

Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
Membre de l'Institut

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 299

Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris II Panthéon-Assas,
Membre de l'Institut

LE PRINCIPE D'INDISPONIBILITÉ DU CORPS HUMAIN

LIMITE DE L'USAGE ÉCONOMIQUE DU CORPS

Marie-Xavière Catto

Préface de
Véronique Champeil-Desplats

*Prix de thèse Jean Rivero 2015 délivré par l'Association française
de droit administratif et l'Association française de droit constitutionnel*

*Prix de thèse Jean Carbonnier 2015 délivré
par la Mission de recherche Droit et Justice*

LGDJ une marque de
Lextenso

autonomes. Le décret de 2000 précisant le régime de la prise en charge pour l'ensemble des éléments, incluant pour la première fois les gamètes pour lesquelles rien n'avait été prévu, exclut le sang de son champ d'application⁴⁵⁵.

406. Pour le sang. Le décret du 20 juillet 1994 fixant les règles du bénévolat du don du sang⁴⁵⁶ en établit le régime et charge l'AFSSAPS de veiller à son respect (art. D. 666-3-5 CSP). Le premier article interdit toute rémunération « directe ou indirecte » et « sont notamment prohibés à ce titre, outre tout paiement en espèces, toute remise de bons d'achat, coupons de réduction et autres documents permettant d'obtenir un avantage consenti par un tiers, ainsi que tout don d'objet de valeur, toute prestation ou tout octroi d'avantages » (art. D. 666-3-1).

Les dénonciations relatives à la demi-journée ou au jour de repos (selon les structures), principal avantage pour les donneurs, ont été suffisamment importantes pour que le décret d'application de la loi de 1993 précise :

« La rémunération versée par l'employeur au donneur [...] peut être maintenue pendant la durée consacrée au don sans constituer un paiement au sens de l'article L. 1211-4 pour autant que la durée de l'absence n'excède pas le temps nécessaire au déplacement entre lieu de travail et lieu de prélèvement et, le cas échéant, au retour, ainsi qu'à l'entretien et aux examens médicaux, aux opérations de prélèvement et à la période de repos et de collation jugée médicalement nécessaire » (article D. 1221-2 (ex D. 666-3-2) du CSP)

Le site de l'EFS confirme la possibilité de demander à son employeur une autorisation d'absence afin de donner son sang durant la durée de travail et qu'un justificatif peut dans ce cas être délivré au donneur⁴⁵⁷. Ce régime est beaucoup plus rigoureux que celui qui précédait. Les entreprises qui organisaient des collectes en leur sein, telles les PTT ou France Telecom, « ont enregistré une baisse moyenne de 49 % des dons sur le premier semestre 1995 »⁴⁵⁸.

La collation ou le remboursement des frais de transport (art. D. 666-3-3 et D. 666-3-4) ne sont pas des gratifications. La collation n'est pas une gratification, comme les 10 minutes obligatoires de repos après le don, mais, comme en attestent toutes les bonnes pratiques, un temps au cours duquel le donneur reste sous surveillance médicale. Le remboursement des frais de transport exclut les remboursements forfaitaires. Enfin, le contrôle de l'intention des donneurs va encore plus loin puisqu'un arrêté de 2003 précise que les collectes sont prosrites dans des lieux « où le don du sang est susceptible d'attirer une population davantage motivée par la perspective d'un dépistage, d'un examen médical ou d'une collation que par le don »⁴⁵⁹.

