé dans la société.

Le système américain est marqué par une très forte hétérogénéité de dispositifs selon les Etats, les mécanismes de couverture et de prise en charge, et selon les situations des individus face à l'emploi. L'Etat fédéral est très peu impliqué dans le système, hormis en matière de recherche, de mesure de performance, et de diffusion des connaissances. Il se cantonne donc à un rôle passif et évaluatif.²⁵⁵

La santé n'apparaît pas comme un bien public, source d'investissement et de croissance, et la régulation est principalement microéconomique, c'est-à-dire, gouvernée par les lois du marché. Le système est mixte et différencié selon les populations cibles. Seules certaines catégories de personnes sont prises en charge par un programme public financé par les dépenses publiques. Le reste de la population est à la discrétion de l'assurance privée volontaire à titre individuel ou proposée par l'employeur. Ainsi, pour la majorité des citoyens américains, la couverture santé est liée à l'emploi.

A l'inverse, le système français de santé est largement étatisé, et ce, depuis les lois de Sécurité Sociale d'après-guerre. Intégrée au programme du Conseil National de la Résistance, le programme de Sécurité sociale avait pour objectifs : l'unité de la sécurité sociale, la généralisation quant aux personnes couvertes, l'extension des risques couverts. Ainsi, la sécurité sociale répond à un objectif « de justice sociale » et tend à un plan national « *d'entraide obligatoire qui ne peut atteindre sa pleine efficacité que si elle présente un caractère de très grande généralité à la fois quant aux personnes qu'elle englobe et quant aux risques qu'elle couvre* ». ²⁵⁶ La solidarité nationale est donc institutionnalisée, et connaît une double influence : celle du rapport Beveridge de 1942 et celle du système bismarkien.

²⁵⁵ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

²⁵⁶ Ordonnance n°45-2250 du 4 octobre 1945, portant organisation de la Sécurité Sociale

173. Régulation des dépenses et programmes publics.

Aux Etats-Unis, les programmes publics d'Etat sont donc très limités, réservés à certaines catégories de la population. Deux programmes principaux ont été mis en place dans les années soixante.

D'une part, Medicare, assurance sociale pour les personnes âgées (65 ans ou plus) ou handicapées. Elle est la seule assurance maladie américaine financée par des cotisations obligatoires. En 2000, le programme concernait près de 40 millions de personnes. Son accès est gratuit ou payant selon les conditions médicales des assurés. Le programme négocie les honoraires avec des prestataires de soins volontaires. Les médecins et autres prestataires de santé n'ont donc aucune obligation de prise en charge d'un patient Medicare. Ceux-ci sont payés directement par Medicare et non par le patient. Il s'agit d'un système de tiers payant.

Medicaid est une assistance médicale gratuite pour les familles les plus démunies. Contrairement à Medicare, le programme Medicaid est cogéré par l'Etat fédéral et par chacun des états fédérés. La couverture Medicaid n'est donc pas uniforme d'un Etat à un autre. Si les conditions d'éligibilité sont définies principalement par l'Etat fédéral, chaque état peut étendre, dans une certaine limite, ces conditions.

Ce système ressemble en partie à la CMU française ²⁵⁷(Couverture Maladie universelle) qui prend en charge la part obligatoire des soins des patients à faibles revenus ne cotisant pas à la Sécurité Sociale, et résidant en France « de manière stable et régulière ». Il s'agit ici aussi d'un programme ciblé. L'assurance maladie rembourse alors la part obligatoire. Le patient peut également bénéficier de la complémentaire santé gratuite rattaché à la CMU (CMU-C), prenant en charge la part complémentaire. Le patient est alors dispensé de l'avance de frais.

Aux Etats-Unis, jusqu'en 2010, une large part de la population à bas revenus n'était couverte par aucun de ces programmes : les familles sans enfant, les personnes seules ; les jeunes de 19 ans et plus. Ces insuffisances ont été comblées en partie dans certains Etats ayant mis en place leurs propres programmes. Mais en 2000, 29,5% des personnes à

²⁵⁷ Site de la Couverture Médicale Universelle (CMU : <http://www.cmu.fr/>).

faibles revenus étaient sans aucune couverture maladie (soit environ 9,2 millions de personnes).²⁵⁸

En raison de l'absence de couverture maladie universelle ou de système unitaire, et jusqu'en 2010, de l'absence d'obligation d'assurance privée aux coûts très élevés, près de 39 millions d'américains n'étaient pas assurés.

A l'inverse, le système français repose sur un principe d'universalité de la couverture maladie, et propose également des systèmes spécifiques pour pallier les insuffisances du système universel (CMU : Couverture Maladie Universelle). Ainsi, il est quasi impossible « d'échapper » au système, et la souscription à la sécurité sociale est obligatoire tant pour les salariés que pour les indépendants.

174. Prise en charge des patients (hors programmes publics).

En dehors des cas spécifiques proposés par les programmes publics, il s'agit de comparer la prise en charge d'un patient par un médecin lors d'une simple consultation.

En France, l'ensemble du système de remboursement et de prise en charge des soins est filtré par la Sécurité Sociale, qui, selon les soins, rembourse partiellement ou en totalité la prestation.

Le patient français choisit son médecin traitant, sorte de « gatekeeper »²⁵⁹ instauré depuis la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie²⁶⁰, afin de bénéficier du « parcours de soin coordonné ». Dans ce cadre, le patient bénéficiera d'un taux de remboursement de 70% sur la base du tarif conventionné avec le médecin. Le conventionnement des médecins sera abordé ultérieurement. Ainsi, une consultation de 23 euros, base du remboursement de la sécurité sociale, sera remboursé à posteriori à 15,10 euros par la caisse d'assurance maladie. Le patient doit donc déboursier les 30% restants, soit « le tiers payant », ou bien, s'il bénéficie d'une mutuelle complémentaire privée, il se verra rembourser cette somme par cet organisme.

²⁵⁸ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

²⁵⁹ Interview Dr. SEBBAN

²⁶⁰ Article 7 de la Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, Codifié Art. 162-5-3 CSS.

Aux Etats-Unis, le système varie sensiblement selon si le patient est assuré ou non par une assurance qu'il aura choisi. Si celui-ci est assuré, le système n'est pas très différent de celui que nous connaissons. A l'inverse, si le patient n'est pas assuré, il consultera un médecin dont le tarif sera totalement imprévisible, puisque non encadré par un contrat assurantiel privé. Ces honoraires sont généralement très élevés.

175. Démographie Médicale.

En 2012, les Etats-Unis comptaient 1 026 788 million de docteurs en médecine et constituait le premier employeur du pays. Cependant, la densité médicale est plus faible qu'en France : 2,7 contre 3 pour 1000. Comme en France, la répartition territoriale est très déséquilibrée, et les médecins prédominent dans les Etats riches et dans les zones urbaines (Californie : 101 232 ; Etat de New-York : 77 332, Texas 57 815).²⁶¹ En France, la présence des médecins réguliers est également très disparate (densité faible en Picardie, dans le Limousin ; densité faible et augmentation des actifs en Rhône-Alpes, Ile-de-France, Provence-Alpes Côte d'Azur).²⁶²

Aux Etats-Unis, il n'existe pas de réelle régulation de la démographie médicale qui reste très peu organisée par l'Etat fédéral.

176. Les modalités d'exercice

Les médecins américains jouissent d'une assez grande liberté d'installation. Cependant, leur installation est conditionnée à la délivrance d'une autorisation relevant de chacun des états. En effet les « *State Licensing Medical Boards* » sont chargés de délivrer les autorisations, et s'apparentent, pour ces fonctions, à des ordres professionnels. Ils ont la compétence de recevoir les plaintes envers les médecins, et de suspendre ou révoquer un médecin dans leur état.

En France, tous les médecins exerçant sur le territoire doivent être inscrits au tableau de l'Ordre²⁶³. Pour se faire, ils doivent remplir des conditions de nationalité, être titulaire des diplômes prévus à l'article L.413-1 du Code de la Santé Publique, et être inscrit au tableau d'un conseil départemental de l'Ordre des médecins.²⁶⁴

²⁶¹ <http://www.statista.com/topics/1244/physicians/>

²⁶² <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/atlas-de-la-demographie-medicale-2012-1245>

²⁶³ Article L. 4161-1 du CSP

²⁶⁴ Article L. 4111-1 du CSP

L'activité médicale libérale américaine est inférieure à l'activité française : le nombre moyen de consultations annuelles est de 5 aux Etats-Unis pour 8 en France, et les visites à domiciles ont presque disparu (0,2 par habitant soit 7 fois moins qu'en France). La pratique libérale se fait plus largement en groupes qu'en France.²⁶⁵

Section 1 : Rémunération et entente directe

177. La rémunération du médecin est actuellement au cœur d'une tournante législative et politique en France, et a fait l'objet de nombreuses évolutions par le biais de diverses conventions passées avec la Sécurité Sociale. Aux Etats-Unis, si la rémunération reste libre au regard de l'Etat fédéral, celle-ci est depuis longtemps contractualisée dans le cadre des réseaux de santé privé avec des assureurs. Une comparaison intéressante entre les deux pays se dessine sur la contractualisation des soins par des tiers payeurs (I), et sur les modes de paiement y afférant (II).

I. La contractualisation des soins par les tiers payeurs : conventionnement publique unitaire français et contractualisation privée multiple américaine

178. Le principe fondateur de la médecine libérale reposant notamment sur « l'entente directe sur les honoraires entre le patient et le médecin »²⁶⁶, a connu en France et aux Etats-Unis de nombreux aménagements.

Le tarif d'une prestation de soin n'est plus le fruit d'une négociation entre le patient et son médecin mais est le produit d'une négociation conventionnelle publique en France, ou bien d'une négociation contractuelle privée avec les assureurs privés aux Etats-Unis.

179. Le système français repose sur le conventionnement entre la Sécurité Sociale (UNCAM : Union des caisses d'assurance maladie), organisme national public, et les représentants des médecins. Autrement dit, l'entente sur les honoraires perçus pour les prestations de

²⁶⁵ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

²⁶⁶ Rapport de groupe – Promotion 2008-2010 ENA, « La rémunération des médecins libéraux », Février 2010.

soins n'est plus « directe » entre le patient et le médecin mais intermédiée par un tiers public : la Sécurité Sociale.

Dès 1945, l'entente directe a été compromise par des conventions départementales souhaitées pour encadrer les tarifs. En 1971, l'accroissement du nombre de médecins leur faisait craindre une diminution de leurs revenus et les a conduit à accepter une convention nationale. Le médecin est alors engagé dans un processus de compromis perpétuel avec la Sécurité Sociale. Ainsi, le paiement à l'acte est maintenu, mais les honoraires sont définis par la convention puis arrêté par le ministre de la santé. On dit des médecins qu'ils sont « conventionnés ». En contrepartie des tarifs réglementés, la sécurité sociale prend en charge une partie des cotisations sociales des médecins conventionnés. Le conventionnement n'est pas obligatoire, mais peu de médecins refusent ce système car il garantit la possibilité d'avoir des patients, puisque leurs consultations seront remboursées et prises en charge par la sécurité sociale.

Face à l'augmentation des dépenses de santé et à la progression des revenus des médecins, le législateur décide de créer un deuxième secteur de conventionnement autorisant les praticiens à pratiquer des tarifs libres. Cette nouvelle sectorisation devant rester une exception, une nouvelle convention est cosignée en 1990 afin d'en préserver l'accès aux anciens chefs de cliniques et aux assistants des hôpitaux publics²⁶⁷. Cependant, il existe de fortes disparités selon les territoires et les spécialisations. Ainsi, 75% du total des médecins sont en secteur 1, mais près de 38 % des spécialistes sont en secteur 2 donc en honoraires libres. Enfin, à Paris, 72% des spécialistes sont conventionnés en secteur 2. Il existe donc une très grande différence de revenus et d'honoraires entre des médecins conventionnés en secteur 1, soumis au « tarif sécurité sociale » et des médecins conventionnés en secteur 2, et ainsi libres de pratiquer des dépassements d'honoraires.

180. Aux Etats-Unis, la gestion coordonnée des soins et des remboursements ne s'effectue pas au niveau fédéral et est principalement l'affaire des assurances privées.

La prise en charge de la couverture maladie étant le plus souvent d'origine salariale, les employeurs ont dû faire face à une très grande augmentation des dépenses. Ainsi, les assurances se sont regroupées en « *Managed Care Organizations* » (MCO), organisations

²⁶⁷ Rapport de groupe – Promotion 2008-2010 ENA, « La rémunération des médecins libéraux », Février 2010.

privées coordinatrices de services médicaux. Celles-ci ont deux principales attributions. D'une part, elles agissent en tant qu'organisme de gestion et de financement des soins, et d'autre part, elles constituent un partenariat entre assureurs, professionnels de santé et les assurés.

Dans ce cadre, un patient appartenant à un MCO doit recourir au professionnel de santé agréé par l'organisation, lui-même contractuellement engagé avec l'organisation par un contrat et un programme. Ce programme, « *le managed care plan* » a pour objectif de répartir les ressources entre les différents acteurs de l'organisation (assurance privée et médecins).

Ce type d'organisation contractuelle privée de la santé est le mode de gestion des soins le plus courant aujourd'hui. Plus de 80% des médecins et 70% de la population américaine appartiennent à une MCO, véritables réseaux de santé privés se substituant à une gestion régaliennne publique inexistante.²⁶⁸ L'IGAS rappelle à ce titre que « la philosophie de base qui régit le secteur, c'est le marché ».

Plusieurs types de MCO existent, mais ils tendent tous à filtrer, choisir le médecin, à pratiquer des incitations financières, et à établir des filtres d'accès aux soins secondaires.²⁶⁹

La contractualisation des soins, élément du colloque singulier entre le patient et son médecin est donc intermédié par un gestionnaire privé, puisque le contrat de soins se fait par un tiers. Le médecin libéral n'est donc plus maître de sa relation avec le patient.

181. Le mode de gestion des soins préempté par un tiers, privé ou public est donc un premier élément de perte d'indépendance du praticien. Celui-ci doit également être étudié au regard du mode de paiement qui connaît de récentes évolutions.

²⁶⁸ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

²⁶⁹ Voir sections suivantes

II. Evolution des modes de paiement : du paiement à l'acte à la forfaitisation instituée

182. Elément intrinsèque de l'exercice libéral, le « paiement à l'acte » du médecin est pourtant remis en cause, corollairement à la mise en place des réseaux de santé privés aux Etats Unis, et au conventionnement en France.

Quelle définition recouvre le terme « acte » ? Un acte désigne « la segmentation de la pratique médicale en différentes phases techniques ou cliniques ».²⁷⁰

En France et aux Etats-Unis, le paiement à l'acte demeure le principe. Toutefois, l'augmentation des dépenses publiques de santé et les attentes des patients, consommateurs de soins, ont renforcé les exigences de nouveaux modes de paiement : forfaitisation, capitation.

Quelles incidences ces modes de rémunération ont-ils sur l'exercice libéral ?

A. Le tiers-payant « généralisé » : forfaitisation des soins à la discrétion des mutuelles complémentaires privées

183. La loi votée en première lecture le 14 avril 2015 à l'Assemblée Nationale a provoqué de nombreuses critiques de la part de l'ensemble des médecins pourtant peu enclins à la protestation. Ses implications portent sur la contractualisation du médecin et sur son mode de rémunération.

184. **La loi.**

Selon le texte voté, « *le déploiement du mécanisme du tiers payant permet de pratiquer la dispense d'avance de frais pour les bénéficiaires de l'assurance maladie* »²⁷¹. Ainsi, la part obligatoire et la part complémentaire non remboursée par la sécurité sociale, jusqu'ici payées directement par le patient, sera avancée par le médecin lui-même. Le patient ne déboursa plus le montant des honoraires desquels il se faisait rembourser. Le médecin se fera rembourser ultérieurement par la Sécurité sociale, et par la mutuelle complémentaire privée de son patient.

185. **Critique.** Aux fins de cette étude, le Docteur Sydney SEBBAN, pédiatre libéral et hospitalier, conseiller départemental du Conseil de l'Ordre des Médecins de la ville de

²⁷⁰ Rapport de groupe – Promotion 2008-2010 ENA, « La rémunération des médecins libéraux », Février 2010.

²⁷¹ Article 18 - Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi de modernisation du système de santé n°406, adopté en 1ère lecture par l'Assemblée Nationale le 14 avril 2015, TA n°505

Paris, a été interviewé sur sa vision de la médecine libérale²⁷². Celui-ci rappelle que les syndicats, et d'autres institutions historiques comme l'Académie de Médecine et l'Ordre National des médecins se sont prononcés comme étant défavorables à cette mesure, qui conduirait à une réelle perte d'indépendance du médecin libéral.

Il explique que le processus du tiers payant lui-même est synonyme de perte d'indépendance. Avant la loi, le médecin était payé par son patient, puis celui-ci était remboursé par l'assurance maladie ; le médecin par ailleurs avait contractualisé au préalable puisque celui-ci est conventionné : il est donc engagé à respecter un certain tarif vis-à-vis des assurés sociaux.

