



Vous souhaitez nous soumettre un article pour le prochain numéro ?
Adressez-nous simplement un mail à
jdsamids@gmail.com

SOMMAIRE

Editorial..... 3

LYDIA MORLET-HAÏDARA

Interview 5

EMMANUELLE PIET

Dossier

DOSSIER COORDONNÉ PAR
ADÉLIE CUNEO ET LAURENCE WARIN

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

Introduction.....9

ADÉLIE CUNEO ET LAURENCE WARIN

Violences gynécologiques et obstétricales : comment restaurer la confiance réciproque entre patientes et professionnels de santé ? 10

NATHALIE BOUDET-GIZARDIN

Le défaut de consentement à l'examen gynécologique constitue-t-il un viol ? 18

SOPHIE PARICARD

Le juge face aux violences obstétricales : une prise en compte en demi-teinte.....28

ADÉLIE CUNEO & LAURENCE WARIN

Relations médecins patients : comment en sommes-nous arrivés au climat actuel et comment y remédier ?44

JOËLLE BELAISCH ALLART, PIERRE COLLINET,
CYRIL HUISSOUD & GEOFFROY ROBIN

La dimension juridique de la violence obstétricale au Brésil50

FERNANDO AITH, MARINA BORBA & MATHEUS FALCÃO

État des lieux et perspectives d'avenir sur les violences obstétricales et gynécologiques au Québec56

AUDREY FERRON-PARAYRE

Vers l'émergence de la problématique des « violences obstétricales et gynécologiques » dans la sphère politique et institutionnelle belge ?62

ANNE-ISABELLE THUYSBAERT & JEAN-MARC HAUSMAN

Panorama de la violence obstétricale en Chine : facteurs et solutions75

XIN CHEN

Chroniques

C1 - Personnes et santé

Soigner en prison
Car les personnes détenues ont aussi besoin de soins !.....85
VALÉRIE KANOUI

La santé à la Maison d'Arrêt des Femmes
de Fleury Mérogis 91
MARIEM LACHHEB, ROSE NGUYEN TAN LUNG,
CÉLINE MARCHAND , ANNE LECU & VALÉRIE KANOUI

La santé en prison – vue par la Cour européenne
des droits de l'homme (CEDH)97
ANA ZELCEVIC-DUHAMEL

Améliorer la prise en charge des frais de santé
menstruelle : les règles comme risque social 104
MARIE MESNIL

C2 - Professionnels et institutions de santé

Refonte de la formation infirmière : et si on passait
directement aux travaux pratiques ?
10 orientations-clés proposées au ministre de la Santé
et de la Prévention 111
STÉPHANE LE BOULER

Centres de santé, la fin d'une idylle... ?122
DELPHINE JAAFAR & ANTOINE DE SWARDT

C3 - Système et politiques de santé

Les conventions de l'assurance maladie avec
les professions de santé : un outil à consolider et
à mieux situer dans la panoplie de transformation
du système de santé 126
STÉPHANE LE BOULER

Financement et fiscalité
Abus de droit et optimisation sociale :
quelle(s) frontière(s) ? 133
PHILIPPE COURSIER

C4 - Technologies et santé

Droit des brevets152
CAMILLE MARÉCHAL POLLAUD-DULIAN

C5 - Marchés et santé

Rappels essentiels de mise sur le marché
des compléments alimentaires.....157
MARIE-CAROLINE BUIATTI

Droit de la concurrence162
CAROLINE CARREAU

Nouvelles de l'étranger

La révision du règlement sanitaire international (RSI)
au G20.....173
FERNANDO AITH, ROBERTA DE FREITAS
& JOÃO MIGUEL ESTEPHANIO

Lydia Morlet-Haïdara

Directrice de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

En août 2013, l'Institut Droit et Santé publiait le premier numéro de son Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (le JDSAM). A l'occasion de la publication de ce nouveau numéro, nous sommes dès lors heureux de célébrer avec vous les 10 ans de notre revue !

Dans le premier édito du JDSAM, Anne Laude et Didier Tabuteau, alors co-directeurs de l'Institut Droit et Santé, précisaient que « l'objet du Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie est d'embrasser le droit de la santé dans toutes ses composantes et sous tous ses aspects ».

Tout au long de ces 10 années, cette approche généraliste, qui est également celle de l'Institut Droit et Santé, a été conservée et a guidé la sélection des articles publiés. Cet ADN de la revue a permis de toucher un public de plus en plus nombreux et aux profils différents, nos lecteurs pouvant aussi bien être des juristes que des professionnels du soin ou des institutionnels. Dans cet esprit, certaines contributions offrent une vision théorique et doctrinale des thèmes abordés alors que d'autres proposent une approche pratique et sectorielle.

Le petit questionnaire proposé en ligne, en même temps que la publication de ce nouveau numéro, nous permettra d'ailleurs d'avoir une vision plus précise de notre lectorat. Nous remercions dès lors par avance les personnes qui prendront quelques minutes de leur temps pour nous répondre.

A un rythme de 3 publications par an, ce n'est pas moins de 33 numéros qui ont été édités durant ces 10 années.

Au gré des manifestations organisées par l'Institut Droit et Santé ou des partenariats mis en place, 4 numéros spéciaux ont également été publiés.

Cet édito anniversaire est l'occasion de faire le point sur les évolutions du JDSAM durant la dizaine écoulée.

C'est tout d'abord l'occasion de remercier Thomson Reuters Transactive qui a été le partenaire de lancement de la revue et qui l'a initialement éditée dans le cadre d'un abonnement payant. Dans une logique d'open accès, chère à l'Institut Droit et Santé, le choix a ensuite été fait de reprendre la direction de la publication en proposant cette fois une édition en ligne, gratuite, sur le site internet de l'Institut Droit et Santé, ce qui a permis de toucher un public toujours plus nombreux.

Les canaux de référencement du JDSAM se sont également enrichis. Si, dès le départ, a été proposé un référencement, en texte intégral, sur Doctrinal, l'incontournable bibliothèque en ligne des publications juridiques, les dossiers du JDSAM ont ensuite fait l'objet d'un référencement sur Cairn.info, le portail web consacré aux sciences humaines et sociales et plus spécialement à la santé publique. Dans cette logique de développement du référencement et donc de notoriété de la revue, nous sommes heureux de vous annoncer que l'intégralité du JDSAM devrait prochainement être répertoriée sur cette plateforme de référence.

Les différents contributeurs de la revue devraient être satisfaits de ce nouvel investissement pour la diffusion de leurs écrits et nous invitons d'ailleurs toute personne qui souhaiterait nous soumettre un article à nous envoyer leur contribution à jdsamids@gmail.com. Il faut cependant ici rappeler que la publication est conditionnée à la validation d'un comité de lecture.



Nous souhaitons d'ailleurs, à l'occasion de cet édito et de la célébration de ce 10^{ème} anniversaire, remercier tous les auteurs qui, fidèles ou occasionnels, ont fait vivre la revue en l'alimentant de leurs très riches contributions.

Doivent également être remerciées les responsables éditoriales de la revue qui se sont succédées ainsi que Charlotte de Bruyn en charge de la conception graphique. Enfin, les chercheurs qui, plus récemment, nous ont fait confiance en nous confiant la publication des actes de leurs colloques, cette démarche témoignant de l'élargissement continu de l'audience du JDSAM.

Si l'on peut dès lors se féliciter de la belle évolution du JDSAM durant ces 10 dernières années, cet anniversaire est également l'occasion d'un renouveau et d'un toilettage en profondeur de la revue.

En effet, l'équipe de l'Institut Droit et Santé a souhaité vous proposer une nouvelle structuration du JDSAM afin que ses différentes rubriques soient plus en adéquation avec les thématiques de recherche du laboratoire, renforçant ainsi sa visibilité.

C'est ainsi que les 12 anciennes rubriques seront remplacées par 5 nouvelles chroniques, plus généralistes, permettant de mieux embrasser la diversité des thèmes abordés. Désormais, le JDSAM vous propose ainsi une chronique n°1 intitulée « Personnes et santé » qui est, pour ce numéro, l'occasion d'un focus sur la santé en prison. La chronique n°2 sera consacrée aux « Professionnels et institutions de santé ». La 3^{ème}, très ouverte, nommée « Système et politiques de santé » permettra aussi bien d'intégrer les thématiques en lien avec l'organisation sanitaire, l'environnement ou encore l'assurance maladie obligatoire et complémentaire. La 4^{ème} chronique se consacrera à un axe de recherche fort de l'Institut Droit et Santé autour des « Technologies et santé ». Afin d'intégrer les anciennes rubriques consacrées aux brevets, à la concurrence ou aux produits de santé, une chronique « Marchés et santé » est enfin créée.

Afin que soit préservée et mise en valeur la dimension internationale de la recherche de l'Institut Droit et Santé, la rubrique « Nouvelles de l'étranger » est évidemment préservée. Selon les besoins, une rubrique « Varia » pourra être alimentée. Dans le respect de l'approche généraliste de la revue, elle permettra de continuer de publier des articles en périphérie du droit de la santé. L'interview de personnalités est également conservée en ce qu'elle permet souvent la formulation de propos libres, parfois très engagés comme dans le présent numéro.