407. Pour les autres éléments prélevés, une prise en charge aléatoire (1994-2004) puis obligatoire (depuis 2004). L'article L. 665-13 du Code de la santé publique prévoit que « seul *peut* intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État ». La prise en charge des frais est donc possible, mais non obligatoire, ce qui peut impliquer un coût pour la

455. Disposition aujourd'hui codifiée à l'art. R. 1211-1 du CSP.

456. Décret n° 94-611 du 20 juill. 1994 fixant les règles du bénévolat du don du sang.

457. <http://www.donusang.net/rewrite/article/60/puis-je-donner/faq/faq.htm?idRubrique=38>

458. AFS, Rapport 1996 précité, p. 19. Cela peut s'expliquer par un désaccord politique avec le changement de la norme.

459. Arrêté du 10 sept. 2003, JO du 30/09/2003, p. 16671.

personne. Les donneurs sont ainsi inégalement traités, ce qui n'a pas manqué d'être dénoncé⁴⁶⁰. Les frais à la charge de l'hôpital vis-à-vis du donneur ne concernent que des prélèvements (et non des recueils), et le régime de prise en charge des frais des prélèvements de cellules est celui qui est applicable aux organes⁴⁶¹. Le décret en Conseil d'État prévu pour l'application du texte voté en 1994 ne paraît qu'en 2000, précisé par la circulaire qui prolonge le décret prise le mois suivant⁴⁶².

Ce n'est que par le vote de la loi de 2004 que le principe de prise en charge systématique et intégral a été retenu. La nouvelle rédaction de l'article L. 1211-4 CSP dispose ainsi que

« Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte *sont intégralement pris en charge* par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte » (nous soulignons).

Le texte prévoit donc la prise en charge des frais (« peut intervenir » est remplacé par « sont intégralement pris en charge »). La mention « le cas échéant », qui demeure dans le décret concernant la perte de rémunération (art. R. 1211-5 CSP), semble renvoyer au cas où le prélèvement est effectué sur une personne au chômage, auquel cas il n'y a pas de perte de rémunération à compenser. Enfin, le décret du 24 février 2009 affirme comme principe général, en ce qui concerne les frais médicaux (examen, hospitalisation, suivi) occasionnés par un prélèvement, la suppression de la participation de l'assuré⁴⁶³.

408. Régime et limites des remboursements prévus. L'établissement chargé du remboursement, sur production de justificatifs, est celui qui effectue le prélèvement ou la collecte⁴⁶⁴. Le décret prévoit que ces principes s'appliquent à l'ensemble des déplacements et examens nécessaires dans le cadre du don, donc avant et après celui-ci (art. R. 1211-6). La prise en charge des frais de transport et d'hébergement est identique à celle qui prévalait antérieurement. Tous peuvent également concerner les personnes accompagnant le donneur (art. R. 1211-3 et R. 1211-7).

*L'indemnité pour la perte de rémunération*⁴⁶⁵ est versée par l'établissement greffeur sur présentation des justificatifs nécessaires (R. 1211-5 CSP) et ne peut être supérieure au double (puis au quadruple) de l'indemnité journalière maximale du régime général d'assurance maladie prévue à l'article L. 323-4 CSS⁴⁶⁶. En 2000, les tiers qui accompagnent la personne prélevée peuvent en bénéficier

460. GALLOUX J.-C., « L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques », RDSS 1998, p. 12.

461. Lettre du directeur général de l'EFG aux directeurs d'établissement de santé du 9 sept. 1997. Aspects financiers du prélèvement d'organes, de tissus, de moelle osseuse et de cellules, récupéré à l'ABM, p. 4.

462. Décret n° 2000-409 du 11 mai 2000 ; Circulaire n° 2000-357 du 30 juin 2000, BOSP, n° 2000/28 p. 345-356.

463. Décret n° 2009-217 du 24 févr. 2009 complétant l'article R322-9 3° du Code de la sécurité sociale.

464. Décret n° 2000-409, art. R. 665-70-1 CSP, puis art. R. 1211-2 CSP ; art. L. 1211-4 CSP depuis 2004.

465. Nous ne tenons pas compte, dans ce paragraphe, des exceptions (majoration de l'indemnité si la personne a plus de trois enfants à charge, en cas de discontinuité du travail dans les 90 jours qui précèdent, etc.).