Avec la loi, « ce n'est plus le patient qui honore le médecin, mais directement l'assurance maladie ». Ainsi, le médecin devient « subrogé à l'assurance maladie, mais aussi subrogé aux assurances complémentaires avec lesquelles il n'a pas contracté au préalable ». Si l'on pourrait envisager le paiement différé de la part de l'assurance maladie qui rembourse à posteriori le médecin, ceux-ci ayant contractualisé leur relation, cette même démarche devient légalement discutable lorsqu'il s'agit de « quémander les 30% de remboursement auprès des 200, 300 mutuelles complémentaires intervenant sur le secteur ».

La perte d'indépendance du médecin résulte autant de la tutelle exercée directement par les mutuelles sur les médecins avec lesquelles elles n'ont pourtant pas de contrat, que de la gestion administrative contraignante qu'une telle réforme impliquerait, obligeant le praticien à réclamer lui-même ses honoraires auprès d'un « faux » co-contractant.

186. On pourrait assimiler une telle réforme au système existant dans les MCO américaines. Pourtant, la différence majeure réside dans l'existence d'un véritable lien contractuel entre assureurs et médecin américain. Celui-ci appartenant à un réseau MCO est de fait, contractuellement lié à ces assureurs privés. Le paiement par les assureurs des praticiens peut donc sembler légalement fondé. A l'inverse, la réforme française conduit les médecins à subir les effets d'un contrat qu'ils n'ont jamais passé avec les mutuelles.

187. La nouvelle loi santé est avant tout considérée comme une mesure de justice sociale en faveur des usagers car, selon la Ministre, « il n'est pas acceptable que les Français les plus

²⁷² Annexe I – Interview du Dr. Sydney Sebban

précaires diffèrent leurs soins faute d'argent »²⁷³. Toutefois, selon les médecins, cette justification semble faussée, puisqu'il existe déjà des systèmes de tiers payants généralisés pour des populations cibles : les patients à faibles revenus pouvant bénéficier de la CMU, les patients atteints de maladies chroniques pris en charge à 100% par l'assurance maladie, et les étrangers en situation irrégulière pouvant bénéficier de l'AME (Aide médicale d'Etat). De plus, selon le Dr. Sebban, des dispositifs informels existent et sont mis en place par les médecins auprès de leurs patients afin de les dépanner en cas de difficulté financière (dépôt de chèque différé), le « système D étant tout à fait dans l'état d'esprit du médecin libéral que de s'adapter et de lui rendre le juste soin mais aussi le juste service ».

Ainsi, une telle réforme relève d'un « choix de société », où la santé devient « une prérogative de l'Etat ».²⁷⁴

188. Néanmoins, selon le Docteur, cette forfaitisation de la rémunération n'est pas à rejeter en soi, mais cette réforme promeut une médecine « étatisée » ou « d'établissement, de dispensaire », où le médecin est « mis sous tutelle » ; plutôt qu'une médecine libérale, plus coûteuse, devenant une médecine « d'appoint » bientôt réservée à la patientèle la plus aisée.

Dans quel contexte la forfaitisation doit-elle être envisagée ? Pour le Dr. Sebban, il s'agit de différencier les pathologies aiguës et les pathologies chroniques. Le paiement à l'acte devrait rester l'apanage des pathologies aiguës et des soins primaires où il établit un « vecteur de confiance », « un engagement » vis-à-vis du médecin. A contrario, la forfaitisation apparaît nécessaire dans le cadre de pathologies dites « chroniques », où un suivi régulier est requis : hypertension, insuffisance cardiaque, bronchopathie chronique, asthme... Ainsi, selon le conseiller ordinal, il existerait « suffisamment de cas d'espèces nécessitant une prise en charge régulière et coopérante entre professionnels » où le système du tiers payant trouve son sens, dès lors qu'il est le fruit d'une négociation, et non d'une « mise sous tutelle ».

²⁷³ <http://www.gouvernement.fr/action/la-loi-de-sante>

²⁷⁴ Annexe I, Interview Dr. Sydney Sebban, voir aussi article 1er : « la politique de santé relève de la responsabilité de l'Etat ».

189. La problématique de la rémunération du médecin et du « colloque singulier » qu'il entretient avec le patient renvoie également à la question de la responsabilité du professionnel, envisagé dans la section 3.

190. Au-delà de la pure question médicale, il y a donc une incohérence juridique patente dans cette loi qui attache les effets d'un contrat aux médecins sans en donner les contreparties. Il n'y a donc plus de relation contractuelle mais une relation unilatérale qui se crée.

B. Salariat, « Obama Care » : vers une médecine étatisée dans un système de santé concurrentiel ?

191. Trois modes de paiement existent principalement aux Etats-Unis pour rémunérer les médecins : le paiement à l'acte, la capitation, ou sur la base d'un salaire. Pour rappel, il n'existe pas de conventionnement public, institutionnalisé entre les médecins et un système central unique public comme en France, mais une multitude de contrats entre médecins et organisations privées.

En 2000, près de 40% des médecins libéraux étaient payés à l'acte, et jusqu'à 55% étaient payés à la capitation, le reste étant salariés directs de HMO (*Health Maintenance organization*), formes avancées de MCO.²⁷⁵ Cependant, le développement des HMO a induit nécessairement un accroissement de médecins salariés. Il est surprenant de constater que le pays le plus libéral recourt plus facilement au salariat.

Si le salariat garantit une rémunération au médecin, et une meilleure qualité de soins (le temps consacré étant déconnecté du revenu du praticien), il y a un risque de désintéressement des médecins sur le patient. Le médecin étant rémunéré indépendamment de sa prestation, on peut craindre une dévalorisation de celle-ci, et la disparition du « colloque singulier » propre au professionnel. Selon la comparaison établie par le Trésor Public, « la valorisation de l'effort y est difficile, soit parce que l'effort individuel est peu observable par un tiers, soit parce qu'il n'est de toute façon pas rémunéré (salaire fixé indépendamment de la productivité) ».²⁷⁶

²⁷⁵ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

²⁷⁶ Lettre de la DG du Trésor et de la politique économique, « Mode de rémunération des médecins », n°42, Septembre 2008.

192. Toutefois, il ne s'agit pas de conclure à une généralisation de ce mode de paiement, notamment dans les HMO, où les modes de rémunérations restent assez diversifiés : salariat, paiement à l'acte, capitation. Cependant, en cas de paiement à l'acte, les médecins sont tenus de respecter les tarifs définis par l'assureur (HMO), gage de sécurité pour le patient. Néanmoins, à la différence d'une assurance publique unitaire, il n'existe pas de barème tarifaire univoque, puisque chaque assureur privé a la possibilité de définir son propre barème. Certaines assurances ont cependant basé leur échelle tarifaire en fonction des tarifs évalués par Medicare, programme public d'aide.

193. De plus, les HMO/MCO répondent à une véritable logique marchande, puisque 60% d'entre elles étaient cotées en bourse en 2000.²⁷⁷ En effet, il est assez courant pour ces organismes de prévoir des mécanismes d'intéressement, où des retenues s'effectuent tant sur les paiements à l'acte, que dans le cadre de programmes de partage des bénéfiques. Ainsi, les médecins sont « répartis en pools à des fins de partage de risques ». A priori, ce mécanisme était prévu pour couvrir les dépenses supérieures aux prévisions des prestataires de soins : il permettait d'équilibrer le budget assurantiel. Nonobstant, la santé n'étant pas un « bien public » aux Etats-Unis, d'autres raisons et objectifs plus mercantiles sont venus expliquer ces mécanismes.

194. **Affordable care Act : l'Obamacare affecte-t-il l'exercice libéral ?**

Le plan Obamacare est le pseudonyme de « *Affordable Health Care for America Act* », loi votée par le Congrès et promulguée par le Président Obama le 23 mars 2010. Son principal objectif est de promouvoir un meilleur accès de la population américaine à la santé, notamment aux couvertures maladies, à améliorer la qualité des soins, et à réguler les dépenses de santé. La réforme est née d'un constat : en 2009, près de 44 millions d'américains soit 16% de la population n'avait aucune couverture santé. Les principales dispositions de la loi étaient, de non seulement élargir le plan social Medicaid en révisant les conditions d'éligibilité, mais aussi d'obliger les individus et leurs employeurs à souscrire à une couverture santé minimale (« *minimum essential coverage* »). En 2016, la majorité des entreprises devront ainsi fournir une couverture santé à leurs employés à temps plein. De plus, le programme a mis en ligne un « marché de l'assurance maladie » (« *health*

²⁷⁷ Note 275

insurance marketplace ») destiné aux futurs nouveaux assurés afin de leur permettre d'optimiser le choix de leur couverture maladie. Le terme « *marketplace* » rappellera au lecteur la nature marchande et concurrentielle de la santé²⁷⁸.

195. De nombreuses critiques provenant de la société civile, de la population se sont levées contre cette loi vécue comme étant la promotion de « l'assistanat » et le développement d'une « santé socialiste ». Par ailleurs, les critiques les plus virulentes proviennent de la population-cible de cette réforme : les salariés à faibles revenus.

Si ces critiques sont le produit d'oppositions idéologiques et doivent donc être écartées de cette étude, quel est l'impact de cette réforme sur la médecine libérale ?²⁷⁹

La démographie médicale déjà insuffisante sera aggravée par l'accroissement soudain du nombre de patients : on risque alors une pénurie des médecins. De plus, les contraintes administratives et organisationnelles déjà pesantes seraient accentuées.

Les professionnels ont été surpris par le ralliement de l'AMA au projet, qui se serait fait en contrepartie de la conservation de son quasi-monopole des règles déontologiques sur lequel le système de santé entier repose. Pourtant, l'association, bien que très puissante, est peu représentative : moins de 10% de leurs fonds proviennent des cotisations de leurs membres, et seulement 15% des médecins sont membres de l'association.

Par ailleurs, on peut craindre à moyen terme la fuite des praticiens des programmes publics en se rendant compte « qu'ils ne peuvent pas rester en affaires et encore moins rester autonomes si elles continuent à accepter artificiellement des taux très de remboursement du gouvernement »²⁸⁰. En effet, la réforme a prévu une baisse des remboursements dans le cadre de l'élargissement de Medicare et Medicaid.

Certains états préviennent ce risque de « fuite » et ont déjà commencé à contre-attaquer. La participation à un programme public fédéral ou d'état deviendrait une condition préalable de « licensing » pour le médecin. Autrement dit, la non-souscription d'un professionnel aux programmes étatiques rendrait son installation impossible. Les médecins rappellent à ce titre l'échec d'une telle réforme, en prenant l'exemple de l'état du Massachusetts, qui avait déjà implanté un tel programme en 2006 et dont l'Etat

²⁷⁸ Site Obamacare facts, progouvernemental

²⁷⁹ PALESTRANT Daniel, « Why physicians oppose the Health care reform bill? » in *Forbes*, 28 avril 2010.

²⁸⁰ Sic

fédéral s'est inspiré pour édicter Obama Care. La pénurie annoncée est telle que le gouvernement envisage de faire une loi qui rendrait obligatoire la participation des médecins ayant effet de les rendre employés de l'Etat.²⁸¹

Enfin, la réforme ne traiterai pas des problèmes majeurs de la pratique médicale : l'augmentation des risques et responsabilité, des poursuites pour fautes, malpractice...

Ce ne sont pas donc réellement les obligations édictées par la loi qui "étatise" directement la santé mais davantage ses effets annoncés. L'étatisation de la santé serait devenue la seule arme trouvée par le gouvernement fédéral pour enrayer les dépenses croissantes, mais surtout, rendre le système plus accessible et plus efficient. Toutefois, insérer une telle logique dans un véritable marché concurrentiel semble difficile à concevoir pour les patients, comme pour les médecins. La subordination de l'exercice médical à l'accomplissement de certaines obligations de santé publique apparaissent comme une fragilisation de l'exercice libéral d'autant plus dans ce terrain idéologique pro-libéral et pro-concurrentiel.

C. Autres modalités de paiement remettant en cause l'indépendance

196. De nouveaux modes de rémunération ont été ouverts à l'expérimentation en France. En effet, le paiement à l'acte est étroitement lié à la vision de la médecine libérale, contrairement à d'autres pays, où d'autres modes de rémunération coexistent : forfait, salariat, capitation.

La capitation correspond à une somme forfaitaire que le médecin perçoit par patient inscrit à son cabinet. Dans le cadre d'un mécanisme trimestriel, celui-ci est payé une certaine somme, qu'il reçoive ou non le patient. Le paiement à l'acte et le paiement par capitation ont des intérêts et incitations financières totalement opposées : lorsque le médecin est payé à l'acte, celui-ci a intérêt à voir le plus souvent possible ses patients (paiement rétrospectif), tandis que le médecin payé par capitation a tout intérêt à le voir le moins souvent possible pour que son forfait soit « rentable (paiement « prospectif »).²⁸²

²⁸¹ GOODMAN Louis J & NORBECK Timothy B, "Opinion: Who will care for the newly insured?" in *Newsday*, 8 avril 2010.

²⁸² Lettre de la DG du Trésor et de la politique économique, « Mode de rémunération des médecins », n°42, Septembre 2008

En 2008, le trésor public faisait le constat ²⁸³ d'une nouvelle génération de médecins, plus encline à diversifier ses modes de rémunération, et surtout, plus encline à choisir un mode d'activité salarié (17% des médecins libéraux exercent en parallèle une activité hospitalière). Un nouveau médecin sur deux souhaite exercer en cabinet libéral en raison des contraintes liées à la pratique. Là encore, l'évolution de la rémunération peut concourir à la qualité de la pratique médicale, encore faut-il qu'une politique de santé adaptée soit mise en œuvre.

197. La « **rémunération sur objectif de santé publique** » (ROSP), vient selon la Sécurité sociale, compléter le « paiement à l'acte restant le socle de la rémunération en médecine libérale ». ²⁸⁴Désormais, les médecins sont évalués sur leur pratique professionnelle et sur la capacité à améliorer la qualité des soins délivrés et disposent donc, selon leurs résultats, d'une prime. On remarque donc, malgré la prudence de l'Assurance maladie, qu'il y a une véritable remise en cause de l'indépendance et de l'autonomie du médecin, où le médecin n'est plus que le maillon d'une chaîne de consommation de soins. Par ailleurs, la terminologie marchande employée par la sécurité sociale est probante puisqu'il est affirmé que ce dispositif « *vise à favoriser la qualité de la pratique médicale en valorisant l'atteinte d'objectifs déterminés par les partenaires conventionnels et évalués au moyen d'indicateurs calculés sur l'ensemble de la patientèle « consommante et fidèle » du médecin »*.²⁸⁵ Si l'on pourrait se féliciter de dispositifs tendant à améliorer et moderniser la pratique médicale comme cela est affirmé, on peut en douter au regard des indicateurs d'évaluation « *d'organisation du cabinet »* permettant de calculer pour moitié la rémunération complémentaire. Le médecin est notamment primé pour sa capacité à télétransmettre au minimum deux-tiers des feuilles de soins électroniques, et à disposer d'un équipement de télétransmission conforme. Ce type d'évaluation tend davantage à une performance administrative que médicale, contrairement au deuxième type d'indicateurs dits « *de qualité de la pratique médicale »*, davantage orientés sur les soins prodigués aux patients.

²⁸³ Lettre de la DG du Trésor et de la politique économique, « Mode de rémunération des médecins », n°42, Septembre 2008

²⁸⁴ <http://www.ameli.fr/professionnels-de-sante/medecins/votre-convention/remuneration-sur-objectifs-de-sante-publique/principes-generaux.php>

²⁸⁵Sic

198. Ce mécanisme existe déjà, dans une certaine mesure, depuis longtemps aux Etats-Unis dans le cadre des mécanismes d'intéressement entre les MCO et les médecins y appartenant.

199. Envisager la remise en cause de l'exercice libéral du médecin sous le seul angle de la rémunération serait incomplet, voire même caricatural. Il convient donc de comprendre les autres facteurs de sa fragilisation.

SECTION 2 : Une liberté d'exercice de plus en plus conditionnée

200. La modulation de la rémunération n'est pas le seul élément de délitement de l'exercice libéral. Les médecins voient également leur indépendance et leur autonomie remises en cause dans leur liberté de prescrire les médicaments à leurs patients (I), et dans le conditionnement du libre du choix du médecin par le malade (II).

I. Liberté de prescription encadrée et formation continue sous influence

201. Afin de garantir la santé publique, le législateur français a mis en place un certain nombre de réglementations propres à encadrer le marché du médicament et la prescription médicamenteuse.

Si certaines de ces règles apparaissent nécessaires aux objectifs de santé publique, d'autres semblent davantage conditionnées par des exigences de financement pérenne de l'assurance maladie.

Aux Etats-Unis, le médicament est un marché comme les autres, et la réglementation est plus sporadique qu'en France. Néanmoins, si les contraintes liées à la prescription ne sont pas nécessairement d'ordre public, elles peuvent être d'ordre économique et contractuel.