Le cœur du JDSAM restera bien sûr son dossier dont la qualité et la richesse contribuent à la notoriété de la revue. Pour ce numéro anniversaire, nous vous proposons un dossier consacré aux « violences obstétricales et gynécologiques ». Porté par Adélie Cuneo et Laurence Warin, respectivement juriste et docteure associée à l'Institut Droit et Santé, ce dossier aborde une thématique encore sous-traitée, la femme, surtout lorsqu'elle est parturiente, n'étant pas toujours considérée comme une patiente à part entière. La dimension internationale de ce dossier s'avère très forte puisque sont proposées des contributions d'auteurs canadiens, belges, brésiliens et chinois. Ces écrits sont précieux à la réflexion sur le sujet. Ils devraient contribuer à une nécessaire prise de conscience et, espérons-le, à l'engagement d'actions concrètes.

Pour conclure cet édito anniversaire, il importe pour finir de vous remercier, vous, lecteurs pour l'intérêt porté au JDSAM et pour votre fidélité.

Lydia Morlet-Haidara

Interview d'Emmanuelle Piet

Médecin de Protection maternelle et infantile (PMI) en Seine-Saint-Denis, présidente du Collectif féministe contre le viol (CFCV), co-présidente de la Commission santé, droits sexuels et reproductifs du Haut Conseil à l'Égalité Femmes Hommes (HCEFH)

Interview réalisée par

Adélie Cuneo

Juriste à l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Paul Sougnac

Doctorant à l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Laurence Warin

Docteure en droit public, Membre associée de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR _1145 et du Centre Maurice Hauriou, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université Paris Cité et ATER au Centre Maurice Hauriou

1. Pourriez-vous nous présenter votre parcours et nous expliquer pourquoi vous vous êtes intéressée aux violences contre les femmes et aux violences obstétricales et gynécologiques ?

J'ai commencé mes études de médecine juste après 1968, afin de jouer un rôle dans l'accès à la contraception et à l'avortement. À l'époque, c'était ainsi qu'on pouvait se libérer, c'est-à-dire en n'ayant pas d'enfant si on ne le voulait pas. Deux amies sont mortes d'un avortement septique à l'époque. J'ai fait des études de médecine pour cette raison. J'ai commencé à travailler en 1975 et je me suis occupée de planification familiale pendant toute ma carrière. Lorsque j'ai commencé à m'occuper de la contraception et des avortements, les femmes m'ont parlé de violences. C'est pourquoi cela fait à peu près 47 ans que je questionne systématiquement les femmes sur ce qu'elles subissent. Et elles répondent !

Ensuite, j'ai été titularisée médecin de protection maternelle et infantile (PMI), et chargée des centres de planification et de la PMI en Seine-Saint-Denis. J'ai œuvré pour qu'il y ait, en Seine-Saint-Denis, 120 centres de planification, et pour qu'on puisse réaliser, dès 2005, des avortements dans les centres de PMI. Parallèlement, j'ai mené la campagne de prévention et de dépistage des agressions sexuelles à l'encontre des enfants, pendant 35 ans.

Et puis, en 1992, je suis devenue présidente de l'association « Collectif féministe contre le viol », qui anime la permanence téléphonique « Viols Femmes Informations » et, depuis deux ans, la permanence téléphonique de la Commission Indépendante sur l'Inceste et les Violences Sexuelles faites aux Enfants (la CIIVISE).

En tant que médecin de PMI, j'ai mené des campagnes de prévention des agressions sexuelles sur enfants, des mutilations sexuelles (depuis 1982), et de prévention des mariages forcés. En somme, toutes les formes de violences aux femmes et aux enfants m'intéressent, y compris les violences gynécologiques.

2. Est-ce que des patientes victimes de violences obstétricales et gynécologiques se tournent vers votre association ?

Dans notre permanence téléphonique « Viols Femmes Informations », les violences gynécologiques camouflent les viols. Nous avons d'ailleurs été partie civile dans plusieurs procès, par exemple dans le cadre du procès du docteur Hazout, le médecin spécialiste de la procréation médicalement assistée, condamné pour viols et agressions sexuelles sur des patientes. On peut être brutal quand on est gynécologue, mais on peut aussi être violeur en disant que c'est juste de la gynécologie.

A « Viols Femmes Informations » nous faisons une revue de 2 heures chaque semaine, pour échanger notamment sur les difficultés rencontrées par les écoutantes. Les histoires médicales y sont récurrentes, car les violences sont camouflées derrière des examens gynécologiques, comme le montrent ces témoignages : « Il lui a palpé les seins mais ça a duré 3 minutes », « Il lui a fait un toucher vaginal mais il n'avait pas de gants », « Il lui a tripoté le clitoris », etc. Est-ce médical ou non ? La distinction n'est pas toujours évidente à faire pour les patientes qui nous appellent parfois pour y voir plus clair.

La réponse est donc oui, des victimes de violences obstétricales et gynécologiques se tournent régulièrement vers notre association. Elles sont victimes, selon moi, de viols de la part de leur obstétricien ou gynécologue.

La violence obstétricale et gynécologique est un phénomène systémique, cela consiste par exemple à faire des épisiotomies à tout le monde, parce que c'est plus facile, à faire des césariennes même quand ce n'est pas justifié, à faire des accouchements de convenance dans la journée parce que c'est moins contraignant que la nuit. Cela revient à ne pas penser la spécificité des femmes, ce qui devient ainsi des violences obstétricales et gynécologiques.

Derrière ces violences sont aussi camouflées des violences caractérisées : des viols et des agressions sexuelles. Il ne faut surtout pas les banaliser en les qualifiant de violences obstétricales et gynécologiques. Ce sont deux choses différentes, selon moi.

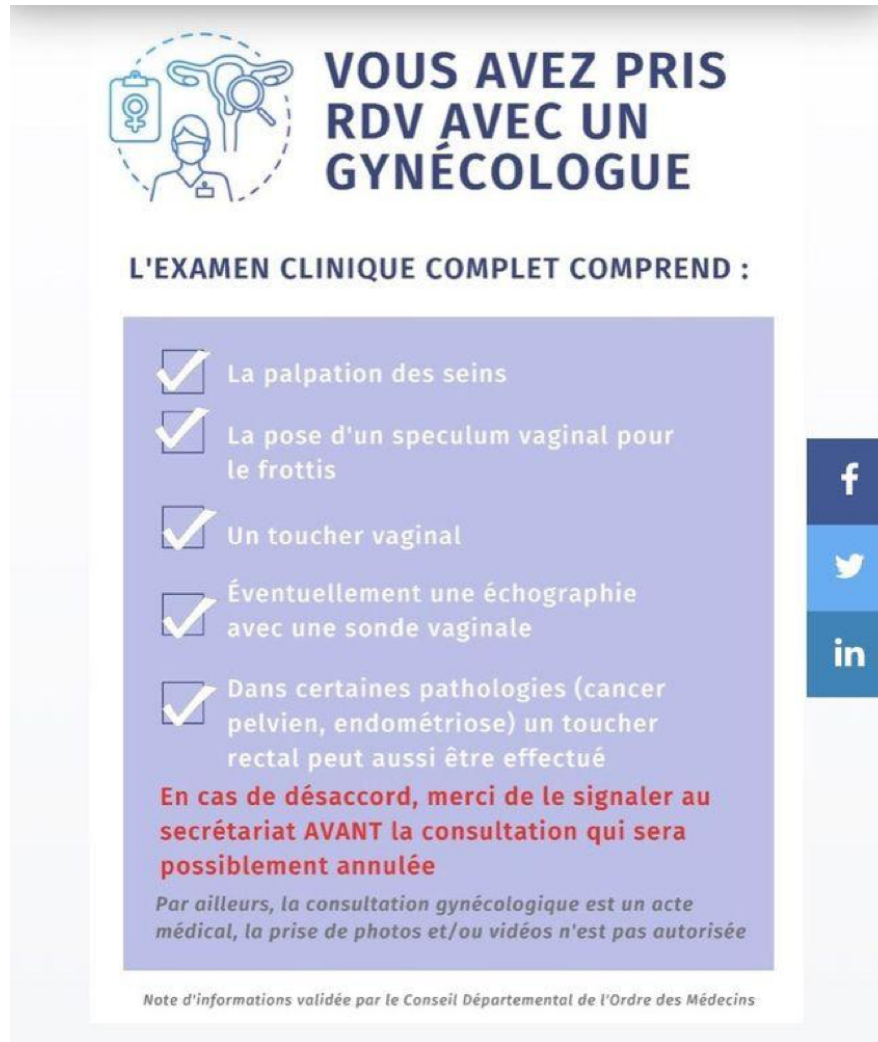
Cette ambiguïté se voit par exemple dans l'affaire du Professeur Daraï, gynécologue mis en examen pour viols sur des patientes, et qu'on a autorisé pourtant à poursuivre des consultations. Je ne sais pas si on peut caractériser cela en viols, mais en revanche, il est incontestable qu'il était coupable de causer des douleurs intenses lors des examens gynécologiques.

Ce n'est pas exactement la même chose et c'est ce qui est difficile pour les magistrats. Ainsi, comment faire la différence entre un médecin qui fait mal, parfois en y trouvant un certain plaisir, et un médecin qui viole ? En réalité, il n'est pas normal de faire mal car il est possible de faire un examen gynécologique indolore. Il n'est pas normal d'être brutal, même si la patiente a consenti à l'examen. Dire qu'on est d'accord pour l'examen gynécologique ne signifie pas être d'accord pour souffrir. Ce hiatus-là est peut-être encore mal compris. Avec le document (ci-dessous), le corps médical se protège, la patiente donnant son accord. C'est un peu comme le problème du consentement en cas de viol : ce n'est pas parce que la femme est d'accord pour une relation qu'elle est d'accord pour tout et n'importe quoi. C'est cela qu'il faut expliquer aux médecins.