466. Circulaire n° 308 du 7 sept. 1989, BOSP, n° 89/40 p. 64-65 ; Circulaire du 1^{er} déc. 1989 DGR n° 2429/89, ENSM n° 1324/89. Conditions de remboursement des frais occasionnés par les

(art. R. 665-70-4). Celle-ci est calculée sur la base du gain journalier (art. R. 323-4 CSS). Le gain journalier est aujourd'hui égal à 1/91,25^e du montant des trois dernières paies précédant l'interruption de travail⁴⁶⁷. L'indemnité journalière est fixée à 50 % du gain journalier de base dans la majorité des cas (salariés mensualisés, moins de 3 enfants à charge...), calculée dans la limite d'un plafond fixé depuis 2012 à 1,8 fois le SMIC (art. R. 323-4 CSS)⁴⁶⁸.

Prenons l'exemple de la personne qui gagne le SMIC et qui est hospitalisée une semaine en avril 2014 pour se faire prélever un rein⁴⁶⁹.

	Mars 2014	Avril 2014
Salaire brut smic pour 151,67 heures	1 445 €	1 445 €
– Absence (1 semaine = 35 heures)	/	333 € (1445x35/151,67)
Salaire brut	1 445 €	1 112 €
– Retenues sociales (21,87 %)	316 €	243 €
Salaire net	1 129 € ⁴⁷⁰	869 €

La perte de salaire net est de 260 € (1 129-869).

L'indemnité maximum pour perte de rémunération qui pourrait être versée par l'établissement de santé est la suivante : 1 445 € (Smic) x 1,8 x 3/91,25 x 50 % = 42,76 € x 2 x 7 jours = 599 €.

Dans ce cas, le donneur, rémunéré au smic, ne sera indemnisé qu'à hauteur de sa perte de salaire réelle, soit 260 euros.

Prenons maintenant le même exemple pour un salarié qui gagne 4 000 euros brut par mois.

	Mars 2014	Avril 2014
Salaire brut smic pour 151,67 heures	4 000 €	4 000 €
– Absence (1 semaine = 35 heures)	/	923 € (4000x35/151,67)
Salaire brut	4 000 €	3 077 €
– Retenues sociales (23 %)	920 €	708 €
Salaire net	3 080 €	2 369 €

La perte de salaire net est de 711 € (3 080-2 369). L'indemnité maximum pour perte de rémunération qui pourrait être versée par l'établissement de santé reste la même (599 €). Dans ce cas, le donneur subirait une perte financière de 112 euros (711-599).

prélèvements. En 2000, la même règle est maintenue, la prise en charge « ne peut être supérieure au double de l'indemnité journalière maximale de l'assurance maladie du régime général » (ex art. R. 665-70-2 CSP devenu l'art. R. 1211-5 CSP).

467. Art. R. 323-4 CSS issu du décret n° 86-1375 du 31 déc. 1986. La formule est modifiée par les décrets s'appliquant du 01/01/1987 au 01/11/2010 : 1/90^e du montant des 3 dernières payes puis 1/91,25^e à compter du 01/11/2010 (décret n° 2010-1305 du 29 oct. 2010).

468. Décret n° 2011-1957 du 26 déc. 2011, art. 1^{er}, 2, modifiant notamment l'article R. 323-4 CSS.

469. Pour prendre une durée moyenne, même si cela dépend des techniques opératoires, par ex. SARRAMON J.-P et al., « Prélèvement de rein de donneur vivant apparenté. Comparaison entre chirurgie ouverte et cœliochirurgie », e-mémoires de l'Académie Nationale de Chirurgie, 2005, 4 (3), p. 13.