202. Guidelines et recommandations de l'assurance maladie et de l'ANSM.

L'ANSM (Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé),²⁸⁶ établissement public placé sous la tutelle du ministère de la santé, est chargée de surveiller, d'évaluer l'accès aux médicaments et autres dispositifs médicaux. Sa

²⁸⁶ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé

compétence principale est la délivrance d'autorisations de mise sur le marché de médicaments (AMM)²⁸⁷ après avoir effectué des tests de tolérance, essais cliniques...

La prescription de médicament doit remplir une série de conditions afin d'être validée par l'assurance maladie, chargée du remboursement du médicament. La durée et le renouvellement de la prescription, les conditions formelles, et le support, sont imposés par l'assurance maladie afin de faciliter le traitement administratif des opérations. On constate donc une prescription formelle conditionnée par l'institution publique avec laquelle le médecin est conventionné.

Toutefois, certaines règles semblent bien plus contraignantes au-delà de considérations formelles, sur la liberté de prescription elle-même.

L'assurance maladie établit régulièrement de nombreuses « guidelines » et « recommandations ». Elle liste également une série de règles particulières de prescription relatives : aux médicaments prescrits en dehors des indications thérapeutiques remboursables²⁸⁸, à l'obligation de prescrire un médicament générique lorsque celui-ci est substituable, et même, dans certaines hypothèses, vérifier l'accord préalable de l'assurance maladie pour prescrire certains médicaments

203. La dynamique de marché à la conquête de la prescription médicale américaine

À l'image de l'organisation du système de santé américain, la prescription médicale est avant tout contrainte par des objectifs économiques et divers partenariats. Les prix ne sont pas encadrés et sont plus élevés que dans la plupart des pays occidentaux,²⁸⁹ et la législation autorise la publicité pour les médicaments sur ordonnance. Les marchés du médicament « *over the counter* » (sans ordonnance) et du générique sont également prépondérants dans les choix des praticiens.

Comme il a été indiqué précédemment, le médecin américain a souvent contractualisé avec une MCO, soit en devenant salarié, soit en tant que médecin partenaire. Dès lors, dans le cadre des réseaux, il existe une liste incitative ou limitative des médicaments utilisables. Cette liste est toutefois validée par un comité d'experts internes et externes

²⁸⁷ Article L.5121-8 du CSP

²⁸⁸ Article L.162-4 et R.162-1-7 Code de la Sécurité Sociale

²⁸⁹ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

afin d'évaluer la sécurité et l'efficacité du produit. Les MCO passant des contrats avec des centrales d'achats pharmaceutiques et négociant même directement les tarifs avec les laboratoires pharmaceutiques, on comprend que l'indépendance et la liberté de prescription sont loin d'être totalement libres de toute contrainte et de lobbying commercial.

Le Dr Thabut, questionnée aux fins de cette étude, soulignait dans ces propos ce type de pratiques : *« les médecins sont beaucoup moins libres non seulement dans leurs prescriptions, mais aussi dans leur liberté de penser, que dans notre pays. La peur du procès les oblige souvent à ne faire que les choix thérapeutiques validés par des consensus d'experts, ce qui est une bonne chose généralement. Cependant, parfois, pousser un peu à un traitement ou au contraire ne pas le proposer en raison de facteurs humains apporte à la prise en charge. De plus, les compagnies d'assurance aux US contraignent les médecins à ne prescrire que des schémas qu'elles valident et remboursent. En France, il s'agit d'une incitation, même si elle devient plus forte qu'avant. »*²⁹⁰

Le postulat selon lequel la prescription médicale serait plus libérale aux Etats-Unis qu'en France apparaît donc invalidé.

Au regard de ces propos, il convient d'évaluer l'influence de l'industrie pharmaceutique dans la prescription au malade. Celle-ci impacte-t-elle la liberté d'exercice du médecin ?

204. Influence de l'industrie pharmaceutique dans la prescription ?

Le poids croissant de l'industrie pharmaceutique aux Etats-Unis²⁹¹ sur la santé a conduit les autorités fédérales à encadrer leurs relations avec les médecins. En effet, des études ont démontré que 94% des médecins américains ont une relation directe ou indirecte avec l'industrie, et celle-ci dépense plus de 20 milliards de dollars par an en publicité faite auprès des médecins. Le marketing effectué prend généralement la forme de cadeaux, repas, échantillons, participations à des congrès et formations continues gratuites.²⁹² Leur influence est donc certaine.

²⁹⁰ Annexe II, Interview du Pr. Dominique Thabut

²⁹¹ Voir Partie 1, Section 2, II.C, l'essor des pharmacies américaines

²⁹² Rapport « Le Sunshine Act » par le Pr. Laude, Institut droit et santé, Université Paris-Descartes (Paris V), 2011

Le *Physician Payments Sunshine Provisions* fut adopté en 2010 dans le cadre du plan *Obama Care*²⁹³. L'objectif de la loi est d'augmenter la transparence des relations financières entre les prestataires de soins et les industries pharmaceutiques, et de prévenir les conflits d'intérêts. Ainsi, la loi exige des fabricants de médicaments à déclarer leurs relations avec les médecins ou à un hôpital universitaire au secrétariat de la santé fédéral. Les informations collectées sont mise à disposition du public. Certains Etats avaient déjà entrepris de telles dispositions. L'Etat du Minnesota fut le pionnier dans l'imposition d'une déclaration de paiements et cadeaux d'une valeur supérieure à 100 dollars.²⁹⁴

En France, un décret a été publié le 21 mai 2013²⁹⁵ mettant en place un dispositif équivalent. Le « Sunshine Act à la française » oblige les entreprises produisant ou commercialisant des produits « à finalité sanitaire et cosmétique » à rendre public les avantages accordés aux professionnels de santé.

D'autres réglementations interdisaient déjà aux professionnels de santé de « *recevoir des avantages en nature ou en espèces* » de la part des entreprises pharmaceutiques, sauf, lorsque ces avantages étaient inclus dans le cadre de conventions ayant pour objet explicite et but réel des activités de recherche (...) »²⁹⁶.

Si l'influence de l'industrie pharmaceutique sur la prescription médicale n'est plus à démontrer, il convient, selon les professionnels eux-mêmes de ne pas omettre son rôle majeur dans la recherche scientifique. Pour le Dr Sebban, la transparence ne doit pas devenir la « transperçance, c'est-à-dire que tout soit porté à l'aune de la suspicion », l'industrie pharmaceutique ayant largement contribué au progrès scientifique et à l'amélioration de l'état de santé des patients. Bien sûr, si les prescriptions ne doivent pas être « achetées », le retour d'information des médicaments auprès de l'industrie demeurerait essentielle pour pouvoir « évaluer, calibrer, changer, modifier les indications de tel ou tel médicament ». Cette correction dans la perte d'indépendance vis-à-vis de

²⁹³ The Physician Payment Sunshine Act inclu section 6002 du Patient Protection Affordable Care Act – 23 mars 2010

²⁹⁴ The Physician Payment Sunshine Act inclu section 6002 du Patient Protection Affordable Care Act – 23 mars 2010

²⁹⁵ Décret n° 2013-414 du 21 mai 2013 relatif à la transparence des avantages accordés par les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire et cosmétique destinés à l'homme

²⁹⁶ Article L. 365-1 du CSP, inséré par la Loi n°93-121 du 27 jan vier 1993 portant diverses mesures d'ordre social

l'influence de l'industrie pharmaceutique ne doit pas entraîner une perte d'indépendance de l'information délivrée au médecin²⁹⁷.

205. Recherche médicale et formation du médecin

Ainsi, selon les professionnels, même si l'information délivrée par l'industrie peut être « influencée par la nécessité de vendre des produits, elle a aussi le mérite d'être centrée sur l'exercice médical, sur la pratique professionnelle »²⁹⁸. Sourcer l'information médicale, quelle que soit sa provenance apparaît essentielle afin de garantir l'authenticité de l'exercice du médecin libéral. Les nouvelles technologies font émerger une multitude de sources non « labélisées », sans origine validée, et recourir à ce type d'information, constituerait une remise en cause plus importante de l'exercice libérale et de son indépendance que l'influence de l'industrie. Il s'agit d'exercer certaines capacités critiques et d'être en mesure de faire la distinction entre la bonne et la mauvaise information.

La qualité de la formation continue du médecin libéral apparaît donc comme un défi supplémentaire à relever afin de préserver son autonomie de prescription.

206. Qu'elle soit d'origine réglementaire publique ou privée, à des fins de santé publique ou commerciales, la liberté de prescription du médecin libéral, fondement de sa pratique apparaît aujourd'hui largement conditionnée par de multiples facteurs, tant en France qu'aux Etats-Unis.

II. Libre choix du médecin par le patient encadré et conditionné

207. L'existence de réseaux de santé très puissants (MCO) aux Etats-Unis, et une législation française encadrant de plus en plus l'exercice des médecins vis-à-vis des exigences de la Sécurité sociale impactent-t-il une autre composante essentielle de la médecine libérale : le libre choix du médecin par le patient ?

²⁹⁷ Annexe I, Interview Dr. Sydney Sebban

²⁹⁸ Sic

208. Sélection des médecins américains par les réseaux de santé : un choix conditionné pour le patient membre d'une MCO.

Les managed care organizations (MCO) étant impliquées dans une relation contractuelle avec les médecins, ces derniers sont soumis à une sorte de procédure d'accréditation individuelle afin de pénétrer dans le réseau. Les procédures de sélection sont très contraignantes, le praticien étant sélectionné sur une centaine de critères (qualification, antécédents judiciaires, parcours personnel...). Les critères économiques peuvent parfois être pris en compte « afin de vérifier que sa pratique est globalement conforme aux ratios financiers définis par la MCO ».²⁹⁹

Le coût de cette procédure, véritable audit réalisé par le réseau est tantôt supporté par la MCO seule, tantôt partagé avec le médecin « en quête d'accréditation ».³⁰⁰

Véritable marché concurrentiel, les réseaux de santé peuvent exclure certains médecins pour soutenir une compétitivité économique, notamment en cas de surreprésentation de certaines spécialités au sein du réseau.

Plus de 70% des patients appartenant à un MCO, leur rôle quant à l'organisation de l'accréditation des médecins libéraux joue un rôle majeur, et conditionne de fait le choix du médecin pour 70% de la patientèle américaine. En effet, l'accès aux soins pour l'assuré étant limité aux prestataires du réseau, les membres ont une quasi-obligation de consulter les médecins appartenant à celui-ci. Ainsi, si l'assuré recourt à un médecin hors parcours MCO (n'appartenant pas au réseau), il devra assumer lui-même la charge financière de la consultation, sans aucune participation de son assureur.

209. Primary care physician : « gatekeeper » du MCO

L'organisation coordonnée des réseaux établit également une véritable hiérarchie dans le parcours de soins proposé à l'assuré. Dès lors, les *primary care physician* sont les médecins dits de « première ligne », véritable filtre dans la prise en charge de l'assuré. Lorsqu'ils appartiennent à un réseau, les patients doivent s'inscrire auprès de l'un de ces praticiens qui sera alors leur « médecin référent ». Ce professionnel décide des prestations dites « de

²⁹⁹ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

³⁰⁰ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

seconde ligne » en fonction du cas du patient : recours à un spécialiste, à une hospitalisation.

Ce système tient à rendre l'exercice de la médecine et le système de soins plus efficient en multipliant les outils de régulation et de filtrage des patients et des prestations. Cela permet une plus grande rentabilité de la prise en charge et assure l'efficacité et la compétitivité du réseau.

Néanmoins, le choix du médecin par le patient est conditionné par le système mis en place par le réseau de santé. L'exercice libéral est ici encore conditionné à des règles managériales d'assurances privées.

210. Médecin référent : nouveau « filtre » du parcours de soin coordonné de l'Assurance Maladie

En France, un tel système a été mis en place il y a une dizaine d'années³⁰¹ afin d'optimiser et réduire les coûts et dépenses de remboursement entraînées par les consultations. Il s'agissait également de promouvoir un exercice coordonné et coopératif entre les professionnels de santé.

La réalisation d'économies par la Sécurité sociale, institution publique apparaît comme l'un des enjeux de cette disposition, et recoupe les objectifs de rentabilité des réseaux de santé américains. Par ailleurs, on remarque que ces dispositions relatives au « médecin référent » sont contenues dans la loi relative « à l'assurance maladie », illustrant ce contrôle croissant en amont exercé par la Sécurité sociale sur l'exercice des médecins.

Afin « de favoriser la coordination des soins, tout assuré ou ayant droit âgé de seize ans ou plus indique à son organisme gestionnaire de régime de base d'assurance maladie le nom du médecin traitant qu'il a choisi, avec l'accord de celui-ci »³⁰².

D'après cette disposition, la liberté du patient semble être totalement respectée.

Cependant, cette liberté est conditionnée au respect du choix effectué au préalable d'un médecin référent par le patient qui lui permet d'accéder au « parcours de soins coordonnés », c'est-à-dire, aux garanties de remboursement par la Sécurité Sociale. Si l'assuré « désigne un médecin traitant autre que son médecin référent, ce dernier, pour ce qui concerne cet assuré, perd les avantages relatifs à cette adhésion à cette option

³⁰¹ Article 7 de la Loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (codifié article L.162-5-3 CSS).

³⁰² *Sic*, alinéa 1^{er}.

conventionnelle. L'assuré perd également ces avantages »³⁰³. La sanction est double : le non-respect du parcours de soins coordonné pénalise d'une part le patient qui se voit refuser le remboursement de sa consultation, et d'autre part, le médecin non référent qui perd le bénéfice de son conventionnement avec la Sécurité sociale (la prise en charge d'une partie de ses cotisations sociales). Il existe néanmoins des exceptions au parcours de soins coordonnés pour certains actes et pour certaines spécialités, où la visite préalable chez son médecin référent n'est pas un prérequis.

211. On ne peut conclure à une absence de liberté de choix du médecin par le patient, puisque celui-ci, tant en France qu'aux Etats-Unis choisit son médecin référent, interlocuteur privilégié de son parcours de soins. Aux Etats-Unis, ce choix se fait au sein d'un réseau auquel le patient a choisi de souscrire, tandis que le choix apparaît plus large en France. Le Dr. Sebban émet un avis positif sur l'idée d'un « médecin-guichetier unique », qui permet de coordonner l'ensemble des données relatives au patient. Mais une telle démarche entraîne une réelle lourdeur administrative à laquelle le médecin libéral, désormais dépourvu de secrétariat personnel ne peut faire face. Seul un regroupement de médecins dans un cabinet peut recourir à un administrateur chargé de gérer et optimiser l'ensemble de ces données pour les patients.

Section 3 Responsabilité professionnelle judiciaire : vers une convergence ?

212. Comment appréhender la comparaison des régimes de responsabilité médicale dans les deux pays ? En France, l'inflation des primes d'assurance professionnelle des médecins donne le sentiment d'une judiciarisation « à l'américaine » des relations. Cette impression traduit-il une réalité ? Qu'elle soit fondée ou non, la crainte du procès s'est installée chez les professionnels et fragilise leur exercice.

Aux Etats-Unis, le contentieux de la responsabilité médicale ne cesse de croître, et certains avocats n'hésitent pas à démarcher les patients avant toute plainte, en leur garantissant

³⁰³ Sic, alinéa 4.

la gratuité de l'assistance juridique en échange d'un partage des dommages et intérêts en cas de succès de la procédure.³⁰⁴

213. Bien que la faute soit le dénominateur commun de la responsabilité médicale dans les deux Etats (I), leur régime de responsabilité sont distincts (II). Pourtant, on constate de part et d'autre une véritable crainte des professionnels du développement d'une « médecine défensive », où la peur du procès a remplacé l'efficacité des soins (III).

I. Un fondement juridique commun de la responsabilité médicale : l'existence d'une faute

214. La responsabilité médicale française et américaine reposent sur le même fondement juridique : l'existence d'une faute. Bien que la faute puisse être civile, administrative voire pénale en France, cette différence de nature ne remet pas en cause le fondement permettant d'engager la responsabilité du médecin.

215. Evolution du fondement de la responsabilité médicale française : retour à l'obligation de moyens.

Les évolutions jurisprudentielles ont dû accompagner les progrès spectaculaires survenus dans le domaine médical, augmentant la possibilité de risques. En glissant progressivement vers une responsabilité sans faute du médecin et donc une obligation de résultat de la part du corps médical, celui-ci a craint une crise majeure. En effet, la jurisprudence a conduit pendant plusieurs années un mouvement de responsabilité objective du médecin.

A l'origine, l'arrêt Mercier³⁰⁵ soulignait l'existence d'une obligation de moyens du médecin, et exigeait de la part du patient requérant l'existence d'une faute. La relation médicale était alors de nature contractuelle : « *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat* ». Cependant, la preuve étant difficile à établir pour les victimes, celles-ci étaient très mal indemnisées. Cette difficulté fut alors portée par les juridictions administratives créant des cas de responsabilité sans faute.³⁰⁶ Il s'agissait donc de répondre à une demande de réparation et d'indemnisation des victimes de dommages

³⁰⁴ Rapport de l'IGAS n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : « Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002

³⁰⁵ Civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88, rapp. Josserand et concl. Matter.