3. Avez-vous l'impression que ces dernières années, notamment depuis 2018, les choses ont évolué ? Quel est votre ressenti ? Est-ce que vous avez l'impression que les patientes sont mieux informées, ont plus de facilité à revendiquer leurs droits ?

Avez-vous vu le document récemment affiché par un gynécologue-obstétricien¹ et validé par le Conseil départemental de l'ordre des médecins (ci-dessous) ? Trouvez-vous qu'il y a ici un progrès ? Personnellement, je trouve que c'est la négation d'un progrès : une façon de faire taire les femmes qui se plaindraient. Avec ce document, les femmes qui ne consentent pas aux éléments constitutifs de l'examen clinique détaillés dans le document s'exposent à ne pas avoir de gynécologue-obstétricien. C'est révoltant, et il s'agit d'une forme de menace car cela signifie « *si tu ne fais pas ce que je te dis, tu n'auras plus de gynéco* ». C'est une technique d'agresseur, typique d'une violence importante. Même si cela a peut-être pour but de protéger le corps médical, c'est très révélateur de ce que pense le médecin de la femme accueilli dans son cabinet de gynécologie : c'est une ennemie, qui doit accepter systématiquement tout ce qu'on lui fait, et si elle n'accepte pas, elle n'a qu'à aller consulter un autre médecin. Il n'y a aucune remise en question ici.

.....
1 - Le document a été retiré du site internet du praticien le 30 mai 2023.



VOUS AVEZ PRIS RDV AVEC UN GYNÉCOLOGUE

L'EXAMEN CLINIQUE COMPLET COMPREND :

- La palpation des seins
- La pose d'un speculum vaginal pour le frottis
- Un toucher vaginal
- Éventuellement une échographie avec une sonde vaginale
- Dans certaines pathologies (cancer pelvien, endométriose) un toucher rectal peut aussi être effectué

En cas de désaccord, merci de le signaler au secrétariat AVANT la consultation qui sera possiblement annulée

Par ailleurs, la consultation gynécologique est un acte médical, la prise de photos et/ou vidéos n'est pas autorisée

Note d'informations validée par Le Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins

f
t
in

De la même manière, on peut s'intéresser à l'affichage de Santé Publique France : "douleurs à la pénétration que faire ?" et à la promotion du site onsexprime.fr ?, dans laquelle il n'y pas un mot sur les violences. Non, vraiment, Santé publique France et le site "on s'exprime" n'apparaissent pas comme un progrès eu égard aux violences.

Il y a encore un travail important à faire au niveau institutionnel ! Le discours n'a pas changé tant que cela, comme le prouve le fait que le Pr. Darai a toujours le droit d'exercer, car présumé innocent, bien qu'il y ait 50 plaignantes. On parle de choses importantes ! De la même manière, lorsque l'on voit l'affaire Le Scouarnec : 340 enfants violés par un chirurgien ... des déplacements d'hôpitaux, des signalements au Conseil de l'Ordre... et pourtant... On continue à laisser les médecins agresseurs exercer, sauf bien sûr s'ils ont été condamnés. Oui, on en parle plus - et c'est bien ! - oui, les institutions médicales ont entendu que cela commençait à parler ... mais pour l'heure, ils ne réfléchissent pas, ils se défendent ! Il est possible de faire nettement mieux !

Etant encore en consultation à mi-temps, je me suis rendue compte, en observant les stagiaires sages-femmes et les stagiaires médecin, que le "est-ce que madame vous voulez que je vous examine ?" est passé dans les mœurs mais qu'une fois le consentement obtenu, même si les choses sont faites avec gentillesse, l'acte pratiqué est souvent douloureux faute d'un apprentissage adéquat. Il faudrait repenser les choses, modifier les pratiques : l'examen gynécologique annuel n'est pas systématiquement nécessaire, hors pathologie et prévention - laquelle peut être faite par la femme elle-même (palpation des seins et même frottis). La prise en compte de la douleur des femmes doit être (ré)apprise aux praticiens, qu'il s'agisse de la douleur dans le cadre de l'examen gynécologique ou de la douleur subie par les femmes durant leur règles, jugée "normale" par nombre d'entre elles. Oui, il y a donc beaucoup à faire, notamment au niveau de la formation mais aussi de la considération pour les patientes.

4. Qu'avez-vous pensé du Rapport du HCEF de 2018 « Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical : des remarques aux violences, la nécessité de reconnaître, prévenir et condamner le sexisme » ?

Ce rapport était très bien et la réaction des médecins a été intéressante. Il a mis l'accent sur des points importants, des points qu'il fallait mettre en lumière. Si je devais le refaire, je ne pense pas que je le ferais très différemment - même si je suis un peu plus « rentre dedans » que l'équipe antérieure - mais il ne me semble pas utile de refaire un rapport semblable pour le moment. Il est possible que ce soit en réponse à ce rapport que sont publiés des documents tels que celui, vivement critiquable, que j'ai mentionné.

5. Vous êtes Co-Présidente de la Commission santé du HCEF, avec Gille Lazimi : savez-vous si le Haut Conseil à l'Égalité Femmes Hommes (HCEF) a l'intention de s'intéresser à nouveau à la question des violences obstétricales et gynécologiques, comme il l'avait fait avec le Rapport de 2018 ?

Publier un nouveau rapport sur la question des violences obstétricales n'est pas au programme. Actuellement, nous nous intéressons aux centres de prise en charge des psychotraumatismes et, ensuite, nous allons nous intéresser à la contraception masculine et à l'efficacité de la contraception pour les mineurs et les 18-25 ans. Nous avons également fait une alerte sur les produits abortifs, ce qui s'est révélé essentiel car il y a des risques de pénuries et surtout un problème de monopole par un laboratoire aux capitaux américains. On notera d'ailleurs que dans la liste des produits devant être nationalisés, selon le Président de la République, il n'y a pas les oestro-progestatifs contraceptifs. On s'est intéressé également au remboursement du préservatif féminin, 48 fois plus cher que le préservatif masculin.

6. Le rapport du HCE a été pensé sous le prisme du sexisme et des discriminations fondées sur le genre. Pensez-vous que les violences obstétricales et gynécologiques peuvent/doivent être aussi analysées plus largement ?

Le genre en matière de gynécologie obstétricale, c'est un sexe et un sexe féminin : ce sont les femmes que l'on voit dans cette spécialité. C'est une médecine de la femme et d'une certaine manière, la façon dont la prise en charge est assurée témoigne de ce que l'on pense des femmes. Cela traduit une volonté de contrôle et une forme de "minorité" des femmes. Il faut arrêter de penser que les femmes sont des incompetentes irresponsables.

Les médecins ne sont pas moins patriarcaux que les autres et ils ont le pouvoir. Au Québec par exemple, il ressort des témoignages dont on m'a fait part, qu'en matière d'hommes violents, on trouvait notamment les avocats, les policiers et les médecins. Des professions de pouvoir donc. Dans une autre étude, anglaise, les femmes indiquaient "2 % de gynécologues violeurs". Ce sont en effet des métiers qui donnent accès au corps de la femme. Bien sûr, les femmes médecins peuvent également être brutales : les médecins hommes ne sont pas les seuls à être auteurs de violences.

Il est important de réfléchir à la prise en charge gynécologique de la femme dans son ensemble, à ce dont on a besoin quand on est une femme. La femme n'a pas systématiquement besoin d'aller voir un médecin gynécologue, un médecin généraliste ou une sage-femme seraient tout à fait en mesure d'assurer certaines prises en charge à condition d'avoir reçu une formation adéquate. Tel serait le cas, par exemple, pour la mise très tôt sous pilule pour éviter la douleur, ce qui est très efficace et qui, je le rappelle, est la prévention première de l'endométriose.

Au-delà de la question des violences dans le suivi gynécologique ou obstétrical, de vraies questions se posent. Pour finir, on assiste en ce moment à un net recul en matière de droits reproductifs. Les réactions aux différents accidents et scandales ayant touché les produits contraceptifs ou abortifs, par leur rapidité et leur intensité, montrent une tendance à remettre en cause les droits des femmes en la matière, tout comme la propagation de sites internet, que l'on peut qualifier "d'intégristes" qui diffusent de fausses informations sur la pilule contraceptive. Enfin, l'émergence et le succès des applications de suivi des cycles menstruels posent des questions de confidentialité et de liberté des femmes, en particulier dans les pays où le droit à l'avortement est battu en brèche.

Les violences obstétricales et gynécologiques : l’appréhension par le droit en France et à l’étranger

Dossier coordonné par

Adélie Cuneo

Juriste à l’Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Laurence Warin

Docteure en droit public, Membre associée de l’Institut Droit et Santé, Inserm UMR_1145 et du Centre Maurice Hauriou, Faculté de droit, d’économie et de gestion, Université Paris Cité et ATER au Centre Maurice Hauriou

Introduction

Plus de vingt ans après l’adoption de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des patients et la qualité du système de santé, des questions surgissent depuis quelques années dans la sphère juridique en ce qui concerne une catégorie de patients en particulier : les femmes, et plus spécialement lors de leur suivi gynécologique et obstétrical. Malgré le corpus de droits fondamentaux reconnus à tous les patients en France, il semble que certaines femmes soient mises à l’épreuve lors d’examen gynécologiques ou obstétricaux, comme l’illustrent les nombreux témoignages dont les réseaux sociaux ont été le relai depuis une dizaine d’années en France et à l’étranger.