470. Smic net source Insee au 1^{er} janvier 2014.

La directrice de l'Agence de la biomédecine a pu estimer que le plafond fixé au double du montant de l'indemnité journalière ne permettait pas de prendre en charge les frais subis⁴⁷¹ ce qui est vrai dans le second exemple et pour les salaires supérieurs à ce montant. Le décret de 2009 y a répondu en rendant possible de porter cette indemnité au quadruple du montant des indemnités journalières⁴⁷² (donc 2 x 599 €), permettant ainsi de couvrir l'ensemble des frais, même pour les salaires plus élevés (ou des durées d'hospitalisation plus longues). Le régime de prise en charge s'est amélioré. Dans tous les cas la personne ne gagne rien au fait de se faire prélever : le montant perçu aurait été touché si elle n'avait pas été hospitalisée. Il ne s'agit pas de calculer le montant de l'organe prélevé mais de couvrir la perte occasionnée par l'hospitalisation.

Néanmoins, la prise en charge des frais médicaux demeure limitée à « la période postopératoire immédiate [...] Le suivi à plus long terme des donneurs [...] est pris en charge par l'assurance maladie du donneur »⁴⁷³. Les aléas induits par l'opération ne sont pas pris en compte par le dispositif alors que certaines opérations impliquent des complications non négligeables⁴⁷⁴.

409. L'oubli des ovocytes. Les dons d'ovocytes sont initialement pensés sur le modèle du don de sperme, lui-même non inclus dans les premiers textes relatifs à la prise en charge des frais. Or les prélèvements impliquent pour les femmes, totalement oubliées du dispositif⁴⁷⁵, des actes beaucoup plus lourds, et exigent une hospitalisation de deux ou trois jours aux débuts de la pratique (un jour au moment du vote de la loi). En outre, « la stimulation ovarienne de 8 jours est difficilement compatible avec une activité professionnelle à temps plein et la ponction pendant le week-end n'est pas la règle ! »⁴⁷⁶. Par conséquent, chaque centre « s'organise »⁴⁷⁷ pour éviter les coûts, mais les traitements préalables au don ont pu être facturés aux donneuses elles-mêmes, en l'absence de réglementation minimale⁴⁷⁸. Ce n'est qu'avec le décret de 2000 que la prise en charge est organisée, essentiellement parce qu'il est attendu de ces dispositions qu'elles aient « un impact favorable sur les dons d'ovocytes dont la pénurie actuelle peut être partiellement imputée à l'absence de règles définissant les modalités de prise en charge des frais supportés par les donneuses »⁴⁷⁹. T. Dumortier peut donc souligner que « la reconnaissance juridique tardive des contraintes particulières qui pèsent sur la femme en cas de ponction ovocytaire demeure adossée à un objectif d'augmentation du don d'ovocytes »⁴⁸⁰. Mais la neutralité du don a longtemps été (est toujours en partie) compromise sous deux volets.

471. CAMBY C., art. cit., p. 100.

472. Décret n° 2009-217 du 24 févr. 2009.

473. Circulaire DSS/DH/DGS n° 2000-357 du 30 juin 2000 précitée, p. 353.

474. Voir GATEAU V., *op. cit.*, p. 113-133 et CAMBY C., art. cit., p. 99.

475. J.-C. GALLOUX constatait en 1998, « la désaffection dont ces femmes sont l'objet de la part des pouvoirs publics », « L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques », *op. cit.*, p. 8.

476. ALNOT M.-O., « Gamètes et embryons : de quel commerce s'agit-il ? », *op. cit.*, p. 12.

477. *Ibid.*, p. 14.

478. GALLOUX J.-C., « L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques », *op. cit.*, p. 7.

479. Circulaire DSS/DH/DGS n° 2000-357 du 30 juin 2000 précitée, p. 347. Dans le même sens, ABM, *Rapport oct. 2008 précité*, p. 39.

480. DUMORTIER T., « Le droit de l'AMP à l'épreuve du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D., *La loi & le genre. Études critiques de droit français*, CNRS éditions, 2014, p. 131.