³⁰⁶ CE, 9 avril 1993, Bianchi ; CE, 3 novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles

causés sans faute du médecin ou de l'hôpital. Bien qu'elles se soient toujours refusé de consacrer de tels régimes, la jurisprudence civile cèdera finalement en disposant que les « *médecins ont une obligation de sécurité de résultat dont ils ne peuvent se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère* ». ³⁰⁷ Pendant plusieurs années, l'inertie du législateur a donc causé un véritable trouble dans le régime de responsabilité médicale.

Certains assureurs ont choisi de se prémunir contre ces nouveaux risques, et ont même parfois résilié certains contrats pour renégocier des primes d'assurances plus élevées avec les médecins.

Mais le « risque zéro » n'existe pas, et les médecins ont condamné cette évolution jurisprudentielle les privant de toute action, les juges encourageant finalement à ne traiter que les cas sans risques.

La loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades ³⁰⁸ est venue mettre fin à ces troubles, annulant les jurisprudences civiles et administratives en matière de responsabilité médicale. Elle revient au régime antérieur d'existence de la faute tout en palliant les insuffisances d'indemnités aux victimes en créant un fonds de solidarité nationale.

Ainsi, l'article L.1142-I et II du Code de la Santé Publique rétablit l'existence d'une faute pour engager la responsabilité d'un médecin. De plus, les professionnels de santé libéraux ne pourront plus être poursuivis en cas d'infections nosocomiales sans démontrer l'existence d'une faute. Un seul cas de responsabilité objective des médecins est créé : la responsabilité sans faute en cas de dommages causés par un produit défectueux.

216. Les cas de responsabilités fautes restent donc très limités, évitant à priori une possibilité d'indemnisation « à l'américaine » du préjudice des patients : la loi considère que la médecine n'est pas exempte de risque. Toutefois, une telle affirmation part d'un faux postulat : la responsabilité médicale américaine n'est pas une responsabilité sans faute puisque celle-ci repose au contraire sur le régime de *tort law*. D'autres facteurs expliquent donc ces divergences (voir paragraphe suivant).

217. Devoirs du médecin / duty of care.

³⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 29 juin 1999, 97-14.254, Publié au bulletin.

³⁰⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

En France comme aux Etats-Unis, la démonstration d'une faute du médecin par le patient requérant implique de se référer aux obligations et devoirs du médecin : le devoir d'humanisme, le respect de la licéité de l'acte médical (consentement du patient), et l'obligation de soins qui est une obligation de moyens.

218. Tort law : le régime applicable à la responsabilité médicale américaine.

En dehors de la commission d'une infraction pénale ou d'un contrat, la responsabilité médicale américaine est avant tout délictuelle, et exige l'existence d'un « tort », c'est-à-dire d'une faute ou d'un acte fautif.

Trois types de fautes sont reconnus en responsabilité médicale américaine : *medical battery* (voies de fait intentionnelles), *professional negligence* (*medical malpractice* c'est à dire négligence, erreur médicale) et *informed consent*.

La faute la plus utilisée par les patients pour agir en responsabilité médicale est la « *medical malpractice* » c'est-à-dire l'erreur médicale. Plusieurs éléments doivent être démontrés pour prouver cette erreur : le devoir d'attention du médecin envers son patient (*duty of care*), la violation de ce devoir (*breach of that duty*), le lien de causalité (*causation*), et le préjudice (*damages*). En l'espèce, il conviendra de prouver : l'existence d'une relation entre le patient et le médecin, une négligence de la part du docteur selon le « *duty of care* » standards requis (en médecine : « *reasonably skillful and careful* »), que cette négligence a causé un préjudice (douleur physique, anxiété, factures médicales supplémentaires, perte de travail ou de gains espérés).

219. Ces éléments classiques en *tort liability* (responsabilité pour faute) établissent un régime similaire avec la faute française. Le régime de la responsabilité subjective (pour faute) ne semble donc pas être prédéterminant dans le volume de contentieux.

Quels facteurs conduisent alors à l'existence d'un volume de contentieux aux Etats-Unis ?

La France va-t-elle connaître la même évolution ?

II. Régimes de responsabilités de natures différentes entre les deux pays

220. Bien que les responsabilités médicales française et américaine reposent sur le même fondement, la faute, celles-ci connaissent encore aujourd'hui de nombreuses différences.

Ces divergences tendent à relativiser la crainte d'une judiciarisation de la médecine française, et ce, malgré le sentiment d'insécurité de la profession.

221. D'une part, la nature du système juridique aux Etats-Unis est basée sur la Common Law, attachant une grande importance à la règle du *precedent*, contrairement au système français d'inspiration romano-germaniste, essentiellement régi par la loi écrite.

A cette divergence conceptuelle s'ajoute la dimension fédérale du système américain où il existe autant de droits que d'Etats. Cela peut conduire parfois à une mise en concurrence des particularismes juridiques de chaque Etat et favoriser le « forum shopping », où le plaignant aura tendance à conduire son procès dans un Etat très strict vis-à-vis de l'erreur médicale³⁰⁹. Cette composante fédérale a une forte incidence sur la *medical liability*. Certains Etats ont ainsi connus un véritable acharnement judiciaire contre les médecins, entraînant une augmentation des primes d'assurances et une diminution drastique de certains spécialistes. A titre d'exemple, la Floride connut en 2003 une diminution d'activité de 70% des gynécologues, et une augmentation de 93% de leur prime d'assurance³¹⁰.

D'autre part, il existe surtout une réelle différence structurelle sur la nature de la responsabilité mise en cause. Car si les deux systèmes exigent une faute, elle est quasi-exclusivement civile aux États-Unis, tandis qu'elle peut être civile, administrative, pénale, et même disciplinaire en France.

222. Cependant, la souplesse procédurale de la responsabilité civile américaine, par ses spécificités, encourage et facilite largement les patients à intenter des actions judiciaires.

223. Spécificités de la procédure civile américaine

L'action en *medical malpractice* doit généralement être intentée rapidement après le dommage dans la plupart des états, et le délai court tantôt à compter de la commission du dommage, tantôt à la découverte du dommage par la victime. Des limites peuvent être apportées dans le montant des indemnités réclamées au médecin.

³⁰⁹ LAUDE Anne, « La judiciarisation en France, sur la trace des Etats-Unis ? » in les Tribunes de la santé, 2010/1, n°26, 2010. pp. 49-59.

³¹⁰ Sic

S'agissant de la preuve, de nombreuses particularités singularisent le système américain, et doivent être soulignées.

Premièrement, la procédure du *discovery* permet une production très complète des toutes les pièces et oblige chaque partie à divulguer à l'autre tous les éléments de preuves pertinents dont elle dispose. Cette transparence s'ajoute au principe d'oralité de la preuve. De ces éléments résultent donc une admission très large des moyens de preuves. Deuxièmement, afin d'enrichir le dossier, des témoignages d'experts peuvent être recueillis. Toutefois, les experts sont désignés non par le juge mais par les parties elles-mêmes. Chacune des parties peut donc faire appel à son propre expert qui dispose de pouvoirs assez larges.

Enfin, la procédure permet l'application de la règle *res ipsa loquitur* (« la chose parle d'elle-même »). Ainsi, lorsque la faute du médecin paraît « évidente », la charge de la preuve est inversée, au détriment du praticien.

224. L'acceptation des dommages punitifs encourage-t-elle une action en responsabilité ?

Si les *punitives damages* (dommages punitifs) sont formellement prohibés en France, ceux-ci sont largement admis et utilisés dans le système de responsabilité civile américaine.

Contrairement aux dommages compensatoires, les dommages punitifs n'ont pas un rôle indemnitaire mais visent à sanctionner financièrement l'auteur du dommage et à le dissuader pour l'avenir. Il s'agit d'un « supplément de condamnation » pesant sur le responsable. Les dommages punitifs sont modulés selon la gravité de la faute et expriment la réprobation sociale. Ils permettent de donner à la victime une satisfaction morale. Bien que la jurisprudence de nombreux états ait adopté une limitation du « quantum » des « punitives damages », ceux-ci restent une particularité redoutée de la responsabilité civile américaine.

Le système du Common Law est un terrain favorable pour le développement des dommages punitifs : absence de principe général de responsabilité civile (multiples responsabilités selon les torts), présence d'un jury civil dans les procédures accusatoires favorables à la victime, système jurisprudentiel donnant une plus grande liberté au juge pour calculer l'indemnisation.

En France, bien que certains projets envisagent son introduction dans la législation³¹¹, la nature quasi-criminelle des dommages punitifs vont à l'encontre du principe de réparation intégrale de la responsabilité civile française.

225. Quadruple régime de responsabilité médicale français : une multiplication des actions ?

En France, la responsabilité médicale peut être divisée en deux fonctions regroupant chacune deux natures de responsabilités : une responsabilité indemnitaire d'ordre civil ou administratif, et une responsabilité répressive d'ordre disciplinaire ou pénal.

Ainsi, une action en responsabilité indemnitaire est civile lorsque l'exercice médical se fait en milieu privé, et administrative lorsque l'activité est exercée en milieu hospitalier. Cette dernière hypothèse est donc à exclure dans le cadre de notre étude sur la médecine libérale. Le patient qui souhaite entamer une procédure pour rechercher la responsabilité civile du médecin, devra toutefois choisir entre porter son action devant les juridictions civiles, ou se constituer partie civile dans le cadre d'une procédure pénale.

Dans le cadre d'une responsabilité répressive, la responsabilité pénale du médecin peut être engagée en cas de violation du secret professionnel, abstention de secours, atteintes à l'intégrité corporelle. Sa mise en œuvre appartient au Procureur de la République, à la victime (par la constitution de partie civile) et ses ayants-droit.

226. Procédure disciplinaire : multi-saisine dangereuse ?

La procédure disciplinaire est sans doute la particularité française la plus intéressante. Celle-ci est indépendante de toute autre action (civile, pénale ou administrative), et exige l'existence d'une faute disciplinaire, c'est-à-dire, d'un manquement aux règles de la déontologie médicale.

Trois échelons de juridictions sont concernés par la mise en œuvre d'une telle action : le Conseil régional de l'Ordre en première instance, le Conseil national de l'Ordre en appel, et le Conseil d'Etat en cassation³¹². On note la très grande variété d'acteurs pouvant saisir le Conseil régional de l'Ordre pour intenter une action disciplinaire contre un médecin : le

³¹¹ Projet Catala

³¹² Une description de la composition de ces diverses chambres disciplinaires serait sans doute trop fastidieuse pour le lecteur pouvant se reporter, le cas échéant, à la lecture de la loi du 4 mars 2002

Conseil National, les Conseils départementaux, les syndicats médicaux, le ministre de la santé, le ministre de la sécurité sociale, le préfet de région, le Procureur de la république, le directeur régional des affaires sanitaires et sociales, le directeur départemental des affaires sociales, et enfin, tout médecin inscrit au tableau. Toutefois, le patient ne peut saisir directement le Conseil de l'Ordre et doit le faire par l'intermédiaire d'un Conseil départemental.

Cette multitude de requérants potentiels peut en partie expliquer la crainte d'une poursuite par les médecins.

III. Convergence des deux pays vers une « médecine défensive » ?

227. Une telle judiciarisation des soins aux Etats-Unis, et de plus en plus en France, ont conduit les praticiens à mettre en cause « la médecine défensive » vers laquelle la jurisprudence et le législateur semblent conduire la responsabilité médicale.

Il s'agirait d'une « médecine de l'évitement dans laquelle la préoccupation des médecins consisterait davantage à se prémunir contre le risque judiciaire qu'à dispenser des soins appropriés à leurs malades ». De plus, « elle est une médecine plus coûteuse qui conduit les médecins à prescrire des examens complémentaires, le plus souvent inutiles, mais destinés, en cas de problèmes, à prouver aux juges qu'ils n'ont pas été négligents ». Enfin, il s'agit d'une médecine moins innovante, les médecins renonçant aux opérations nouvelles souvent plus risquées.³¹³

En définitive, la médecine défensive marquerait la fin du « colloque singulier » entre le patient et le médecin. Un tiers, le juge se profilerait derrière chaque prestation de soins.

Quels éléments rationnels abondent dans ce sens ?

228. Le constat d'une médecine défensive en France divise les médecins des juristes spécialistes en droit de la santé.

³¹³ FILLION Emmanuelle, BARBOT Janine, « La médecine défensive : critique d'un concept à succès » in *Sciences sociales et santé*, Vol.24, n°24-2, 2006, pp. 5-33.

Plusieurs facteurs illustrent ce phénomène de judiciarisation des soins : attention portée à l'information ; gestion administrative des données du patient, exigences administratives de la part des assureurs (privés et publics). Selon le Dr. Sebban, les patients se sont « emparés du pouvoir » grâce à une démocratisation de l'information médicale par le biais des nouvelles technologies de l'information. De ce fait, les patients sont en attente de résultat alors que le médecin reste tenu, à priori, à une obligation de moyens. Cette asymétrie explique l'augmentation du nombre de contentieux dans ce domaine.

Ainsi, « *l'exigence de la qualité, qui était un prérequis attendu des professionnels, s'est transformé depuis 25 ou 30 ans en exigence de la preuve de la qualité, nécessitant d'avoir l'a traçabilité des informations recueillies, notamment le consentement du patient à tous les stades de la prise en charge* ». L'adhésion du malade aux soins proposés, est de fait ralentie : « *on va tenter de tout judiciariser, même l'imprévisible* ».

229. Quelles conséquences ces nouvelles données, exigences induisent-elles en pratique ?

Cette « hyper-exigence » de qualité conduira nécessairement « *à délaissier un exercice généraliste pour un exercice de plus en plus spécialisé, voire hyperspécialisé* ». Il s'agirait donc d'un exercice de moins en moins « humain », de plus en plus « éloigné du patient ». ³¹⁴ De plus, certaines spécialités risquent d'être délaissées : l'arrêt *Perruche* avait nettement fragilisé le recrutement des gynécologues, l'affaire des sur-irradiés d'Epinal impactera-t-il les radiologues ?

Par ailleurs, le risque économique se constate par l'augmentation sans précédent des primes d'assurances professionnelles. Aux États-Unis, cette inflation se répercute nécessairement sur les honoraires déjà très élevés des consultations, des soins et pénalise les patients. Ce cercle vicieux s'observe également en France où les dépassements d'honoraires sont devenus parfois inévitables pour amortir les coûts.

La charge économique, morale, et systémique est donc bien présente.

230. Ces craintes sont-elles fondées ? Un tableau contrasté selon les juristes français

³¹⁴ Annexe I – Entretien du Docteur Sydney Sebban.

En France, peu de données et de chiffres étayent l'évolution de la responsabilité médicale. Cependant, quelques atténuations aux craintes des professionnels peuvent être apportées.

Concernant le nombre de sinistres-dommages corporels, on constate une légère diminution sur la période 1986-2006³¹⁵. Cette évolution corrobore l'évolution de la politique pénale en matière de santé qui, depuis 2003, filtre les affaires et ne retient que les plus graves. Le contentieux pénal est donc en légère diminution. Toutefois, l'évolution du contentieux civil démontre clairement une inflation des demandes en réparation, rejoignant les impressions des médecins.

231. Prise de conscience d'un droit à indemnisation, avancées scientifiques³¹⁶ ; ces facteurs doivent, selon les juristes, être pris en compte pour rationaliser et relativiser les craintes des médecins français. Il n'y aurait pas de judiciarisation « à l'américaine », dont les chiffres seraient bien plus importants. Peu de chiffres recensent précisément les *medical malpractice* survenues en exercice libéral, mais le chiffre global d'1,14 million d'incidents recensés entre 2002 et 2002 pour les seuls patients de Medicare, témoigne de la pression sur le corps médical dans son ensemble.³¹⁷

232. **Synthèse.** Pour autant, que faut-il retenir de cette querelle ? Les impressions des professionnels sur la judiciarisation de leur exercice ne prévalent-ils pas sur la réalité ? Qu'importent les données statistiques face à la pratique ?

Le sentiment de responsabilisation judiciaire n'est-il finalement qu'un élément supplémentaire dans la balance, en défaveur de l'exercice libéral ?

Les divers facteurs établis dans ce chapitre ont démontré une réelle fragilisation de l'exercice libéral classique de la médecine. Le médecin seul, dans son cabinet, ne semble plus d'actualité, et il convient de mettre en place « des outils et des systèmes de coopération qui existent en dehors du 'tout-hospitalier' », comme la télémédecine. Le 21^{ème} siècle promettrait un exercice médical « démembré », « ubérisé », où la production

³¹⁵ LAUDE Anne, « La judiciarisation en France, sur la trace des Etats-Unis ? » in *les Tribunes de la santé*, 2010/1, n°26, 2010. pp. 49-59.