En France, des associations et des institutions se sont saisies de la question, amenant les professionnels de la santé et du droit à s’intéresser aux violences obstétricales et gynécologiques. Les articles proposés dans ce dossier, pour certains, abordent ces violences de manière globale et, pour d’autres, s’intéressent plus spécifiquement à un seul type de violence. Les jurisprudences étudiées et les réflexions menées ici permettent à la fois de faire un état des lieux sur l’appréhension de ces violences par le droit français mais aussi de penser les évolutions du cadre juridique, qui peut sembler encore insuffisant en France comme dans de nombreux pays.

Le phénomène des violences obstétricales et gynécologiques est largement constaté à travers le monde. Des recherches quantitatives récentes de santé publique ont ainsi montré que des femmes dans le monde entier « *font état d’un traitement sous-optimal lors des accouchements en établissement*¹ ». La perspective internationale proposée dans ce dossier au travers des contributions d’auteurs belges, brésiliens, québécois et chinois apporte ainsi un éclairage précieux sur la réponse proposée ou envisagée par différents systèmes juridiques.

Merci à tous les contributeurs pour leurs commentaires et analyses qui font avancer la réflexion indispensable sur le sujet.

Adélie Cuneo et Laurence Warin

1 - S. Batram-Zantvoort, O. Razum, C. Miani, « Un regard théorique sur l’intégrité à la naissance : médicalisation, théories du risque, embodiment et intersectionnalité », Santé Publique, 2021, n° 5, Vol. 33, p. 645-654.

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

Violences gynécologiques et obstétricales : comment restaurer la confiance réciproque entre patientes et professionnels de santé ?

Nathalie Boudet-Gizardin

Avocat associé chez Ginestie Magellan Paley-Vincent

Résumé

La multiplication des scandales médiatiques liés à l'exercice de la gynécologie-obstétrique conjuguée à la libération de la parole des femmes qui ont dénoncé le caractère massif des actes sexistes réalisés lors de leur suivi gynécologique et/ou obstétrical ont mis en lumière une rupture du lien de confiance des patientes envers certains de leurs professionnels de santé, et notamment de leurs médecins. Le présent article a pour objet de présenter brièvement les quelques leviers d'actions qui pourraient permettre de restaurer cette confiance réciproque indispensable à la qualité et à la sécurité des soins.

Abstract

The multiplication of media scandals related to the practice of gynecology-obstetrics, coupled with the liberation of women's voices denouncing the massive sexist acts during their gynecological and/or obstetrical care, has highlighted a breakdown in the trust relationship between patients and some healthcare professionals, particularly their doctors. This article aims to briefly present a few strategies that could help restore this essential mutual trust for the quality and safety of care.

La multiplication des scandales médiatiques liés à l'exercice de la gynécologie-obstétrique conjuguée à la libération de la parole des femmes, qui ont dénoncé les actes sexistes auxquels elles sont quotidiennement confrontées lors de leur suivi gynécologique et/ou obstétrical, ont mis en lumière une rupture du lien de confiance des patientes envers certains de leurs professionnels de santé, et notamment de leurs médecins. Un lien de confiance qui doit être réciproque entre les patientes et les soignants pour garantir la qualité de leur prise en charge, qui ne se limite pas simplement à la sécurité des soins, mais intègre également une dimension humaine. Ce qu'on appelle aujourd'hui « *la bientraitance* ».

Comment restaurer cette confiance réciproque dans la relation de soins sur le terrain ? Cette confiance passe d'abord par une reconnaissance, par les professionnels de santé eux-mêmes et par les pouvoirs publics, de la réalité de certaines violences et de leur juste condamnation sur le plan disciplinaire et/ou pénal (I). Elle passe également par l'évolution effective des pratiques professionnelles et la prise de mesures préventives, par les praticiens, dans le cadre du suivi gynécologique et/ou obstétrical qu'ils assurent dans leur cabinet, ainsi qu'à l'occasion de la prise en charge des patientes au sein des maternités (II).

L'objectif de ces mesures : replacer l'information et le consentement de la patiente au cœur de sa prise en charge, comme l'impose la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 dite « Kouchner », ce qui devrait permettre d'apaiser les relations avec les professionnels de santé, de sécuriser davantage leur exercice quotidien et ainsi de maintenir la qualité des soins prodigués.

I. La réalité des violences gynécologiques et/ou obstétricales : des pratiques diverses qui appellent des sanctions adaptées

Il est essentiel de cerner les contours de ce que l'on qualifie communément de « violences gynécologiques et/ou obstétricales » (1) avant d'examiner les procédures susceptibles d'être engagées lorsque de telles violences sont commises (2).

I. Que recouvrent les « violences gynécologiques et/ou obstétricales » ?

La terminologie de « violences gynécologiques et obstétricales » ne fait encore, à ce jour, l'objet d'aucune définition légale¹ et recouvre en pratique des actes extrêmement variés, occasionnés de manière volontaire ou involontaire par des professionnels de santé, constitutifs, dans la très grande majorité des cas, de manquements déontologiques, pouvant même parfois être pénalement répréhensibles.

Le Haut Conseil à l'Égalité des Hommes et des Femmes (HCE) les a définies, de façon très générale, dans son rapport du 26 juin 2018² en ces termes :

« Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical sont des gestes, propos, pratiques et comportements exercés ou omis par un ou plusieurs membres du personnel soignant sur une patiente au cours du suivi gynécologique et obstétrical et qui s'inscrivent dans l'histoire de la médecine gynécologique et obstétricale, traversée par la volonté de contrôler le corps des femmes. Ils sont le fait de soignants - de toutes spécialités - femmes et hommes, qui n'ont pas forcément l'intention d'être maltraitants. Ils peuvent prendre des formes très diverses, des plus anodines en apparence aux plus graves ».

Ce rapport identifie, de façon graduée, **six types d'actes sexistes** durant le suivi gynécologique et/ou obstétrical :

- **La non prise en compte de la gêne de la patiente, liée au caractère intime de la consultation ou du contexte** (Exemples : demander aux femmes de se déshabiller entièrement pour un examen gynécologique, et ne pas prendre en compte la gêne qui peut découler de cette demande ; de la même manière, ne pas frapper à la porte de la chambre d'une femme qui vient d'accoucher, entrer à plusieurs alors qu'elle est nue, peut mettre la patiente mal à l'aise).

- **Les propos porteurs de jugements sur la sexualité, la tenue, le poids, la volonté ou non d'avoir un enfant, qui renvoient à des injonctions sexistes et peuvent parfois caractériser un outrage sexiste** (Exemples : propos dénigrants sur le poids d'une patiente, ou jugement porté sur l'orientation sexuelle d'une patiente)

- **Les injures sexistes** (Exemple de propos tenus à une patiente venue faire un dépistage : « Faut aussi arrêter d'être une salope »³)

- **Les actes (intervention médicale, prescription, etc.) exercés sans recueillir le consentement ou sans respecter le choix ou la parole de la patiente** (Exemples : introduire un spéculum sans en informer la patiente, pratiquer une épisiotomie sans explication ni recueil du consentement libre et éclairé)

- **Les actes ou refus d'acte non justifiés médicalement** (Exemples : des frottis pratiqués sur des femmes jeunes sans nécessité médicale, la pratique répétée et non justifiée de touchers vaginaux, la pratique d'épisiotomie systématique)

- **Les violences sexuelles comme le harcèlement sexuel, l'agression sexuelle ou encore le viol.**

Le cadre normatif actuel permet de distinguer les comportements répréhensibles relevant exclusivement du respect de la déontologie médicale de ceux qui, compte tenu de leur particulière gravité, constituent, au-delà d'un manquement déontologique, une infraction pénale.

Une proposition de loi visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bienveillant, enregistrée à la Présidence du Sénat le 12 janvier 2023, tend toutefois à supprimer cette bi-catégorisation en créant, dans le code

1 - Une proposition de loi n°238 visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bienveillant, enregistrée à la Présidence du Sénat le 12 janvier 2023, les définit comme suit : « Constitue une violence gynécologique et obstétricale le fait, pour un professionnel de santé, de procéder à un acte ayant pour effet de porter atteinte à la dignité d'une patiente en raison de son caractère dégradant ou humiliant ou de créer à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ou de porter atteinte à son intégrité en raison de séquelles physiques et psychologiques. »

2 - HCE, « Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical », Rapport n°2018-06-26-SAN-034, voté le 26 juin 2018.

3 - Janvier 2017, « Paye ton gynéco », <https://www.facebook.com/tongynecol/>.

pénal, deux nouveaux délits, celui de violence gynécologique et obstétricale (intentionnelle et non intentionnelle) d'une part, et celui d'outrage sexiste gynécologique et obstétrical⁴, d'autre part. Ces délits seraient assortis de peines d'emprisonnement et d'amende et pourraient faire l'objet de circonstances aggravantes en fonction des discriminations croisées vécues par les victimes.

Faute d'adoption, à ce jour, d'un nouveau cadre législatif, il nous semble encore pertinent de catégoriser les actes de violences gynécologiques et obstétricales selon qu'ils relèvent ou non d'une qualification pénale, dès lors que la procédure susceptible d'être engagée par la victime dépend de la nature juridique de l'acte commis.