D'une part, la prise en charge des frais médicaux. L'exonération du ticket modérateur a été prévue dès 1978 pour les bénéficiaires quand les frais occasionnés par le don ont pour partie relevé du régime général jusqu'au décret du 24 février 2009, occasionnant une participation financière pour donner⁴⁸¹. Mais en outre, depuis 2009, l'exonération du ticket modérateur, qui devait s'appliquer tant à l'hôpital et qu'en médecine de ville, a « été vidée de sa portée par l'opposition de la CNAMTS » ce qui a « continué à compliquer le quotidien des donneuses ou à fragiliser le principe de neutralité financière du don »⁴⁸².

D'autre part, concernant le remboursement des frais de transport, d'hébergement et de la perte de rémunération. En 2004, le législateur a complété l'article L. 1244-7 CSP afin d'affirmer que la femme concernée « bénéficie du remboursement des frais engagés pour le don ». Mais des difficultés demeurent. Les frais d'hébergement et de transport ne sont régulièrement pas pris en charge⁴⁸³. Concernant la perte de rémunération, la loi du 7 juillet 2011 a dû expressément prévoir dans le texte le régime appliqué pour les organes en matière d'autorisation d'absence de la part de son employeur afin de « se rendre aux examens et se soumettre aux interventions nécessaires à la stimulation ovarienne et au prélèvement ovocytaire » (art. L. 1244-5 CSP). Avant comme après 2004, la prise en charge des frais pour les donneuses est « diversement assurée » selon les centres⁴⁸⁴. Ne distinguant manifestement pas entre neutralité financière et rémunération, certains voient dans l'application du régime général, c'est-à-dire dans la permission laissée par l'employeur de se rendre au service hospitalier un tempérament à la règle du bénévolat⁴⁸⁵ quand d'autres affirment que la rémunération habituelle du temps sur leurs heures de travail est une rémunération, « au mépris des principes du droit français comme du droit européen »⁴⁸⁶, alors que telle n'a jamais été l'acceptation en droit français ni européen.

L'IGAS en 2011 constate tant en matière de prise en charge des frais médicaux que pour le remboursement des autres frais occasionnés pour le don, « de sérieuses lacunes dans l'application de ce principe [de neutralité financière du don] »⁴⁸⁷. En d'autres termes, le don a toujours un coût pour la donneuse, ce qui explique la revendication du « remboursement total et sans délai des frais occasionnés par le don »⁴⁸⁸. Le problème général de la prise en charge des frais pour le donneur se trouve particulièrement lent à résoudre lorsqu'il s'agit des ovocytes.

410. Conclusion. Le bénévolat s'est imposé et connaît désormais un régime unifié quel que soit le degré de l'atteinte corporelle et l'effort requis. Il est un principe de neutralité financière du don, qui implique une prise en charge des frais réellement exposés (sur justificatifs), et n'admet aucun forfait. Si la norme qui

481. FRYDMAN R., L'assistance médicale à la procréation, QJSJ, 2004, p. 88 ; ABM, Rapport oct. 2008 précité, p. 39.

482. ABALLEA P. et al., Rapport IGAS 2011 précité, p. 57 et 58 (et sur l'ensemble de ces problèmes, p. 55-58).

483. *Ibid.*, note 105 p. 56.

484. LETUR-KONIRSCH H., « Don d'ovocytes en France et bilan national (GEDO) : dispositions différentielles européennes », *Gynécologie obstétrique et fertilité* 2004, v. 32, n° 2, p. 113.

485. RAOUL-CORMEIL G., « La biomédecine entre droit et non-droit », *op. cit.*, p. 200.

486. MIRKOVIC A., « Repenser le don de gamètes », *Mélanges J. Michaud*, 2012, p. 293.

487. ABALLEA P. et al., Rapport IGAS 2011 précité, p. 55.

488. MERLET F., SÉNÉMAUD B., « Prise en charge du don d'ovocytes : réglementation du don, la face cachée du tourisme procréatif », *Gyn. obs. & fertil.*, vol. 38, n° 1, janv. 2010, p. 43.