³¹⁶ Sic

³¹⁷ FOX Maggie, « Errors kill 15, 000 patients a months : study », in Reuters, 16 novembre 2010.

des soins ; la transmission des données, leur interprétation, et la prise de décision, ne seront peut-être plus concentrées dans les mains d'un seul professionnel.³¹⁸

Plus que jamais, pour ne pas disparaître, la médecine libérale doit se réinventer, afin de rester indépendante, mais pas solitaire...

³¹⁸ Annexe I – Entretien du Docteur Sydney Sebban.

Conclusion

Comment envisager le futur des professions libérales ? Sans être amenées à disparaître, celles qui se destinaient autrefois à un large public, vont sans doute se marginaliser. L'essentiel des professionnels continueront à exercer les mêmes fonctions, mais de manière dévoyée, marchandisée, plus tout à fait ni libre ni indépendante. Le service, « pur », indépendant, contractuel, non commercial, non intermédié, sera peut-être donc réservé à une minorité, à quelques initiés pouvant y accéder.

La mondialisation absorbe-t-elle tout ? Elle modifie nos structures sociales et économiques, provoque de nouveaux comportements, de nouvelles attentes, voire de nouveaux besoins chez les individus, consommateurs exigeants et parfois vindicatifs.

Cet hyper consommateur averti a souhaité rationaliser les rapports de force qu'il entretenait avec les commerçants et la grande distribution (émergence des classes action). Ne chercherait-il pas aujourd'hui à instaurer ce même rapport avec les professions libérales ? Souhaite-t-il rééquilibrer ce rapport de domination entre lui et le « sachant », qu'il pense lui être défavorable (par des prestations à coût élevé) ?

Savatier décrivait très bien ce déséquilibre inhérent à la relation entre le professionnel libéral et son client, bénéficiaire du service : « La nature de la relation professionnelle répugne également à une subordination de l'une des parties par l'autre : le client ne vient-il pas demander des conseils plutôt que donner des ordres ? ».

On peut craindre en effet que l'action collective des consommateurs, ne finisse par donner des ordres au professionnel. Le bénéficiaire souhaite désormais traiter à égalité avec son prestataire, afin de se sentir plus libre dans ses choix de consommateur de service. Cette volonté de « s'affranchir » de l'ascendant du professionnel, serait-elle synonyme d'une perte de confiance ? En s'assurant son total contrôle et libre-arbitre, le consommateur pense se sécuriser mais prive le professionnel de sa liberté d'exercice.

«Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre, et finit par perdre les deux.» (Benjamin Franklin).

Un cercle vicieux s'installe donc également au détriment du client, qui pourra de moins en moins bénéficier de ce service « sur-mesure ».

En intégrant le droit de la concurrence dans ce secteur d'activité, les Etats cherchent à entretenir la compétitivité économique sur leur territoire, mais aussi à exporter leur puissance. Les professions libérales, parce qu'elles se structurent à priori toute seules, symbolisent encore aujourd'hui l'affirmation d'un système démocratique et économique viable, sain, et fort.

On ne peut qu'appeler de nos vœux à ce que cette évolution ne les réduisent pas à de simples représentations, mais que celles-ci évoluent avec la société, en adéquation avec ses fondamentaux.

La démocratie libérale et le droit ont besoin des professions libérales.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES ET JURISPRUDENTIELLES

OUVRAGES

1) Ouvrages en langue française

ALARDIN, CASTIAUX, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence : une analyse des arrêts de la Cour de Strasbourg, de la Cour Constitutionnelle et de la Cours de Cassation*, Editions Larcier, 2014.

BLUMANN, DUBOUIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, Coll. Domat Droit Public, Montchrestien, 2002.

DE TOCQUEVILLE Alexis, *De la démocratie en Amérique*, 1835.

JEANNEST SAINT-HILAIRE A, *Du notariat et des offices*. Paris : Durnand, Librairie-Editeur, 1858.

SAVATIER Jean, *La profession libérale. Etude juridique et pratique*. Thèse Poitiers, LGDJ, 1947.

VOGEL Louis, *Droit Européen des affaires*, Coll. Précis, Dalloz, 2012

2) Ouvrages en langue anglaise

MEYERS David W., *The Human body and the law: a medico-legal study*. Aldine Transactions 2009.

REGAN Louis J., *Doctor and patient and the Law*, C. V. Mobsy Co, 1956.

PERKS R.W., *Accounting and Society*. Chapman & Hall (London), 1993.

POUND Roscoe., *The Lawyer from antiquity to modern times: with particular reference to the development of bar associations in the United States*, West Pub. Co., 1953.

ROTUNDA Ronald D., DZIENKOWSKI John S., *Legal ethics: the Lawyer's deskbook on professional responsibility*, Thomson West, 2014-2015.

ARTICLES DE DOCTRINE

1) Articles de doctrine française

BENABENT Alain, « Avocats : premières vues sur la 'nouvelle profession' », 65 *J.C.P.*, no 3499, 1991

CLAUDEL Emmanuelle, « Projet de loi 'Macron' : un texte controversé. Brève présentation » in *RTD Com.* 2015, p.75

DE LA ASUNCION PLANES Karine, « Quelle est la nature de l'obligation de compétence de l'avocat ? », in *D.* 2010, p.183.

DOMESTICI-MET Alexandre, « L'interdiction des collaborations intégrées entre avocats et experts-comptables : la réglementation des ordres professionnels constitue-t-elle une entente contraire au droit communautaire ? », Note sous CJCE, 19 février 2002, Wouters, aff. C-309/99, *Droit* 21, 2002, *Chr.*, AJ 188

DUSSART Marie-Laure, « Privilège d'exercice et liberté d'entreprendre : du droit de présentation des notaires à la loi Macron », *D.*2015, p.1166.

FLAHAUT Jean, « Sur la formation des pharmaciens aux Etats-Unis d'Amérique » in *Revue d'histoire de la pharmacie*, 89^e année, N.329, 2001, pp. 7-12.

FLEURIOT Caroline, « Professions réglementées : toutes les mesures du projet de loi Macron – Projet de loi, version du 19 nov.2014 », in *Dalloz Actualité*, 21 novembre 2014.

GAUDEMET Yves, « La réforme des professions juridiques réglementées et la Constitution », in *JCP N* n°6, 6 février 2015, 1071

GAUTIER Pierre-Yves, « Le professionnel du droit qui délivre une consultation à distance est-il un prestataire de services au sens du code de la consommation », in *RTD Civ.* 2015, p.157

JAMIN Christophe, « Professions juridiques réglementées : les enjeux d'une réforme », in *Dalloz Actualité*, 17 février 2015.

LAUDE Anne, « La judiciarisation en France, sur la trace des Etats-Unis ? » in *les Tribunes de la santé*, 2010/1, n°26, 2010. pp. 49-59.

LE CORRE Pierre-Michel, « Chronique de jurisprudence de droit des entreprises en difficulté » in *Gazette du Palais*, 20 janvier 2015 n° 20, P. 14

LETOURMY Alain, « Les contraintes d'une profession libérale. Commentaire » in *Sciences sociales et santé*, 2012/3 (Vol.31), p. 103-111.

MAFFIOLI Claude, « La médecine reste-t-elle en France une profession libérale » in *Acta* vol : 34 – n°3 – NS – CREGG, 9 octobre 2004.

MARIE Romain, « La généralisation du tiers payant : entre amélioration de l'accès aux soins et défiance des médecins », in *Droit Social*, n°10, Octobre 2014, pp. 847-853.

PORTMANN Anne, « Loi Macron ; les amendements des avocats au Sénat : Propositions d'amendements du CNB » in *Dalloz actualité*, 9 mars 2015.

POUILLARD Jean, « Histoire de l'ordre national des médecins français » in *Histoire des sciences médicales* – Tome XXXIX – N°2 – 2005, pp.213-223.

SABARD Olivia, « Observations à « mi-parcours parlementaire » sur le projet de loi Macron : volet officiers publics et ministériels » in *JCP N* n°15, 10 avril 2015, 1117.

UNKNOWN, « Dossier, Paracétamol : ces pays qui reviennent vers l'officine » in *Journal de l'Ordre des Pharmaciens*, n°41, Novembre 2014, pp.7-9.

2) Articles de doctrine américaine

ARROW K.J., « Uncertainty and the welfare economics of Medical Care », in *American Economic Review*, 53 (5) 1963, pp. 941-973.

BACKMAN James H., « Consumer credit and the learned professions of law and medicine » in *Brigham Young University Law Review*, 1976, pp. 783-824.

COLEMAN James E., « Antitrust exemptions : the learned professions », in *Antitrust Law Journal*, Vol.33, Avril 1967, pp. 48-55.

CONE Sydney M., « Foreign lawyers in France and New-York », 9 in *Int'l Law*. 465, 466 (1975).

CRABB Kelly C., Note, « Providing legal services in foreign countries », 83 in *Columbia Law Review*. 1767 n.2 (1983)

DAVIS Anthony E., "Regulation of the legal profession in the United States and the future of global law practice", in *The Professional Lawyer*, Summer 2008

GABRIEL Joseph M., « Restricting the Sale of 'Deadly Poisons' : Pharmacists, drug Regulation, and Narratives of suffering the Gilded age » in *Pharmacy in History*, Vol. 53, No. 1 (2011), pp. 29-45.

GOEBEL Roger J., « Professional Qualification and Educational requirements for law practice in foreign country : bridging the cultural gap », 63 in *Tul. L. Rev.* 443, 445, 464-65 (1989)

GRIMES John M., « 'Une et indivisible' – The reform of the legal profession in France : the effects on US attorneys » in 24 *N.Y.U.J. Int'L. & Pol.* 1757 (1991-1992)

HAVIGHURST Clark C. « Health Care as a (big) business : the antitrust response » in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, volume 26, Number 5, pp. 929-955, (October 2001)

KLINE M. N. « Report of the Committee on the Drug Market », *Proceedings of the American Pharmaceutical Association*, 1896, pp. 362-362.

LESLIE Mélanie B., « The Myth of testamentary freedom » in *Arizona L. R.* Vol.38, 1996, pp. 235-243.

LEVER Robert, « In the New Europe, Old Bar customs die hard », *N.J.L.J.*, at.4 (1991)

NAIMAN Joanne, « Bill to Curb U.S. Lawyers Passes first test in France », *N.Y. L.J.*, (Nov. 21, 1990)

NAIMAN Joanne, « Sacre bleu ! French to Bar U.S. Lawyers ? », *Nat'l L.J.*, (Nov. 19, 1990)

REINA Nicole M., « Protecting testamentary freedom in the United States by introducing into law the concept of the French notaire » in *N.Y.L. Sch. L. Rev.* Vol.46, 2002-2003, pp. 797-820

ROACH ANLEU Sharyn L., «The legal profession in the United States and Australia: deprofessionalization or reorganization ? », in *Work and occupations*, Vol.19 N). 2, Mai 1992, pp. 184-204.

SANDOR Andrew, « Legal duties of physicians » in *California Medicine Review*, Vol. 74, No. 5, (Mai 1951)

UNKNOWN « How it was done ; and How it can be done” in *Pharmaceutical Record*, 1884.

UNKNOWN. “Are the learned professions trades? », in *Lawyers and legal events*, in *New York Law Review*, Vol. LXXIV, 1940, pp.177-179

WALDE John W. « Public responsibilities of the learned professions », in *Louisiana Law review*, 1960 (Vol.21), pp. 130-139.

WELCH Joseph N., « The challenge of the learned professions – the law », in *The Journal of the American Judicature Society & The Magazine of the Senior Lawyers Division*, American Bar Association, 2010, pp. 24-27

3) Articles de doctrine internationale

OLGIATI Vittorio, « The European learned professions and the EU higher education project », in *European Societies*, 10:4, 2008, pp. 545-565

STOICA Adrian, « Le statut de la profession d'huissier de justice dans le monde contemporain : réalité et perspective », in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, Volume 4(2), 2012, pp.951-964.

ARTICLES DE PRESSE

FOX Maggie, « Errors kill 15, 000 patients a months : study », in Reuters, 16 novembre 2010

GOODMAN Louis J & NORBECK Timothy B, "Opinion: Who will care for the newly insured?" in *Newsday*, 8 avril 2010.

HENNINGER Daniel, « We're not France, Yet ; ObamaCare is the coup de grâce of America's policy mandarins » in *Wall Street Journal*, March 29 2012

MATTHEWS Merrill & LITOW Mark, « Why Medicare Patients see the doctor too much » in *Wall Street Journal*, Jul. 11, 2011

PALESTRANT Daniel, « Why physicians oppose the Health care reform bill ? » in *Forbes*, 28 avril 2010.

SCHWARTZ Ethan, « Legal revisions threaten U.S. Law firms in France », in *Washington Post*, Jul. 12, 1990

UNKNOWN, « Lawyers : Poor things », in *The Economist*, March 6, 1982.

VOGEL Louis, « Des professions réglementées aux professions...surréglementées ! » in *Le Figaro*, 16 février 2015, p.18.

TEXTES LEGISLATIFS NATIONAUX

1) France

a. Codes

Code Général des Impôts (C.G.I.)

Code de la Santé Publique (C.S.P)

Code de la Sécurité Sociale (C.S.S)

Code Pénal

b. Lois et règlements

Loi du 25 Ventôse an XI contenant l'organisation du notariat

Ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme

Ordonnance n°45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers

Décret n°55-604 du 20 mai 1955 relatif aux officiers publics ou ministériels et à certains auxiliaires de justice

Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (modifiée)

Décret n°72-670 du 13 juillet 1972 relatif à l'usage du titre de conseil juridique

Décret n°88-814 du 12 juillet 1988 relatif à la nomination et à la cessation de fonctions des officiers publics et ministériel

Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (B.O.S.P) 153, du 28 avril 1990 – rapport d'activité

Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé

Loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

Ordonnance n°2008-507 du 30 mai 2008 portant transposition de la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

Décret n°2009-199 du 18 février 2009 modifiant la réglementation de la profession d'avocat et portant, pour cette profession, transposition de directives communautaires

Ordonnance n°2009-1585 du 17 décembre 2009 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles requises pour l'exercice des professions médicales, pharmaceutiques et paramédicales.

Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées.

Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé

Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives

Décret n° 2013-414 du 21 mai 2013 relatif à la transparence des avantages accordés par les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire et cosmétique destinés à l'homme

Décret n° 2014-354 du 19 mars 2014 pris pour l'application de l'article 31-2 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé

c. Projets de lois et rapports

Duc de Richelieu, rapporteur du projet de loi, chambre des pairs, séance du 20 avril 1816, Arch. Parl. 2e série, t. XVII, Paris, 1870.

« Les obstacles à la l'expansion économique » : rapport présenté par le comité institué par décret n°59-1284 du 13 novembre 1959 dit « Comité Armand-Rueff »

Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales n°2002-073, présenté par M. DUHAMEL : Le système de santé et d'assurance maladie américain : action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire, Avril 2002

Lettre de la DG du Trésor et de la politique économique, « Mode de rémunération des médecins», n°42, Septembre 2008

Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française du 23 janvier 2008 dit « Rapport Attali »

Rapport de groupe – Promotion 2008-2010 ENA, « La rémunération des médecins libéraux », Fév. 2010.

Rapport de Mission d'information confiée par M. NOVELLI : 33 nouvelles propositions pour une nouvelle dynamique de l'activité libérale, présenté par Mme LONGUET, 2010.

Rapport de l'Inspection générale des finances n°2012 M 057 03, Tomes 1-3, Mars 2013

Rapport d'information n°2475 à l'Assemblée Nationale sur les professions juridiques réglementées, présenté par Mme UNTERMAIER et M. HOUILLON, le 17 décembre 2014

Rapport de Mission d'information confié par M. le Premier Ministre Manuel VALLS à M. FERRAND : Professions réglementées, pour une nouvelle jeunesse, Octobre 2014

Rapport n° 479 (2014-2015) de Mmes Catherine DEROCHE, sénatrice, Dominique ESTROSI SASSONE, sénateur, MM. François PILLET, sénateur et Richard FERRAND, député, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 3 juin 2015

Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi de modernisation du système de santé n°406, adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée Nationale le 14 avril 2015, TA n°505

Texte adopté 'Petite loi' : Projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité économique, adopté en Procédure accélérée en application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution le 19 février 2015 par l'Assemblée Nationale, adopté en 1^{ère} lecture au Sénat le 12 mai 2015.

d. Règlements intérieurs ordinaires et codes déontologiques

Conseil Supérieur du Notariat, « Discussion, en qui concerne le notariat, de la proposition n°276 invitant le gouvernement à déposer un projet de loi abolissant d'une manière générale la vénalité des charges », Mars 1946.

Règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat L. 31 dec. 1971, art. 21-1 modifié par L. 11 févr. 2004).

Code de déontologie médicale, éd. Novembre 2013 par l'Ordre National des médecins, (codifié in Code de la santé publique ; articles L.4127-1 et suivants).

Règlement intérieur du Conseil Supérieur du Notariat, approuvé par arrêté ministériel de la Garde des Sceaux le 22 juillet 2014, J.O du 1^{er} août 2014.