2. Quelles procédures engager en cas de violences gynécologiques et/ou obstétricales ?

En fonction de la nature juridique de l'acte commis, une patiente peut, lorsqu'elle est victime de violences gynécologiques et/ou obstétricales, déposer une plainte disciplinaire auprès du Conseil départemental de l'Ordre des médecins (CDOM) dont relève le praticien auteur **(a)** et/ou une plainte pénale si cet acte caractérise également une infraction pénale **(b)**.

Plus rares sont les actions civiles introduites à l'encontre d'un professionnel ou d'un établissement de santé, par une patiente qui aura souvent les plus grandes peines à démontrer l'existence d'une faute (manquement au devoir d'information, faute commise lors de la réalisation d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, etc.) à l'origine de préjudices qu'elle subit (corporel, matériel, moral).

a. Les actes de violences gynécologiques et obstétricales constituant uniquement des manquements déontologiques susceptibles de plaintes disciplinaires

Parmi les six types d'actes sexistes précités, relèvent à ce jour exclusivement de la déontologie médicale « *la non prise en compte de la gêne de la patiente liée au caractère intime d'une consultation ou du contexte* » ou encore « *le fait d'imposer un type de contraception sans respecter le choix ou la parole de la patiente* ».

Ces comportements, parfois involontaires, qui relèvent de négligences, maladresses, mauvaises habitudes ou encore d'un excès de paternalisme, sont directement contraires à plusieurs dispositions du Code de déontologie médicale, codifiés dans le Code de la santé publique aux articles :

- **R. 4127-2** : « *Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité* ».

- **R. 4127-3** : « *Le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine* ».

- **R. 4127-7** : « *Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard.*

Il doit leur apporter son concours en toutes circonstances.

Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée ».

A la différence des infractions pénales, les manquements déontologiques sont imprescriptibles, ce qui signifie qu'ils peuvent faire l'objet d'une plainte disciplinaire déposée devant le CDOM et être sanctionnés par les Chambres disciplinaires de première instance ou nationale de l'Ordre des Médecins, durant toute la vie professionnelle du médecin concerné, ce qui est souvent très mal vécu par ce dernier.

A la différence d'une action civile dont la logique est avant tout indemnitaire, les sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées par les Chambres disciplinaires de l'Ordre des Médecins sont, par ordre de gravité, l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'exercice avec ou sans sursis de plusieurs ou de la totalité des fonctions du médecin, et enfin la radiation. Ces sanctions peuvent dans certains cas particuliers s'accompagner d'une amende,

4 - Proposition de loi n°238 visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bienveillant, enregistrée à la Présidence du Sénat le 12 janvier 2023, préc.

de dommages-intérêts pour procédure abusive ou encore d'une condamnation indemnitaire à la prise en charge des frais de procédure.

De telles sanctions disciplinaires peuvent se cumuler avec d'éventuelles sanctions pénales lorsque l'acte commis constitue à la fois un ou des manquements déontologiques et une infraction pénale. Ainsi, un médecin peut, pour les mêmes faits ou accusations, être jugé devant une juridiction disciplinaire et une juridiction pénale, en dépit du principe « *non bis in idem* », compte tenu de l'indépendance des instances disciplinaires et pénales⁵.

b. Les actes de violences gynécologiques et obstétricales constituant à la fois des manquements déontologiques et des infractions pénales susceptibles de procédures disciplinaires et pénales

Parmi les actes qui constituent à la fois un manquement déontologique et une infraction pénale, il est possible de distinguer, comme le propose le Professeur Viriot-Barrial⁶, ceux attentatoires à la dignité d'une patiente, de ceux attentatoires à l'intégrité physique ou sexuelle d'une patiente.

i. *La distinction entre actes attentatoires à la dignité d'une patiente et actes portant atteintes à son intégrité physique ou sexuelle*

Ainsi, l'injure sexiste⁷, l'outrage sexiste⁸ ou encore le harcèlement sexuel⁹ peuvent être identifiés comme étant des actes portant atteinte à la dignité d'une patiente. Ils présentent nécessairement un degré de gravité moindre que les actes attentatoires à l'intégrité physique ou sexuelle d'une patiente. Ces derniers peuvent être classés en deux catégories : d'une part, les interventions médicales ou prescriptions réalisées sans recueillir le consentement ou sans respecter le choix ou la parole d'une patiente, ou encore les actes ou refus d'actes non justifiés médicalement, qui peuvent relever de la qualification pénale des violences physiques¹⁰, et d'autre part, les violences sexuelles comprenant les agressions sexuelles¹¹ et les viols en cas de pénétration¹². Lorsque l'une de ces infractions est commise par un professionnel de santé, il s'agit d'une circonstance aggravante dès lors qu'il s'agit d'une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.

ii. *Le consentement et la justification médicale, deux critères au cœur des qualifications déontologiques et pénales*

En pratique, la spécificité des actes gynécologiques et obstétricaux rend parfois difficile la qualification pénale de ces infractions. En effet, à la différence d'autres examens médicaux, les examens gynécologiques et obstétricaux comprennent intrinsèquement une atteinte à l'intégrité physique ou sexuelle : c'est le cas de la palpation mammaire, qui si elle est effectuée avec « *violence, contrainte, menace ou surprise* », peut relever de l'agression sexuelle, ou encore de la pratique d'un toucher vaginal ou d'un frottis, qui constituent des actes de pénétration vaginale par autrui qui, s'ils sont effectués avec « *violence, contrainte, menace ou surprise* », peuvent caractériser un viol.

Deux critères peuvent donc faire basculer certains actes gynécologiques ou obstétricaux vers une qualification pénale : l'absence de consentement de la patiente et l'absence de justification médicale à la réalisation de l'acte, puisqu' « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* »¹³.

C'est également sur ces deux critères que se fondent les juridictions disciplinaires pour apprécier l'existence ou non d'une faute déontologique commise par un médecin : l'acte était-il médicalement justifié et conforme aux données acquises de la science ? La patiente y a-t-elle consenti ?

C'est ainsi qu'a été condamné à une interdiction d'exercer la médecine pendant 6 mois le praticien qui a effectué

5 - CE, avis, Section de l'intérieur, 29 avril 2004, n° 370136 ; CC, 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC ; CC, 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC.

6 - Pr. D. Viriot-Barrial « *La gynécologie-obstétrique, activité médicale sous haute pression éthique : le risque pénal au cœur des débats* », Revue droit & Santé - Revue droit & santé, n°106, Mars 2022.

7 - Art. 222-33-1-1 et art. R625-8-3 du code pénal.

8 - *Idem*.

9 - art. 222-33 du code pénal.

10 - art. 222-1 à 222-18-3 du code pénal.

11 - art. 222-22 du code pénal.

12 - art. 222-23 du code pénal.

13 - Art. 16-3 al. 2 du code civil.

des gestes à caractère érotique à l'occasion d'un examen gynécologique comportant des touchers vaginaux. Les gestes en cause ne présentaient aucune justification médicale mais avaient un caractère sexuel et constituaient des manquements graves aux obligations déontologiques faites au praticien¹⁴. De la même manière, un médecin généraliste qui pratiquait sur sa patiente une méthode d'ostéopathie intra-pelvienne, alors qu'elle se trouvait dans un état de vulnérabilité psychologique, a été condamné à une interdiction d'exercer la médecine pendant deux ans, sur le fondement de la prohibition du charlatanisme¹⁵.

D'autres décisions disciplinaires ont, au contraire, réfuté la qualification d'acte contraire à la déontologie médicale. Ainsi, pour une palpation mammaire liée à un renouvellement de prescription de contraception orale, la Chambre Disciplinaire Nationale de l'Ordre des Médecins a considéré que le consentement implicite de la patiente découlait de la demande même de la consultation gynécologique¹⁶. L'utilité de l'acte médical a également été retenue par la Chambre Disciplinaire Nationale de l'Ordre des Médecins pour justifier une épisiotomie, malgré les protestations de la patiente, au motif d'un besoin médical impérieux tenant à la santé et au bien-être de l'enfant à naître¹⁷.

iii. Une procédure disciplinaire inadaptée aux faits relevant de violences sexistes et sexuelles

Dans son rapport sur l'Ordre des Médecins publié le 9 décembre 2019, la Cour des comptes a dénoncé le manque de rigueur dans le traitement des plaintes pour des faits à caractère sexuel (peu d'initiative de plaintes, peu d'association des CDOM aux plaintes de patientes, non transmission aux chambres disciplinaires des faits similaires antérieurs ou simultanés mettant en cause les mêmes médecins, etc.). L'implication du CDOM se pose avec une acuité particulière lorsque le médecin mis en cause exerce à l'hôpital public et que seul le CDOM peut porter plainte contre lui, puisque la patiente n'a pas de possibilité de saisir directement la chambre disciplinaire, compte tenu du statut hospitalier du praticien.

Le HCE a, quant à lui, pointé du doigt le fait que la procédure disciplinaire actuelle serait inadaptée aux violences sexuelles, dès lors que des réunions de conciliation sont organisées entre les victimes et leur agresseur désigné, alors que cette pratique est prohibée par la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, ratifiée par la France le 4 juillet 2014¹⁸.