Code de déontologie des chirurgiens-dentistes

Code de déontologie des architectes (version consolidée au 23 septembre 2012)

Code de déontologie des pharmaciens (codifié in Code de la santé publique, article L. 4235-1).

Serment d'Hippocrate

Serment de Galien (ou serment des apothicaires)

2) Etats-Unis

Sherman Antitrust Act, 26 stat. 209, 15 U.S.C. §§1-7. (1890)

Federal Truth in Lending Act (Title I of the Consumer Credit Protection Act, Pub. L. No. 90.-321, 82 Stat. 146, (1968), 15 U.S.C §§ 1601-1613, 1631-1644, 1661-1665, 1671-1677.

Uniform Consumer Credit Code (UCCC : adopté dans les états suivants ; Colorado, Indiana, Idaho, Iowa, Kansas, Maine, Oklahoma, Caroline du Sud, Utah, Wisconsin, et Wyoming). (1968, modifié en 1974)

FTC, Division of Consumer Credit, Staff letter, July 1, (1969).

Fair Credit Reporting Act (1970), codifié à 15 U.S.C §§1681, 1681a-t

Anti-kickback Statute, 42 U.S.C. §1320a-7b. (1972)

Equal Credit Opportunity Act (1974), codifié à 15 U.S.C §§1691

Fair Credit Billing Act (1974), codifié à 15 U.S.C 1666, 1666a-j

Stark Law, 42 U.S.C §1395nn (1992)

COX C., FOSTER S., « *The Costs and benefits of occupational regulation* », rapport du Bureau of Economics Staff à la Federal Trade Commission, 1990.

Model State Pharmacy Act and Model Rules of the National association of boards of pharmacy, August 2014.

TEXTES DE L'UNION EUROPEENNE

Traité instituant la Communauté Economique Européenne, 25 mars 1957 (dit 'Traité de Rome')

Traité instituant l'Union Européenne, 7 février 1992, (dit 'Traité de Maastricht')

Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, 26 février 2001, (dit 'Traité de Nice')

COM (2004) 83 final/2, 9 février 2004, Communication de la Commission ; *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*

COM (2005) 405 final, 5 mai 2005, Communication de la Commission ; *Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales COM (2004) 83, 9 février 2004*

Directive 77/249/CEE du Conseil *tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, du 22 mars 1977.*

Directive 89/48/CEE du Conseil *relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans du 21 décembre 1988*

Directive 98/5/CE Parlement européen et du Conseil *visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, du 16 février 1998*

Directive 2005/36/CE du Parlement Européen et du Conseil *relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles du 7 septembre 2005.*

SITES INTERNET

1) Sites français

<http://cnb.avocat.fr>

<http://www.huissier-justice.fr>

<http://www.cnpl.org>

<http://www.notaires.fr/fr/le-conseil-supérieur-du-notariat>

<http://www.conseil-national.medecin.fr>

<http://www.architectes.org/accueils/cnoa>

<http://www.ordre.pharmacien.fr>

<http://www.avocatparis.org/>

<http://www.ordremk.fr/decouvrir-l-ordre/presentation/>

<http://www.ordre-infirmiers.fr/>

http://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_etatsunis.html

<http://frenchdistrict.com/articles/systeme-sante-americain-securite-sociale-assurances-medicales/>

<http://santeinc.com/2014/01/lobamacare-et-les-medecins-du-quebec/>

<http://www.contrepoints.org/2012/11/21/105136-des-medecins-de-loklahoma-en-croisade-contre-lobamacare>

http://www.urssaf.fr/profil/independants/profession_liberale/vous_-_determiner_votre_statut/infos_pratiques_01.html

<http://www.artisanat.info>

<http://www.ciep.fr/>

<http://patrimoine.lesechos.fr/patrimoine/guides/professions-liberales/guide-professions-liberales/professions-liberales-definition-et-statut-juridique-585165.php#>

<http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/officiers-publics-et-ministeriels-les-chiffres-cles-22659.html>

<http://www.lsa-conso.fr/la-pharmacie-en-plein-bouleversement,116769>

2) Sites américains

<http://www.haynesboone.com/~media/files/attorney%20publications/2013/commentdeveniravocatauxetatsunis.ashx>

<http://www.occ.gov/topics/consumer-protection/truth-in-lending/index-truth-in-lending.html>

<http://www.ssa.gov>

<http://www.medicalnewstoday.com/info/medicare-medicaid/>

<http://www.ama-assn.org/ama>

<http://www.americanbar.org/aba.html>

<http://injury.findlaw.com/medical-malpractice.html>

<http://www.casebriefs.com/blog/law/health-law>

REFERENCES JURISPRUDENTIELLES

1) Jurisprudences française

Civ. 1ère, 29 octobre 1985 n° 83-17.09

Civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88, rapp. Josserand et concl. Matter.

CE, 9 avril 1993, *Bianchi*

CE, 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*

Civ. 1ère, 29 juin 1999, 97-14.254.

Civ. 1ère, 4 janvier 2005 n° 03-13.579

Cons. Const., déc., 27 février 2007, n°2007-350 DC.

Civ. 1ère, 14 mai 2009, n° 08-15.899

Civ. 1ère, 20 mars 2013 n° 12-12.300

Cass. Com., 16 sept. 2014, n°13-17147

Cons.Const., déc., 21 novembre 2014, n°2014-429 QPC

AC Avis n°15-A-02 du 9 janvier 2015 relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées

2) Jurisprudences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)

CEDH 25 février 1997, *Z c/Finlande*

3) Jurisprudences de la Cour de Justice de l'Union Européenne ou ancienne Cour de Justice des Communautés européennes (CJUE ; CJCE)

CJCE 21 juin 1974, *Reyners v. Belgium*, 1974 E.C.R. 631, 2/74

CJCE, 23 avril 1991, *Höfner and Elser v Macrotron GmbH*, 1991, aff. C-41/90

CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96

CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. C-180/98 à C-184/98, rec. p. I-6451

TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA c/ Commission*, aff. T-112/99

CJCE, 19 février 2002, *J.C. J. Wouters c/ Algemene Raad van de Nederlandse van Advocaten*, aff. C-309/99

CJUE 24 mai 2011, *Commission européenne c/ France*, aff. C-50/08

4) Jurisprudences américaine

Federal baseball Club of Baltimore v. Nat'l League of Prof. Baseball Clubs, 259 U.S. 200, 209. (1922)

F.T.C v. Raladam, 283 U.S. 643, 653, (1931)

AMA v. United States Medical Society of the District of Columbia, 130 F.2d 223 (D.C. Cir. 1942), aff'd, 317 U.S. 519., (1943)

Parker v. Brown, 317 U.S. 341, 352 (1943)

United States v. Oregon State Medical Society, 343 U.S. 326., (1952)

Lathrop v. Donohue, 367 U.S. 820, 843, (1961).

Mourning v. Family Publications Serv. Inc, (1973)

In re Griffiths, 413 U.S 717., (1973)

Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773., (1975)

National Soc'y Prof'l Eng'rs v. United States, 435 U.S. 679 (1978)

Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982)

California Dental Association (CDA) v. FTC (119 S. Ct. 1604), (1999).

ANNEXE I : Entretien du Docteur Sydney Sebban

Médecin-pédiatre français, coordinateur de réseau de santé,
Conseiller Départemental du Conseil de l'Ordre des Médecins de Paris.

Propos recueillis le 24 avril 2015.

Bonjour Dr Sydney Sebban, Merci d'avoir accepté cet entretien. Pourriez-vous vous présenter? Et pourriez-vous me dire pourquoi avez-vous choisi d'être médecin libéral ?

Bonjour Alexandra,

Je m'appelle Sydney Sebban, j'ai 53 ans, je suis pédiatre, à la fois libéral avec des fonctions hospitalières, coordinateur du réseau ARB et Conseiller Départemental du Conseil de l'Ordre des Médecins de la Ville de Paris.

Pourquoi double exercice ? Il s'agit à la fois du fruit du hasard car quand j'ai terminé ma spécialisation, j'avais le choix de l'exercer en ville en 1990 ou de rester à l'hôpital...j'ai opté pour l'hôpital compte tenu de mon cursus, je n'avais pas fait de clinicat, donc je n'accédait pas à des fonctions universitaires, mais je souhaitais toujours garder un exercice où je puisse échanger avec d'autres professionnels, la question qui se posait à moi, exercice libéral plupart du temps est un exercice solitaire, en tous cas en 1990, et donc ce qui me déplaisait dans le cadre de l'exercice solitaire c'était le fait de ne pas pouvoir échanger avec d'autres professionnels. Il s'est trouvé qu'aussi à cette époque-là on pouvait exercer à la médecine générale et la pédiatrie, et on m'a proposé de venir faire des gardes dans un service d'urgence à Sos Médecins, qui est un groupement de médecins généralistes, comme j'avais aussi beaucoup exercé les urgences dans le secteur de la pédiatrie, je me suis dit pourquoi pas, et là j'ai retrouvé au sein de SOS en fait un exercice libéral mais aussi, on va dire, dynamique de la médecine, un exercice qui se faisait en groupe et donc avec la possibilité d'échanger à la fois des expériences, des compétences avec les autres médecins du groupe, donc j'ai trouvé là un bon moyen de faire du libéral tout en restant en groupe.

J'ai donc gardé cet exercice bicéphale jusqu'en 2001, date à laquelle je me suis plus recentré sur l'exercice hospitalier et puis sur celle de la coordination et de l'évaluation des soins. Par la suite, j'ai toujours continué à exercer la pédiatrie en secteur libéral et exercé une petite activité hospitalière, ce qui me permet d'avoir une double vision et un poste d'observation plus large de la médecine. Cela m'a aussi permis de ne jamais me lasser. En passant d'un exercice à l'autre, cela a été pour moi un remède à la lassitude et au fait de s'ennuyer, un remède à la répétition.

Q2 Si vous étiez jeune médecin diplômé aujourd'hui, choisiriez-vous la même voie ?

Malheureusement, je pense qu'il y a un biais dans cette question : un biais de rétrospection (comme on dit en recherche scientifique) ; c'est-à-dire le fait que je sois moi-même libéral. J'exerce la médecine libérale depuis maintenant près de 25 ans. Quelque chose m'a donc attiré, et cet exercice m'a plu. Mais, pour vous répondre, si j'avais moi-même 28 ans aujourd'hui pour m'installer, les conditions, le périmètre et l'environnement de l'exercice médical n'a plus rien avoir avec celui des années 90. Donc peut être que je vous répondrai de cette façon, compte tenu de l'environnement, je ne le choisirai pas.

Cependant, compte tenu de la liberté d'exercice, cela correspond en termes de service. Car si l'on aime rendre service, on opte forcément plutôt pour un exercice libéral, tout en sachant que cela a des

contraintes, notamment de disponibilité. Mais si l'on aime être disponible et rendre service, l'exercice médical libéral, c'est du « sur-mesure ».

Je souhaiterai vous interroger sur la loi santé votée le 15 avril 2015 en première lecture à l'Assemblée Nationale. Elle est actuellement débattue au Sénat. Le « tiers payant généralisé », est la disposition la plus contestée par vos confrères et par l'ensemble des syndicats de médecins (MG France, CSMF..) car il remettrait justement en cause, selon eux, la pratique de l'exercice libéral. Qu'en pensez-vous ?

Oui, c'est évident. Au-delà des syndicats, d'autres institutions, plus anciennes comme l'Académie de Médecine ou l'Ordre national des médecins se sont prononcés justement sur la perte d'indépendance en fait des médecins.

Il faut l'expliquer cette perte d'indépendance : aujourd'hui le médecin est payé par son patient, et le patient est remboursé par l'assurance-maladie. Le médecin a par ailleurs contractualisé au préalable puisqu'il est conventionné, donc à s'engager de respecter un certain tarif vis-à-vis des assurés sociaux. Jusque-là, tout va bien.

Maintenant si ça n'est plus le patient qui honore le médecin, mais directement l'assurance maladie, le médecin devient subrogé à l'assurance maladie mais aussi aux assurances complémentaires avec lesquelles il n'a pas de contrats, pas de convention. Donc autant il est possible de penser à la limite qu'on pourrait différer le paiement et de demander à l'assurance maladie de régler directement le médecin puisque nous avons un contrat avec, mais par contre il n'y a pas de contrat avec les assurances complémentaires, donc cela force le médecin à aller quémander les 30% qui ne sont pas pris en charge et le reste à charge du patient vis-à-vis non pas un ou deux intervenants sur le secteur mais carrément 200 ou 300 intervenants. Donc autant c'est aussi mettre le médecin en difficulté sur le plan administratif, pour pouvoir constituer ou reconstituer ses émoluments vis-à-vis de 200, 300 interlocuteurs différents. Premièrement, il y a une tutelle qui est exercée directement par les assureurs et les mutuelles parce que ce sont elles qui seraient carrément l'employeur du médecin, et non plus le patient ; et deuxièmement la gestion administrative deviendrait extrêmement compliquée et s'ajouterait aux autres contraintes administratives qui pèsent déjà sur un médecin libéral.

La CMU est un type de tiers payant généralisé pour certains types de patients et il existe aussi d'autres types de tiers payants pour certains types de maladies. Pourriez-vous m'en parler ?

Les médecins libéraux se sont effectivement offusqués de la nouvelle loi de santé car des dispositifs de tiers payants généralisés dans certains cas particuliers existaient déjà, et répondaient à l'immense majorité des besoins de la population. Le système de tiers payant existait donc pour les patients à faible revenus qui pouvaient bénéficier donc de la CMU, des patients qui avaient une prise en charge à 100% pour des maladies chroniques et qui bénéficient aussi du tiers payant, et enfin, des patients qui n'avaient aucune couverture médicale et qui rentrent dans le cadre de l'Aide médicale d'Etat (AME) et qui viennent là aussi bénéficier d'avances des frais liés aux soins. Il existe donc une multitude de dispositifs de tiers payants avec lesquels les médecins libéraux sont en bonne entente, et aussi, la possibilité ; même si cela n'est pas formalisé, lorsque certaines familles sont en difficulté de différer la pose d'un chèque à la banque en attendant que les patients se fassent rembourser. Il existe donc à la fois dans des circonstances et pour des populations cibles, des dispositifs qui marchent et qui sont efficaces, et d'autre part un système D pour dépanner le patient. Et c'est tout à fait d'ailleurs dans l'état d'esprit du médecin libéral que de s'adapter à son patient et de lui rendre le juste soin mais aussi le juste service avec la possibilité effectivement de faire du tiers payant déguisé grâce à la remise des chèques différés.

Avez-vous d'autres griefs contre cette disposition ?

Le principal grief réside dans la perte d'indé du médecin qui va voir ses revenus dépendre à la fois de l'assurance maladie et des assureurs complémentaires, Le grief réside ainsi dans les contraintes et la responsabilité de l'exercice de la médecine vis-à-vis du patient ; alors que l'employeur n'est plus le patient mais l'assurance maladie. Donc il y a un hiatus, dans lequel nous sommes rentrés, qui va ne faire que pérenniser l'éloignement des jeunes médecins de la pratique libérale, puisqu'on préférera à la disponibilité et au service sur-mesure, opter pour des horaires de bureau tout en bénéficiant de l'assurance en responsabilité civile des établissements de santé.

Autre élément de la loi, que pensez-vous de la possibilité de constituer des « communautés professionnelles de santé » ?

Je pense que c'est une excellente idée. Je pense qu'il faut aller vers la promotion d'un exercice coordonné, et coopératif entre les professionnels de santé. Je m'explique. Je pense qu'une partie du progrès médical viendra non pas seulement des découvertes et avancées scientifique de nouveaux matériaux ou nouveaux médicaments, mais aussi dans la gestion des données des patients. Finalement la forme que peut revêtir cette information, et le fait de pouvoir se la transmettre ou se donner les moyens entre professionnels, rendra énormément de services aux patients. Je pense que le patient est peut-être la personne la moins utilisée dans le système de santé français. Si on part de ce principe, toutes les informations que l'on collecte, et qui sont recueillies ici ou là par un kinésithérapeute, une infirmière, un médecin généraliste, un spécialiste, un ergothérapeute, une psychomotricienne, un auxiliaire de vie, les aidants, la famille elle-même... et bien tout ceci, ne peut que profiter au patient. Donc faciliter un exercice coordonné, faciliter un exercice coopératif, me convient tout à fait, en tous cas je le promotionnerai, d'autant plus qu'en tant que coordinateur de réseau de santé, cela fait depuis plus de 15 ans que je pousse dans ce sens. L'idée de pouvoir de temps en temps, pour un certain nombre de pathologies chroniques forfaitiser même pourquoi pas la prise en charge ne me déplaît pas. Simplement je souhaiterai qu'on puisse aussi garder aussi une certaine liberté, une certaine adaptation notamment pour la prise en charge des pathologies aiguës, pour lequel la médecine libérale a ce degré d'adaptation, ce degré de souplesse qui permet une prise en charge efficiente des maladies aiguës. Maintenant pour les maladies chroniques, l'exercice coordonné, en coopération, la possibilité de se donner des informations et de se les transmettre au bon moment, me paraît fondamentale pour la prise en charge du patient surtout sur le moyen et le long terme.