Enfin, s'agissant des sanctions disciplinaires prononcées, le HCE constate que « *les décisions de la chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins font apparaître l'absence de radiation automatique dans les cas de relations sexuelles avec abus de faiblesse, viols, agressions sexuelles, proxénétisme reconnus* », ce qui signifie que « *des médecins reconnus coupables de tels actes continueront in fine leurs activités professionnelles et demeureront en contact avec des patientes* »¹⁹. Malheureusement, il n'existe pas à ce jour de transmission systématique aux juridictions pénales, des plaintes déposées auprès des CDOM relatives à des atteintes à l'intégrité physique ou sexuelle commises sur une patiente, quand bien même la victime aurait donné son accord. En revanche, toute condamnation d'un médecin par une juridiction pénale est communiquée au Conseil National de l'Ordre des Médecins et « *la chambre de première instance de l'Ordre peut prononcer s'il y a lieu, à son égard [...] une des sanctions prévues à l'article L.4124-6* ».

Concrètement, lorsqu'un praticien est condamné pénalement et que cette décision de condamnation est devenue définitive, elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée et s'impose aux juridictions disciplinaires concernant la constatation matérielle des faits, qui ne peut être remise en cause. Ainsi, un médecin généraliste, reconnu coupable de viol sur 32 patientes avec la circonstance aggravante d'avoir abusé de l'autorité que lui conférait la fonction de médecin qu'il exerçait, et d'atteinte à l'intimité de la vie privée de neuf patientes, a été condamné par la Cour d'assise à une peine de dix ans de réclusion criminelle et à une interdiction définitive de pratiquer la médecine. Devant la Chambre Disciplinaire Nationale de l'Ordre des Médecins, le moyen tiré de la contestation des faits constatés par la Cour d'Assise du Cher a été écarté et ce médecin généraliste a été radié²⁰.

14 - Interdiction d'exercice de 6 mois, 16/04/2021.

15 - Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 11 mai 2017, décision n° 13031.

16 - Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 14 décembre 2018, décision n° 13460.

17 - Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 16 septembre 2010, décision n° 10563.

18 - Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 ayant pour objet de transposer et d'adapter au droit pénal français la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique signée à Istanbul, le 11 mai 2011.

19 - HCE, Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical, Rapport n°2018-06-26-SAN-034, voté le 26 juin 2018.

20 - Conseil national de l'ordre des médecins, 5 octobre 2021, n° 14479.

Il est clair que la mobilisation du CDOM et le renforcement de la coopération des juridictions disciplinaires et pénales constituent un des leviers privilégiés pour permettre de restaurer le lien de confiance des patientes envers leurs médecins.

II. La prévention des violences gynécologiques et/ou obstétricales : un impératif d'évolution des pratiques professionnelles

Fort heureusement, les praticiens condamnés pour agressions sexuelles ou viols sont peu nombreux et dans la majorité des cas, les plaintes disciplinaires sont relatives à des inconduites ou des maladroites commises par des médecins, de façon rarement volontaire. Elles affectent néanmoins la relation de confiance entre patientes et praticiens, et pourraient être évitées en adaptant les pratiques professionnelles lors des consultations et suivis gynécologiques **(1)** ainsi qu'à l'occasion des séjours en maternité **(2)**.

I. Lors des consultations et suivis gynécologiques

En octobre 2021, le Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français (CNGOF) a établi une « *Charte de la consultation en gynécologie ou en obstétrique* », qu'il est recommandé à tous les praticiens d'afficher dans leurs lieux d'attente et à chaque femme d'en prendre connaissance avant leur consultation. Cette charte reprend les principes déontologiques, parfois élémentaires mais souvent oubliés, fondant la relation de confiance entre patiente et médecin, également rappelés par le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) dans son Avis 142 adopté le 16 février 2023.

a. L'information orale et préalable de la patiente

Elle est au cœur de la loi du 4 mars 2002 et rappelée à l'article R. 4127-35 du code de la santé publique « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension* ».

Compte tenu de la spécificité de la consultation en gynécologie obstétrique, qui touche à l'intimité des patientes et est particulièrement intrusive, le CNGOF comme le CCNE insistent sur le fait que, même s'ils manquent de temps, les praticiens doivent faire preuve de pédagogie dans les explications données sur les objectifs, les modalités de réalisation de l'examen clinique (en quoi consiste l'examen ? à quoi sert-il ? est-il douloureux ?) et les risques éventuels associés, et veiller à la bonne compréhension de la patiente. Le Conseil National de l'Ordre des Médecins invite les praticiens disposant de fiches techniques, ou de fiches anatomiques, sur les actes pratiqués, à les remettre à la personne avant l'examen clinique en les explicitant. Quelques minutes supplémentaires consacrées à dialoguer avec une patiente peuvent parfois éviter des années de procédure contentieuse... C'est également lors de cet entretien préalable qu'il peut être proposé à la patiente, en particulier si elle est mineure, d'être accompagnée par un tiers de confiance.

b. Le recueil du consentement préalable de la patiente

Le Code de la santé publique prévoit très clairement, dans ses articles L.1111-4 et R.4127-36, l'obligation de recueillir le consentement préalable, libre, et éclairé du patient, avant tout acte médical ou traitement, ce dernier pouvant le retirer à tout moment ou refuser les soins. Comme déjà exposé *supra*, compte tenu de la spécificité des examens gynécologiques, le consentement est au cœur de la relation de soins tissée entre une patiente et son gynécologue, à telle enseigne que l'absence de consentement est aujourd'hui un des critères permettant de caractériser une atteinte à l'intégrité physique ou sexuelle d'une patiente, sur un plan disciplinaire et/ou pénal. La Charte prévoit ainsi que l'accord oral de la femme doit être recueilli avant tout examen clinique et ce consentement doit être éclairé, compte tenu de l'information délivrée par le praticien. Il est par ailleurs essentiel de prendre les mêmes précautions avec les patientes qui ont déjà consulté qu'avec celles qui sont reçues dans le cadre d'une première consultation de gynécologie et ne plus considérer qu'il existe une présomption de consentement si la patiente se déshabille et s'allonge sur la table d'examen. Par ailleurs, la présence d'un tiers soignant (étudiant en médecine) doit être également soumise au consentement de la patiente ainsi que tout geste médical ou examen

clinique qu'il entend pratiquer²¹.

Dans son avis 142, le CCNE ne considère toutefois pas pertinent de recueillir le consentement de la patiente par écrit, ni de demander qu'un tiers soit systématiquement présent pendant l'examen. Il insiste en revanche sur le fait que le consentement ne doit plus être tacite ou présumé, mais explicite et différencié pour chaque examen pratiqué durant une consultation. Dans cette même ligne, le CNOM recommande que « *Le praticien recueille le consentement oral, et non écrit, de la personne au fur et à mesure de l'examen*²² ». Reste la question délicate de la preuve de ce consentement donné uniquement à l'oral, aussi bien pour les patientes que pour les praticiens, en cas de litige.

c. La réalisation de l'examen clinique dans le respect de l'intimité et de la dignité

La Charte rappelle que :

- L'examen clinique **n'est pas systématique, ni obligatoire**, notamment lors d'une première consultation pour prescription de contraception ou pour une patiente mineure, en l'absence de symptôme, ou lorsque la patiente n'a jamais eu de rapport.

- L'examen clinique doit être **respectueux de l'intimité** de la patiente, et notamment « *la femme doit pouvoir se dévêtir à l'abri des regards, dans le respect de sa pudeur* », et en cas d'examen pratiqué au moyen d'une sonde vaginale, la patiente doit être recouverte d'un drap si elle le souhaite.

- L'examen clinique doit **pouvoir être interrompu** notamment s'il est douloureux. Dans ce cas, il faut informer la patiente des conséquences éventuelles de la non-réalisation de l'examen, proposer un nouveau rendez-vous et l'informer des limites diagnostiques et thérapeutiques que cette absence d'examen clinique peut entraîner.

d. L'attitude correcte et attentive du professionnel de santé

Durant toute la consultation, le praticien devra être attentif au vocabulaire qu'il emploie et maintenir la distance nécessaire dans la relation avec sa patiente, en évitant par exemple l'emploi de termes familiers, ou la séduction, un tutoiement inutile, des commentaires hors médecine... le paternalisme n'est plus accepté !

2. Lors des séjours en maternité

Parallèlement à la publication du rapport du HCE, l'Académie Nationale de Médecine s'est exprimée officiellement dans un Rapport intitulé « *De la bientraitance en obstétrique. La réalité du fonctionnement des maternités* », adopté le 18 septembre 2018, avec pour objectif de décrire la réalité du fonctionnement des maternités tout en faisant état des motifs d'insatisfaction exprimés par les patientes.

En réponse aux « *nombreuses critiques concernant l'hétérogénéité des pratiques et les carences manifestes dans l'accompagnement humain de la naissance* », l'Académie Nationale de Médecine a formulé les recommandations suivantes :

1. Améliorer la formation initiale et continue des soignants à l'information et au respect de l'autonomie des femmes enceintes.

2. Respecter la réalisation de l'entretien prénatal précoce au quatrième mois, promouvoir l'élaboration d'un projet de naissance et proposer des prises en charge adaptées à la situation médicale et aux attentes de chaque couple.

3. Inciter les maternités à mettre leurs pratiques en conformité avec les différentes recommandations pour la pratique clinique (RPC) et en informer les femmes.

4. Optimiser la prise en charge de la douleur en obstétrique par un engagement et un suivi spécifiques figurant dans la charte de l'établissement.