Cela ne va-t-il pas à l'encontre de ce que vous déclariez précédemment sur la gestion administrative que cette coordination impliquerait pour l'exercice libéral d'un médecin de ville ?

Si on prend ça à l'aune des années 90... sans aucun doute ! Simplement nous sommes en 2015, les patients ont changé : ils ne sont plus simplement que des patients qui sont réparés, ce sont des patients qui sont augmentés ! Par rapport à cette augmentation, ils ont plus de connaissances, ont une espérance de vie largement allongée. Il faut donc s'adapter à cette nouvelle donne c'est-à-dire prendre en charge un patient qui, avec une maladie chronique, ne va plus vivre 3 ou 4 ans mais va vivre 10, 15 ou 20 ans. C'est un défi dans lequel il nécessite de mettre en place une réorganisation du système de soins. Le médecin à lui seul ne peut plus être tout seul, dans son cabinet, garantir la pérennité de la prise en charge de cas complexes. Il a besoin d'avoir des informations, et aura peut-être besoin de gestionnaires de cas dans les cas les plus complexes. C'est pour ça que je parle d'un exercice coopératif, qui permettrait d'ajouter d'ailleurs, une part d'exercice collégial et collectif à l'exercice unilatéral que représente celui du libéral.

Quelles sont vos conclusions sur l'ensemble de la loi santé ?

L'idée de forfaitiser ou de coopérer entre médecins ou autres professionnels de santé est une excellente idée, maintenant, la mise sous tutelle de la médecine libérale ne va faire en sorte que de la faire, à moyen terme, probablement, disparaître. Est-ce que c'est un choix délibéré qui est fait aujourd'hui par les institutions ? Faut-il privilégier une médecine étatisée ou une médecine d'établissement ou de dispensaire, plutôt qu'une médecine libérale ? C'est un choix de société. Simplement, à titre personnel, j'aurai préféré que ce choix puisse être discuté plutôt qu'on le subodore à travers une nouvelle loi de santé publique. D'ailleurs, il suffit de regarder la première ligne de la loi, remarquer que « la santé est une prérogative de l'Etat ». On peut alors refermer tout de suite la loi, et se dire finalement que la médecine libérale ne va être qu'une médecine « d'appoint », demain certainement, pour peut-être la patientèle la plus aisée.

On remarque aujourd'hui que les patients soutenaient l'action des médecins contre cette réforme, et qu'ils se montraient en même temps très favorables à la mise en place du tiers payant généralisé. Il y aurait donc une certaine évolution de la société notamment en termes de pouvoir d'achat, une moyennisation des revenus... Est-ce que vous auriez des contre-propositions ou du moins des pistes à avancer pour justement éviter ce démantèlement de l'exercice libéral de la médecine ?

Comme je le disais tout à l'heure dans votre question précédente, on a à faire face à la fois à une prise en charge des pathologies aiguës et de faire encore de la médecine de soin. La médecine évolue, les pathologies aiguës évoluent dans le temps... On a besoin d'adaptabilité, de souplesse, et pour ça la médecine libérale a tout son sens dans la prise en charge des patients. En ce qui concerne la prise en charge des maladies chroniques (et cas complexes) : là une articulation est nécessaire entre médecins libéraux mais aussi entre médecins libéraux et hôpital. Il y a ici un terrain très important pour forfaitiser un nombre de prise en charge. Donc l'idée n'est pas de se dire : « arque bouton nous sur le paiement à l'acte » : il y aura sûrement une médecine de soins primaire, sur laquelle, le paiement à l'acte est aussi un vecteur de confiance vis-à-vis du médecin et un engagement du médecin vis-à-vis de son patient pour justement rester dans une des problématiques fortes de la médecine qui est celui du « colloque singulier ». Mais dans certains bien particuliers, il est nécessaire de forfaitiser lorsque cela concerne des pathologies chroniques (suivi de patients hypertendus, suivi de patients insuffisants cardiaques, suivi de patients bronchopathes chroniques, suivi de patients asthmatiques). Il y a suffisamment là de 'cas d'espèces' qui nécessitent une prise en charge régulière et coopérante entre professionnels où on pourrait forfaitiser et donc rentrer dans un système de tiers payant. Mais encore faut-il que cela soit négocié et qu'il y ait un véritable projet médical de prise en charge et non pas une simple mise sous tutelle.

Un décret a été publié le 22 mai 2013 créant une obligation de publication des liens entre entreprises de produits de santé donc les industries pharmaceutiques et les professionnels de santé. Cette réforme était prévue pour contrer l'influence de l'industrie pharmaceutique sur les professionnels de santé (pas seulement sur l'exercice libéral). Quid des conflits d'intérêt vis-à-vis des médecins libéraux ? Quid vis-à-vis des agences gouvernementales notamment l'ANSM avec l'industrie pharmaceutique ? Que pensez-vous de cette réforme et impacte-t-elle l'exercice libéral ? Y'a-t-il aujourd'hui une influence pesante sur le médecin de ville par l'industrie pharmaceutique ?

Sur la notion d'indépendance, car c'est aussi une prérogative très importante de l'exercice du médecin : le médecin doit être indépendant, y compris vis-à-vis des laboratoires. C'est d'ailleurs assez curieux qu'on ait posé en 2013 la question de l'indépendance vis-à-vis des laboratoires et qu'en 2014

on nous serve finalement la dépendance vis-à-vis de l'assurance maladie, et des mutuelles et des assurances privées... Donc c'est assez curieux mais je tenais quand même à te faire la réflexion ! (rires).

Concernant ce décret, il s'agit en fait de l'aboutissement de plusieurs réglementations. Il est évident que les patients doivent savoir si leur médecin n'est pas soumis éventuellement à des pressions ou à des intérêts divers et variés. Je rappelle que lorsque l'on prête serment en tant que médecin, on stipule que l'on doit avoir toujours comme objectif d'abord le bien-être et la santé de son patient, mais aussi, de faire cet exercice dans des conditions d'indépendance la plus totale. Je pense que c'est toujours bon donc d'avoir ce besoin de transparence. Mais il ne faut pas que ce besoin de transparence finisse par être un besoin de transparence c'est-à-dire : que tout soit porté à l'aune de la suspicion. L'industrie pharmaceutique continue et a contribué largement à l'amélioration de l'état de santé des patients, et sans elle il n'y aurait pas eu des découvertes qui auraient été menées si tout reposait sur la recherche d'Etat. Cependant, il faut regarder les positionnements : qui fait quoi, comment est le médecin par rapport à l'industrie, est ce qu'il pourrait y avoir des prescriptions qui pourraient être achetées, c'est une bonne chose. Maintenant, il est nécessaire que l'industrie puisse se servir du retour d'information que constituent les prescriptions qui sont faites en libéral pour pouvoir évaluer, calibrer, changer, mesurer, modifier les indications de tel ou tel médicament. Donc tout ceci doit se faire de façon déclarée. Je pense que c'est bien que cela soit encadré. Il ne faut pas que ça aille trop loin non plus, dans la mesure ou après, par peur, ou par crainte, on ne puisse plus avoir ce retour d'expérience, vis-à-vis de prescriptions de médicaments, vis-à-vis de l'industrie.

Complément d'information apporté spontanément par le Dr. Sebban

Complément sur le besoin de transparence vis-à-vis des médecins sans aussi aller prêcher dans l'autre sens. Mais l'important aussi c'est que les médecins puissent avoir une information. Est ce qu'elle est indépendante lorsqu'elle est portée par le promoteur de celui qui a fait les recherches (en l'occurrence le laboratoire ou ceux qui sont responsables des dispositifs médicaux) ? A un certain moment, il faut bien faire confiance. L'information est nécessaire, les connaissances en matière biomédicales doublent à peu près tous les 5 ans. Il faut donc qu'on puisse avoir une information et une formation des médecins qui soit faite par les gens qui sont au plus près de la recherche médicale et de la recherche biomédicale. Il est vrai que l'industrie est bien placée sur ce créneau-là. Je pense que l'information, même si elle peut être influencée par la nécessité de vendre des produits, a aussi le mérite d'être centrée sur l'exercice médical, sur la pratique professionnelle. Donc je trouverai dommage que les médecins, en contrepartie, si cette information ne vient plus de l'industrie, aillent se former auprès de Google. Il n'y a pas là non plus, je dirai, de prérogatives contre les moteurs de recherche. Qui labélise ? Qui est capable de faire le distinguo entre information de bonne qualité et une information qui n'est pas de bonne qualité ? Donc là aussi se pose un vrai problème : celui de sourcer l'information. Je pense que l'industrie aura à cœur de se poser comme un intervenant qui donne une information au moins valide, en tous cas sur la conduite des recherches. Au médecin d'exercer ses capacités critiques, mais vis-à-vis d'autres sources d'information comme internet, quelle est la validité des sources que l'on peut trouver sur internet ? Elle est gratuite mais est-ce que ce qui est gratuit finalement ne vaut rien ?

Sous-entendez-vous qu'aujourd'hui la recherche médicale étatisée est totalement insuffisante pour former les médecins ? est-elle gage d'indépendance ? Si la recherche privée pose finalement des problèmes d'indépendance et de conflits d'intérêt, peut-on se poser la question dans ce cas de remettre les moyens ? Au contraire est ce que celle-ci est suffisante ? Est-elle un gage de qualité ?

De toute façon, les 2 sont nécessaires ! Une recherche qui soit d'obédience d'Etat (rattachée au CNRS et à l'INSERM) mais aussi la recherche privée. Il vaut mieux miser sur deux chevaux pour être sûr d'en avoir un à l'arrivée. Donc les deux se nourrissent et peuvent nourrir les avancées médicales. Comme je disais, la facilité de circulation de l'information entre professionnels est une autre source sûrement de progrès.

Pouvez-vous me dire quelles sont vos contraintes réglementaires pesant aujourd'hui sur le montant de vos honoraires, donc vis-à-vis de la Sécurité sociale, vis-à-vis de la réglementation européenne, nationale ?

Effectivement l'exercice libéral est aujourd'hui sous contrainte puisque l'obligation de télétransmettre les feuilles de soin fait peser aussi sur le médecin une responsabilité administrative, dans la gestion électronique des feuilles.

Il y a également un nombre croissant de plaintes, compte tenu du fait que les patients vivent aussi plus vieux et que la population attend, non pas simplement des moyens mis à disposition pour les soigner mais aussi des résultats (obligation de moyens/ de résultat du médecin ndlr). Cela entraîne le fait que les assurances en responsabilité civile professionnelle pour certaines professions « à risque » aient beaucoup augmenté. Les gynécologues, les anesthésistes, la pédiatrie en ce qui me concerne pour l'exercice de la néonatalogie ou pour l'assistance d'un accouchement par un pédiatre, sont des situations à risque, et là, évidemment les primes d'assurances ont explosé, et pour certaines multiplié par 10. Or le médecin aujourd'hui ne peut pas adapter ses honoraires à la situation économique à laquelle il est confronté. On souhaiterait aussi que le médecin puisse organiser tout le parcours de soin (comme je le disais tout à l'heure), mais cela fait bel lurette que les médecins libéraux n'ont plus de secrétariat, et donc qu'ils doivent tout faire par eux-même.

Les contraintes sont aussi celles de l'exercice encadré avec des prescriptions visées par des guidelines ou des recommandations. Donc c'est aussi une perte du pouvoir d'adaptabilité du médecin qui certes, va adapter sa prescription et sa prise en charge à la fois aux données de la science, à la pathologie du patient, mais aussi aux préférences du patient. Et l'on oublie souvent cette donnée-là qui est importante : on ne soigne pas des examens complémentaires, on ne soigne pas des radios, on ne soigne pas des résultats d'analyse, mais on soigne des patients ! Donc les préférences du patient, son adhésion de la prise en charge est quelque chose de fondamental.

Si ces guidelines ou ces recommandations sont trop serrées, et bien on perdra cette notion d'adaptabilité et cette adhésion du patient à ce que lui propose son médecin.

Les principaux syndicats de médecins libéraux considèrent que la médecine en France s'est depuis plusieurs années judiciaire. On parlerait alors d'une médecine à « l'américaine » avec des recours contre les médecins de plus en plus fréquents. La responsabilité médicale serait accrue par diverses dispositions : peur de prescrire certains médicaments, RMO à la charge du médecin...etc. Pouvez-vous me donner votre sentiment vis-à-vis de cette responsabilité médicale ?

C'est là aussi le fait que les patients se soient emparés du pouvoir, grâce à une connaissance, ou une information qui s'est généralisé grâce aux NTIC, et qui fait que les patients sont en attente de résultat. On peut imaginer aussi que vis-à-vis du personnel médical/ du corps médical la qualité est un prérequis ! Je connais peu de médecins, d'infirmières qui se lèvent le matin en se disant aujourd'hui « Tiens je vais casser du malade ! » Donc au-delà de cette réflexion, l'exigence de la qualité, qui était

un prérequis attendu des professionnels, s'est transformé depuis 25 ou 30 ans en exigence de la preuve de la qualité. Donc bien entendu, l'exigence de la preuve de la qualité, nécessite d'avoir de la traçabilité des informations qui sont recueillies, d'avoir recueilli le consentement du patient à tous les stades de la prise en charge. Bien entendu cela ralentit ou complexifie l'adhésion ou la rapidité parfois de la prise en charge, et c'est donc un puissant facteur à mon sens, de défaut de communication et donc de plainte des patients, puisqu'on va tenter de tout judiciariser, de tout prévoir même l'imprévisible. Donc là aussi c'est un défi que doivent relever les médecins aujourd'hui que de s'adapter à ces nouvelles contraintes, et à ces nouvelles obligations qui pèsent en matière d'exigence de qualité, mais aussi en matière d'être toujours à la pointe, et à se délaissier finalement d'un exercice généraliste pour un exercice de plus en plus spécialisé voire hyper spécialisé... et donc un exercice qui est finalement de moins en moins humain, et de plus en plus éloigné du patient.

Vous avez parlé d'efficience, de traçabilité des soins. Comment vous, concrètement en tant que praticien faites-vous cette traçabilité de la preuve ?

Concrètement cette traçabilité s'effectue dans le dossier du patient. Il faut noter tous les éléments pertinents qui sont venus à la connaissance du médecin pour établir à la fois son diagnostic puis pour donner aussi les clés de la surveillance, compte tenu du fait que la médecine son évolution est souvent imprévisible, et que la décision du médecin se fait souvent en situation d'incertitude. Une fois qu'on a ces données là, le fait de pouvoir noter et informer son patient fait partie des prérequis indispensables. Donc tout doit être noté ou tous les éléments pertinents doivent figurer dans le dossier, et le patient doit être informé de ce qu'il peut faire ou de ce qu'il doit faire si l'évolution n'est pas conforme à ce que le médecin attendait au départ. C'est aussi la possibilité laissée au patient de pouvoir rappeler son médecin, d'avoir une disponibilité vis-à-vis de conseils, ou si le médecin n'est pas là, la disponibilité du médecin n'étant pas sans fin, la possibilité de pouvoir requérir à d'autres avis médicaux.

Comment situeriez-vous une éventuelle forfaitisation des soins pour pathologies chroniques à l'aune de la responsabilité médicale ?

Cela revient à poser la question effectivement de la production des soins : Où est-elle produite ? Est-elle produite par le médecin ? Dans le cas d'une forfaitisation, est que le soin est produit par d'autres professionnels de santé ? Et quid si le patient refuse aussi de participer à un programme qui lui ai proposé ? Si on commence à morceler la production de soins, comme on peut l'appeler de nos vœux de se coordonner, notamment dans les pathologies chroniques, il va falloir des avis. Où se situe la responsabilité ? Qui initie qui surveille ? Qui fait quoi dans une prise en charge coordonnée et forfaitisée ? C'est la nécessité peut être à ce moment-là de mettre un avocat derrière chaque programme de santé ou derrière chaque protocole pour savoir à un moment qui a la responsabilité de telle ou telle typologie de prise en charge ou d'injonctions de soins.

Je crois qu'il faut aussi responsabiliser le patient. Il a aussi sa propre responsabilité, c'est-à-dire que le patient ne peut pas simplement remettre les clefs de sa santé à son médecin, et donc puisqu'il est aujourd'hui « mieux-connaissant » ou « mieux-informé » de la pathologie, et bien les données qui lui appartiennent aussi doivent à certains moments faire l'objet d'une certaine responsabilité. L'exercice libéral justement permettait cette double responsabilité : la responsabilité de l'engagement du médecin mais aussi la responsabilité du patient vis-à-vis du paiement à l'acte. Quand on évolue vers un paiement forfaitisé, il faut bien délimiter le champ des responsabilités de chacun.