21 - À la suite d'une saisine de Marisol Touraine, à l'époque ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, le Président de la Conférence des doyens des facultés de médecine lui remet, le 27 octobre 2015, un rapport sur les conditions d'apprentissage de l'examen pelvien (vaginal et rectal) sur des patientes endormies.

Ce rapport confirme l'existence des pratiques suivantes : 33% des touchers vaginaux et rectaux avaient été pratiqués sans le consentement de la patiente lorsque ces gestes étaient effectués par des étudiant/es en première, deuxième et troisième année de médecine ; 20% l'étaient toujours sans consentement pour les étudiant/es de quatrième, cinquième et sixième année.

22 - CNOM « *L'examen pelvien dans le respect de l'éthique et de la déontologie médicale* », mars 2023.

5. Établir et respecter les normes des effectifs des personnels en salle de naissance.
6. Évaluer les résultats des maternités en continu et les rendre accessibles au public.

Ces réflexions collectives témoignent d'une réelle prise de conscience par les soignants du fait, qu'au-delà des scandales médiatiques, il existe bien une fracture dans la relation de confiance entre patientes et praticiens, susceptible de mettre en péril la qualité des soins gynécologiques et obstétricaux prodigués. Restaurer un dialogue est aujourd'hui primordial pour humaniser cette prise en charge, sans pour autant renoncer aux exigences de sécurité.

Nathalie Boudet-Gizardin

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

Le défaut de consentement à l'examen gynécologique constitue-t-il un viol ?

Sophie Paricard

Professeure à l'Institut National Universitaire d'Albi

Résumé

Le consentement du patient est devenu un droit fondamental au cœur de l'activité médicale en ce que le patient doit consentir à chaque examen, et plus particulièrement à l'examen le plus intime l'examen gynécologique. Pourtant le défaut de consentement à un acte médical ne semble guère relever d'une infraction pénale tant l'immunité du médecin s'est construite sur le caractère thérapeutique de l'acte. Le défaut de consentement du patient à un examen gynécologique pratiqué conformément aux données acquises de la science ne saurait donc constituer un viol. Une évolution serait certainement bienvenue afin de mieux protéger ce droit fondamental.

Abstract

Patient consent has become a fundamental right at the heart of medical activity. Patient consent must be sought in every examination, and especially in the most intimate of them all, the gynecological examination. However, the lack of consent to a medical procedure hardly seems to be a criminal offence, since the doctor's immunity is based on the therapeutic nature of the procedure. A patient's failure to consent to a gynaecological examination carried out in accordance with the latest scientific findings does not therefore constitute rape. A change would certainly be welcome to better protect this fundamental right.

La médecine et le droit forment classiquement un couple passionnel¹ et « *c'est particulièrement vrai du droit répressif ressenti par les médecins comme une menace pour l'exercice de leur art mais plus profondément comme une insulte au sens premier de leur mission : la bienfaisance*² ». Le droit et la médecine sont en effet deux humanismes ayant pour finalité la protection de la personne et il est depuis toujours délicat pour le médecin d'être l'objet d'un contrôle dans la réalisation de cette mission. L'apparition du droit des malades, devenus droits des patients, est en ce sens complexe car elle se trouve au confluent de ces deux humanismes, avec d'une part des droits issus de l'éthique et de la déontologie consacrés ensuite dans le droit positif, comme le secret médical, et des règles de droit introduites après coup dans l'éthique et la déontologie à l'instar justement du consentement à l'acte médical. Le consentement à l'acte médical est en effet un droit du patient qui a été inventé par le droit positif et dont s'est progressivement emparée la déontologie médicale.

S'il est toujours délicat pour un corps professionnel d'intégrer un droit en quelque sorte étranger en ce qu'il émerge non pas de son éthique mais lui est imposé par des textes, la tâche est plus complexe encore lorsque ce droit se place au cœur de son activité. C'est bien le cas à l'égard de la profession médicale pour le recueil du

1 - V. Sur cette relation ambivalente, V. Entretiens avec J-F. Dhainaut, Président de l'Université Paris 5, G. P, 9-10 juin 2006, n° spécial sur le droit de la santé, p. 4 et s.

2 - Ch. Noiville, De la dépénalisation du colloque singulier à la pénalisation de la santé publique », in *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, dir. F. Bellivier, Ch. Noiville, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 219.

consentement qui est désormais reconnu comme « *le devoir le plus fondamental du médecin, imposé par l'exigence du respect de la personne humaine*³ », à tel point que le consentement à l'acte médical se retrouve aujourd'hui au cœur d'une interrogation relevant cette fois-ci du droit pénal et plus spécialement du viol.

Le viol n'est pas un phénomène étranger à la médecine. « *Les condamnations pénales de médecins pour agressions sexuelles ne sont pas rares et représentent même une part significative des condamnations pénales prononcées chaque année à leur égard*⁴ ». Mais elles n'ont jamais suscité d'interrogations spécifiques à la médecine. Fellation, pénétration pénienne, usage de godemichets... Dans toutes ces affaires, le médecin, qui peut être de toute spécialité, est un délinquant sexuel qui a abusé de sa position pour imposer des relations sexuelles à sa patiente. L'étude de la jurisprudence démontre d'ailleurs qu'on « *ne trouve quasiment aucune condamnation de femme*⁵ ».

Mais une nouvelle forme de viol apparaîtrait : l'examen médical gynécologique sans intention sexuelle. Cette infraction serait fortement corrélée à l'exercice de la profession médicale et n'exclurait dès lors pas les femmes. D'ailleurs, à l'automne 2022, la secrétaire d'État chargée du Développement, de la Francophonie et des Partenariats internationaux, Chrysoula Zacharopoulou, était visée par deux plaintes pour viols supposément survenus lorsqu'elle exerçait en tant que gynécologue⁶.

Le viol est défini au sein de l'article 222-23 du code pénal comme « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit ou tout acte bucco-génital, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise* ».

Dans le contexte médical, le viol que l'on pourrait qualifier de classique est le plus souvent opéré par surprise. Sur la table d'examen, la patiente croit en effet *a priori*, que tout ce que va lui faire le praticien est destiné à la soigner. Dans ces conditions, le médecin qui trahit sa mission ainsi que la confiance de sa patiente, n'a pas besoin de déployer des procédés sophistiqués ou brutaux pour la soumettre à ses désirs. Elle est, d'avance, portée à la soumission. La pénétration sexuelle se fera par surprise. Le recueil du consentement aux soins de la patiente n'y change évidemment rien car, même si le médecin reçoit le consentement de sa patiente à l'ensemble des soins qu'il va lui prodiguer, il ne recueille évidemment pas son consentement à un acte sexuel. La question relative au viol qui serait commis lors d'un examen médical impliquant la pénétration est toute autre et démontre l'originalité de la situation.

Alors qu'aucune relation sexuelle n'a eu lieu entre le médecin et sa patiente, l'examen médical est vécu comme un viol parce que la patiente n'a pas consenti, soit qu'elle n'en ait pas été informée préalablement soit qu'elle n'ait pas clairement exprimé son accord à la réalisation de l'acte, soit qu'elle ait en cours de réalisation de l'acte retiré son consentement. Il ne s'agit donc pas de s'interroger sur le consentement à l'acte sexuel, comme dans le contentieux classique du viol mais sur le défaut de consentement à cet examen gynécologique, intime par excellence.

Ces plaintes viennent s'inscrire dans le contexte de la libération de la parole des femmes et de l'émergence du concept de violences gynécologiques et obstétricales qui s'est progressivement construit en Amérique latine. L'idée est en effet de dénoncer toutes les formes de violences sexistes que peuvent subir les femmes dans le cadre de leur suivi gynécologique et obstétrical. Un rapport du Haut Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes en a été le support en France en rassemblant de nombreux témoignages⁷. Même si le concept est encore mal défini, un noyau dur peut être identifié notamment « *le non-respect de l'intimité et de la pudeur, le manque d'information, l'absence de consentement des femmes*⁸ ».

Le débat ne porte donc pas sur la faute technique classique mais sur la faute d'humanisme. Plus que sa compétence technique, c'est donc l'attitude du professionnel de santé qui est en cause. Or, si les fautes techniques sont abondantes et font l'objet d'un contentieux nourri, les fautes d'humanisme dont relèvent les droits des patients font encore rarement l'objet d'un contentieux notamment pénal. C'est ainsi que si « *l'oubli de corps étrangers dans*

3 - C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, p. 8.

4 - P. Mistretta, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2022, n° 356, p. 263.

5 - P. Mistretta, *op. cit.*, n° 362, p. 265.

6 - Les plaintes ont depuis lors été classées sans suite.

7 - HCEFH, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, 2018.

8 - V. Rozée, Cl. Sanchez, « Les violences gynécologiques et obstétricales : construction d'une question politique de santé publique », *Santé Publique*, 2021, vol. 33, p. 632.

l'organisme du malade pendant l'opération a fait l'objet d'une jurisprudence abondante »⁹, « *le consentement du patient, ou plus précisément, son pouvoir de codécision, atteint rarement le prétoire* » comme le relève D. Truchet¹⁰.