Vous évoquez la possibilité de mettre derrière chaque parcours de soin ou médecin un avocat ou un expert. Dans ce cas quid de l'indépendance de l'exercice libéral puisque finalement à la place d'une tutelle de l'assurance maladie on aurait une tutelle juridique. Payée par qui ? Dans quelles limites ?

Oui tout à fait, moi je parle « d'ubérisation de la médecine », c'est-à-dire qu'une fois qu'on aura démembré l'exercice médical, forcément le principe libéral et l'engagement personnel du médecin libéral aura vécu. L'évolution à la fois des connaissances biomédicales, les connaissances des patients, le fait qu'on vive plus vieux avec plein de maladies chroniques, entraîne inévitablement la diminution de la part de l'exercice libéral, les charges et les contraintes augmentant sans cesse. D'ailleurs, les jeunes médecins aujourd'hui qui s'installent en libéral. Les contraintes liées à la cherté, à l'accessibilité des cabinets libéraux... le fait que l'exercice solitaire ne soit plus « up-to-date » et ne soit plus adapté à toutes ces nouvelles contraintes, font que probablement dans 10, 20 ans, l'exercice libéral n'aura pas disparu, car on aura toujours besoin d'un service personnalisé et humanisé, mais il ne s'adressera plus à mon sens qu'à une clientèle aisée. Ce qu'on voulait faire en permettant un accès aux soins « généralisé » ne va faire qu'accélérer finalement une fracture qui se fera auprès d'une population qui ne pourra qu'accéder de façon initiée à des médecins qui resteront encore libéraux mais qui seront déconventionnés.

Pouvez-vous me parler du partage d'informations que vous aviez évoqué et de la coordination d'informations avec les autres professionnels de santé ? Quel avenir pour l'exercice libéral ?

Les informations étant le « fer de lance » de la prise de décision, il faut qu'elles soient qualifiées, et qu'elles soient partagées entre les différents professionnels qui vont être amenés à prendre en charge le patient, notamment dans les pathologies complexes ou chroniques. C'est donc un point névralgique et crucial dans le progrès que peut attendre le patient de sa prise en charge. Donc il faut trouver avec les NTIC, des outils simples, adaptés, qui puissent faire en sorte qu'on puisse avoir la juste information au bon moment. Il est vrai que l'expérience du dossier médical personnel a été malheureuse. Mais il y a aussi des choses à trouver dans les réseaux de santé ou dans les NTIC, des choses qui pourraient s'adapter facilement aux besoins des professionnels. Moi je crois beaucoup aux outils fabriqués par les professionnels pour les professionnels et non « balancés » par des administrations ou des institutions. Maintenant, la problématique c'est les moyens pour la généralisation de ce genre d'outils, et cela, ce ne peut passer que par des grandes firmes ou des institutions d'Etat. Alors que choisiriez-vous ? La ZIP pour le dossier médical personnel qui n'a jamais émergé ou demain les Health books d'Apple ou les systèmes de partage d'informations de Google. Que préférez-vous, que choisiriez-vous demain ?

En tant qu'utilisatrice privée j'aurai beaucoup de mal à accepter de laisser toutes ces informations personnelles de santé à « Google »...

Et oui ! Car les données médicales sont des données à caractère personnel. D'ailleurs les données de bien-être aussi ! Donc elles regardent le patient. Les confier à des organismes éloignés, est ce que ce n'est pas finalement ce qui sera promis à tout le monde et peut-être qu'une infime minorité préféreront toujours le colloque singulier avec leur médecin libéral, mais qui sera lui, en dehors des circuits de remboursement et d'étatisation ?

A chaque fois malheureusement qu'on a voulu tout encadrer en pensant bien faire, on a fait qu'augmenter le prix des prestations et donc en augmentant le prix des prestations forcément on initie une médecine à 2 ou à 3 vitesses.

Que pensez-vous aujourd'hui de l'obligation pour un patient d'avoir un médecin traitant ? Et donc en dehors de ce parcours de soins de ne pas avoir le meilleur remboursement des soins ?

C'est une bonne chose d'avoir un « gatekeeper » dans l'entrée du patient dans le système de soins. Et le fait d'avoir un « guichetier unique » et responsable de l'ensemble des données du patient était à priori une bonne idée. Simplement il y a de la gestion administrative dans tout cela et c'est vrai que le médecin libéral n'est peut-être pas ou n'est plus équipé à l'aune de toutes les contraintes qui reposent sur lui pour être ce gatekeeper. Donc j'ai l'impression que c'est un vœux pieux, que l'on dit « le médecin traitant c'est le pivot, c'est le point d'entrée dans la médecine »... Oui certes, mais de toute façon il lui faudra peut-être du secrétariat dédié pour la gestion administrative, pour l'envoi des feuilles de soins, pour l'envoi des impayés qui viendront des assurances et des 200 ou 300 mutuelles qui exercent en France, peut être aussi pour mieux gérer le parcours de soins. Donc peut-être que demain ça sera non plus un médecin libéral mais un regroupement de médecin avec un administrateur qui seront capables à la fois de gérer toutes ces données et de gérer le parcours.

Comment-voyez-vous l'exercice libéral dans 15 ans ?

L'exercice libéral à la vue de tous les éléments que l'on vient de survoler, va évoluer. La médecine libérale « à Papa » a vécu. Il faut un exercice qui soit coopératif, qui permette de s'adapter à toutes les contraintes, un exercice qui soit capable de s'adapter aux nouvelles exigences du patient, aux nouvelles connaissances, un exercice qui soit capable aussi de s'adapter au modèle économique et donc à la production des soins, à la réglementation, à l'accessibilité, aux cabinets, aux contraintes juridiques, aux guidelines... J'en passe et des meilleures. Donc le médecin seul dans son cabinet, ça n'est plus d'actualité, c'est clair, et donc si on veut attirer encore dans un exercice indépendant des jeunes médecins, et bien il faudra mettre en place des outils et des systèmes de coopération qui existent en dehors du 'tout-hospitalier'. Pour cela qu'avons-nous ? Nous avons des outils informatiques, mais aussi peut-être demain de la télémédecine qui sera aussi via des plateformes à proposer un exercice distant de la médecine, mais qui pourra être proposé peut-être à des populations plus larges (cf. déserts médicaux nldr) qui sont dans des zones connectées d'avoir aussi accès à des services médicaux. Et puis, pour une petite frange de la population seulement, peut être un exercice indépendant, vraiment libéral qui demeurera parce qu'il y aura toujours des gens qui voudront un exercice de proximité, recourir à un médecin fidèle au service du patient.

Mais la télémédecine que vous évoquez ne risque-t-elle pas de souffrir d'un désintéressement du médecin pour ses patients ? Puisqu'il n'y a plus qu'un contact virtuel.

Oui mais l'histoire même de la médecine nous prouve que la médecine s'éloigne du patient. Le premier exemple est l'invention du stéthoscope au 19^e : on a médiatisé, c'est-à-dire qu'on s'est éloignés grâce au stéthoscope du patient. Donc les NTIC permettent à la fois cet éloignement, cet accès universel à la médecine qui n'existait pas avant pour des populations très éloignées ou pour lesquelles effectivement la santé pourrait constituer une occasion de développement économique. La santé c'est aussi un moteur du développement comme le disait Kofi Hanane. Donc on peut penser que la télémédecine va proposer un service plus universel même s'il est éloigné, mais un accès universel en tous cas à la médecine. Il y aura donc un exercice médical qui sera « démembré », « ubérisé » comme je le disais tout à l'heure. La production des soins cela pourra peut-être être le fait que d'autres professionnels recueillent d'autres informations, les transmettent au médecin, puis que le patient ait enfin accès au médecin, médecin qui va alors interpréter en fonction du contexte, même s'il est distant, en tous cas prendre une décision valable. La télémédecine ça n'est pas normalement une médecine « au rabais ».

Il faut veiller à ce que là aussi, que le projet médical soit toujours au cœur du service médical pour s'adapter à des situations particulières, à des populations cibles particulières, mais que ça ne se généralise pas pour soit disant proposer éventuellement une médecine au rabais.

Donc finalement la création peut-être de nouvelles professions de santé autour du médecin ?

Très probablement. Aujourd'hui il est clair, qu'il y a par exemple un fossé trop important entre une infirmière qui est formée au bout de 3 ans, et un médecin qui est formé au bout de 11 ans. Donc il y a nécessité d'avoir peut être des ingénieurs biomédicaux, qui vont s'occuper de la gestion des parcours complexes, de la gestion du grand nombre de données qui seront à la disposition des médecins. On voit clairement que y a nécessité d'employer et de trouver des nouveaux professionnels. Je pense de toute façon qu'avec les NTIC, pratiquement 30 ou 40 % des métiers actuels n'existeront plus. Donc je vous donne des nouvelles pistes : des médiateurs santé, des ingénieurs biomédicaux qui s'occuperont des datas, de gérer la production des soins pour des systèmes complexes pour des situations complexes car les médecins ne pourront pas tout faire.

Et donc payés par la Sécurité Sociale ?

Là il va falloir effectivement trouver un modèle économique. Donc peut être que le petit risque ne sera plus pris en charge et que finalement la nouvelle loi de santé publique est une façon aussi de dire « la tutelle de la médecine libérale par les assureurs et l'assurance maladie » et donc une pression sur les médecins en disant « le petit risque demain on ne vous le prendra plus ou alors il sera déremboursé, et donc on laissera peut être de cette façon au médecin libéral une « petite poire pour la soif ».

Merci beaucoup Docteur. Peut-on conclure cette interview par cette phrase : médecin libéral indépendant mais pas solitaire ?

Oui indépendant, surtout pas solitaire, mais indépendant pour conserver le colloque singulier, et puis indépendant parce qu'engagé vis-à-vis de son patient.

Merci beaucoup

ANNEXE II : Entretien du Professeur Dominique DAMAIS-THABUT,

Professeur des Universités – Praticien hospitalier, Docteur en médecine,
Responsable de l'unité de soins intensifs d'hépatogastroentérologie à l'Hôpital
de la Pitié-Salpêtrière (Paris).

Questionnaire soumis le 20 mai 2015

A titre liminaire, l'auteur souhaite indiquer qu'elle a envoyé à une quinzaine de médecins américains ce questionnaire (en anglais) et qu'elle n'a reçu aucune réponse. Celui-ci a donc été envoyé au Professeur Thabut, PU-PH, MD, PhD, actuellement responsable de l'UF de soins intensifs d'hépatogastroentérologie, à l'Hôpital de la Pitié-Salpêtrière à Paris.

Elle a effectué un séjour en mobilité post-doctorale aux Etats-Unis de septembre 2009 à septembre 2010 mais n'a effectué que des travaux de recherche au laboratoire (Fiterman's digestive disease center, Mayo Clinic, Rochester, Minnesota, USA). Cependant, son expérience lui a permis de répondre partiellement au questionnaire.

Les études sur le système de santé américain³¹⁹ font état d'une organisation plus intégrée de la prise en charge du patient, par une importante coordination des professionnels de santé, et par l'intermédiaire des « réseaux de santé ». Comment décririez-vous la médecine libérale et ambulatoire aux Etats-Unis ? Quels sont ces principaux atouts ? Ces principaux défauts ?

La médecine en général aux Etats-Unis est très largement ambulatoire, car l'hospitalisation coûte très cher. Les patients séjournent très souvent à l'hôtel, et sont accueillis en hôpital de jour à l'hôpital, en tout cas dans de grands hôpitaux comme la Mayo Clinic (hôpital non public, car très peu d'hôpitaux sont totalement publics). Les assurances remboursent plus souvent un forfait hôtelier qu'une admission à l'hôpital la nuit. Concernant la médecine libérale, les patients paient ou ont des accords avec leurs compagnies d'assurance et vont souvent dans des centres privés de santé.

A quels types de charges, obligations, le médecin libéral américain est-il confronté ? S'agissant des charges matérielles (installation de cabinet, assurance..) celles-ci sont-elles prises en charge par le médecin directement ?

Je ne suis pas assez compétente pour répondre à cette question.

La responsabilité du médecin libéral est-elle personnelle ?

Je crois que oui. La question de la responsabilité du médecin est clairement fréquemment abordée, et la peur du procès guide les pratiques médicales. Les médecins paient très cher leurs assurances.

³¹⁹ Rapport IGAS « Le système de santé et d'assurance maladie américain, action avec les médecins concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », Avril 2002.

La médecine libérale américaine accorde une grande importance au contrat. Le comportement d'un médecin américain, la logique des relations qu'il entretient avec le système de santé sont fondés sur un engagement contractuel très fort avec le patient. QU'en pensez-vous ? Pensez-vous que cela remet en cause de fait le caractère libéral du professionnel ou que cela contribue à faciliter son exercice ?

Le fait d'établir un contrat clarifie les relations avec le patient. L'opacité exercée par certains praticiens me paraît plutôt délétère. Après, ce contrat doit comporter pour moi des aspects éthiques, un engagement en fonction de la volonté du patient, et pas seulement des aspects financiers.

On considère généralement que le médecin américain a une plus grande liberté de prescriptions que le médecin français de plus en plus contraint par la sécurité sociale. Que pensez-vous de cette affirmation ?

Je ne suis pas d'accord. Lors de mon séjour aux Etats-Unis, j'ai été amenée à assister à des consultations et à voir la prise en charge des patients dans mon domaine. Les médecins étaient beaucoup moins libres non seulement dans leurs prescriptions, mais aussi dans leur liberté de penser, que dans notre pays. La peur du procès les oblige souvent à ne faire que des choix thérapeutiques validés par des consensus d'experts, ce qui est une bonne chose généralement. Cependant, parfois, pousser un peu à un traitement ou au contraire ne pas le proposer en raison de facteurs humains apporte à la prise en charge. De plus, les compagnies d'assurance aux US contraignent les médecins à ne prescrire que des schémas qu'elles valident et remboursent. En France, il s'agit d'une incitation, même si elle devient plus forte qu'avant. L'exemple des nouveaux traitements antiviraux directs contre le VHC permet parfaitement d'illustrer mes propos.

Le Parlement français s'apprête à adopter définitivement le 'tiers payant généralisé' en France. Aux Etats-Unis, une forme de tiers payant généralisé existe déjà puisque le patient s'inscrit dans une logique assurantielle privée auprès de son médecin. Que pensez-vous du système d'assurances santé aux Etats-Unis ? De son organisation en réseaux où le patient choisi son médecin au sein du réseau auquel il appartient ?

Entrave-t-elle le travail, l'indépendance du médecin ? (cf les MCO : Managed Care Organizations constituant à la fois un système d'organisation des soins, de financement et de gestion et un mode spécifique de partenariats entre financeurs, fournisseurs de soins, et les assurés eux-mêmes. On estime que 2/3 à ¾ des médecins américains ont passé un contrat avec une MCO dont plus de 90% des généralistes. Les MCO prennent en charge plus de 70% de la population où les patients sont incités à recourir à des fournisseurs agréés, eux-mêmes gérés selon des modes de rémunération et de contractualisation spécifique)

Cette organisation est plus contraignante qu'en France, mais probablement plus viable économiquement. Le système de soins aux US permet d'avoir accès à des médecins de très bonne qualité, car bien rémunérés (cela participe forcément à la sélection de meilleurs éléments). En France, la faible part du PIB accordée à la santé fait que le métier de médecin n'est maintenant plus choisi par une élite, ou moins. Certes, les patients ont plus facilement accès librement à un praticien de leur choix, mais seront probablement à terme soignés par des médecins de moins bonne qualité. Ce constat n'est pas très encourageant mais partagé par beaucoup d'entre nous.

Par contre, en effet, le fait d'avoir des obligations vis-à-vis des compagnies d'assurance contraint le médecin américain dans ses choix thérapeutiques, et lui permet moins d'exprimer son originalité et de faire de la médecine à la carte (cf réponse précédente).

La réforme Obama Care (Affordable Health Care for America Act) a été très critiquée par les américains, qu'en pensez-vous du point de vue de médecin libéral ?

Je ne suis pas médecin libéral, mais en tant que française j'ai conduit ou participé à de nombreux débats sur cette réforme. Clairement, la population américaine, quelle que soient les couches de la société, n'était pas prête à un tel changement, tant l'assistanat est vécu comme un état dégradant. Les personnes que j'ai rencontrées qui étaient les plus virulentes contre cette réforme étaient des salariés aux faibles revenus.

En tant que française je ne peux qu'être favorable à une réforme qui permet de respecter le serment d'Hippocrate que nous avons prêté. La médecine, même libérale, ne doit pas être uniquement un métier technique et rentable.

Pensez-vous que le médecin américain soit encore un médecin indépendant (au regard des propos tenus ci-dessus) ?

Je pense que le médecin américain est beaucoup moins indépendant que le médecin français, pour toutes les raisons énoncées ci-dessus : notamment la rigidité des conditions de remboursement des compagnies d'assurance, et la peur du procès. Après, je ne sais pas si le médecin américain a déjà eu une vraie liberté de penser et une vraie indépendance d'esprit, comme c'est le cas des médecins Européens. J'ai également constaté cela en matière de recherche médicale. Peut-être est-ce plus simplement une question culturelle ...