Pourtant la question se pose aujourd'hui, à l'aune de la dénonciation de ces nouvelles formes de violences contre les femmes : le défaut de consentement à un examen gynécologique peut-il constituer un viol ? La question est cruciale à l'égard des plaignantes et médecins mis en cause mais aussi au regard de l'adaptabilité de notre droit positif à ces formes de violences aujourd'hui dénoncées. Nos qualifications pénales sont-elles susceptibles de s'adapter ou le législateur doit-il s'emparer de ce sujet éminemment politique, la lutte contre les violences structurelles faites aux femmes, afin de protéger le consentement à l'acte médical ?

La gynécologie est actuellement la spécialité ciblée par cette interrogation car le fameux mouvement de la libération de la parole des femmes évoque désormais l'emprise dont leur corps fait l'objet notamment dans la sphère médicale. Mais ce n'est certainement pas la seule spécialité concernée puisque le recueil de ce consentement est une obligation générale qui s'impose à tous les professionnels de santé.

Il convient dans un premier temps de s'intéresser au recueil de ce consentement à l'acte médical (I), pour s'interroger sur l'incidence de son absence et notamment une éventuelle qualification de viol (II).

I – Le consentement à l'acte médical : un droit fondamental au cœur de l'activité médicale

Le recueil du consentement est un droit fondamental (A), au cœur de l'activité médicale (B).

A – Un droit fondamental

L'origine de ce droit se trouve dans l'arrêt Teyssié (Req. 28 janvier 1942), un des arrêts majeurs du droit médical, qui affirme qu' « *un chirurgien est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une grave atteinte aux droits du malade* ».

Les magistrats relient, dans ce même arrêt, obligation de recueil du consentement et devoir d'information en jugeant qu'un « *chirurgien doit informer son patient de la nature exacte de l'opération qu'il va subir, de ses conséquences possibles et du choix qu'il a entre les deux méthodes curatives* ». Le patient ne peut en effet valablement consentir que s'il le fait en connaissance de cause, c'est-à-dire s'il est correctement informé. Fondée sur le respect de la personne humaine, l'exigence de recueillir le consentement éclairé du patient était née.

Ce principe de respect de la personne humaine, qui se fondera plus tard dans celui de la dignité de la personne humaine, est invoqué ici pour la première fois par la Cour de cassation. Cet arrêt est dès lors « *fondateur de la reconnaissance par la Cour de cassation de la primauté du respect de la personne humaine dans l'activité médicale et du droit des malades*¹¹ ». Gérard Mémeteau le qualifie ainsi d' « *arrêt fondamental du droit médical*¹² ».

Cet arrêt n'est en effet pas neutre au regard de son contexte puisque cet arrêt est rendu en pleine seconde guerre mondiale alors que des expérimentations monstrueuses sont menées sur les déportés. Mais surtout, sur un fondement inédit, il vient imposer une nouvelle obligation au corps médical. Il s'agit en effet d'une révolution imposée à la médecine par le droit car « *le consentement aux soins reste étranger à la tradition chrétienne de la médecine*¹³ ». La nécessité d'un consentement éclairé a commencé à émerger dans le code de déontologie médicale issu du décret du 28 novembre 1955 prévoyant en son article 29 l'hypothèse d'un refus du patient puis de celui du 28 juin 1979 précisant en son article 7 que « *la volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible* ». Mais elle a été explicitement consacrée seulement dans sa version issue du 6 décembre 1995 : l'article 36,

9 - M. Akida, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, préf. A. Chavanne, LGDJ, 1994, n° 176, p. 144.

10 - D. Truchet, « La loi du 4 mars 2002 vingt ans après : en guise de conclusion... provisoire », RDSS 2022, 271.

11 - C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, p. 8.

12 - G. Mémeteau, « La présentation du droit médical », RTD. civ. 2002, p. 253.

13 - V. A. Leca, C. Berland-Benham, Le consentement aux soins replacé dans une perspective historique, in *Consentement et santé*, dir. A. Laude, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 19 et s.

devenu à la suite de sa transposition l'article R. 4127-36 du code de la santé publique énonce que « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ».

L'exigence du consentement a ensuite été relayée par les textes mais relativement tard. C'est la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain dite « bioéthique » qui a introduit au sein du Code civil un chapitre intitulé « Du respect du corps humain » (art.16 et s) dans lequel sont posés les principes généraux de protection de la personne face à la science et au progrès médical.

L'article 16 qui inaugure ce chapitre affirme que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie* ». Le corps humain est désormais protégé en ce qu'il est le substratum de la personne : « chacun a droit au respect de son corps » déclare l'article 16-1. Le Conseil constitutionnel a parallèlement consacré à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de cette loi l'existence d'un « *principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne* » dans lequel se retrouve certainement le respect de la personne qui s'affirme dès lors comme une valeur supérieure puisque constitutionalisée¹⁴.

L'intégrité corporelle se trouve évidemment au cœur de ces nouvelles dispositions en ce qu'il s'agit de protéger le corps des atteintes subies par autrui, d'ériger une sorte de bulle de protection autour du corps de la personne. La nécessité d'obtenir le consentement du patient est en bonne place dans ce nouveau dispositif. Ce même article 16-1 affirme en effet immédiatement ensuite que « le corps humain est inviolable ». L'article 16-3 du Code civil modifiée par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 dispose qu' « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

L'autre code important, moins symbolique et plus technique, qui reçoit cette obligation est le code de la santé publique. Même si la seconde loi bioéthique du 29 juillet 1994 est venue y insérer des dispositions faisant écho à celles du code civil, c'est principalement la loi dite Kouchner du 4 mars 2002 « relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé », plus récente encore, qui y a introduit les dispositions les plus essentielles relativement aux droits des patients, dont celui de donner un consentement éclairé.

Un chapitre préliminaire au sein du Titre Premier du Livre premier de la Première Partie du Code la santé publique est ainsi entièrement consacré aux « Droits de la personne ». Et l'un des premiers articles de ce chapitre énonce que « la personne malade a droit au respect de sa dignité » (art. L. 1110-2 CSP) tandis que l'article L. 1111-4 al. 3 dispose qu' « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

Ce même article L. 1111-4 détermine également les dispositions qui doivent être prises lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté et précise les exigences en matière de mineurs ou de majeur sous tutelle.

Il n'est donc plus admis que le médecin décide unilatéralement du bien du patient et la loi du 4 mars 2002 semble même introduire une inversion des rôles en mettant au premier plan le consentement de la personne. Le premier chapitre du Titre premier relatif aux droits des personnes malades et des usagers du système de santé est significativement intitulé « Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ».

L'article L. 1111-4 précise en ce sens qu'il s'agit bien désormais non plus d'une décision prise par le médecin à laquelle le patient consent mais plutôt d'une décision personnelle du patient prise avec son médecin, une sorte de codécision : « *toute personne prend, avec le professionnel de santé, et compte tenu des informations et préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* ».

Le patient doit avoir reçu à cet égard aux termes de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique une information qui « *porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». Le texte précise ensuite que cette information qui « *incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences* » est « *délivrée au cours d'un entretien individuel* ».

.....
14 - Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

Tirant les conséquences de cette évolution légale et constitutionnelle, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt de 2001 que « *le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*¹⁵ ». Il en est sans nul doute de même pour le devoir de recueillir le consentement du patient : il est lui aussi incontestablement fondé sur un socle très solide, le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

L'importance du recueil du consentement du patient a d'ailleurs une dimension internationale, la dignité de la personne s'étant affirmée comme une valeur universelle. Le consentement, bien que relativement récent, est donc devenu un droit fondamental auquel il faut porter particulièrement attention puisqu'il se trouve au cœur de l'activité médicale.

B – Une obligation au cœur de l'activité médicale

L'article L. 1111-4 du code de la santé publique précise qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ». Le patient doit donc consentir à tout acte de prévention, de diagnostic ou de soins après avoir reçu une information conforme aux exigences fixées par l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, sauf s'il refuse expressément de recevoir une telle information.

Le consentement à l'acte médical est dès lors un consentement spécial qui doit impérativement être distingué du consentement à la relation médicale avec le médecin qui est lui aussi nécessaire en vertu du principe du libre choix du praticien (C. santé publ., art. L. 1110-8, al. 1^{er}). Cette liberté de choix implique en effet que le consentement du malade est nécessaire pour établir une relation médicale avec tel praticien. Mais ce consentement initial ne vaut pas consentement aux traitements, investigations ou soins qui lui seront proposés dans le cadre de cette relation médicale. « *L'acte médical est distinct du contrat médical (...) le contrat médical et le respect des obligations qui en découlent, comme par exemple le paiement des honoraires, pourront être exigés indépendamment que le patient consente ou non à l'acte médical*¹⁶ ».

Le patient ne dépose plus aveuglément sa santé entre les mains de son médecin : il est devenu un acteur de sa propre santé¹⁷. Le médecin doit ainsi prendre soin d'éclairer le patient sur chaque acte envisagé et « cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel » comme l'exige l'article L. 1111-2 al. 3. Cela nécessite évidemment pour le médecin de discuter avec son patient de chaque acte qu'il prévoit d'effectuer et notamment de l'informer comme l'exige l'alinéa 1^{er} de ce même article « *sur les différentes investigations, traitement ou actions de préventions qui sont proposés* ». Il doit notamment expliquer « *leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». Une fois informé, le patient doit alors consentir à chaque acte ainsi proposé. Les actes refusés ne peuvent évidemment être réalisés. Le consentement du patient détermine en quelque sorte le périmètre médical dans lequel le médecin peut évoluer.

Les modalités de recueil du consentement ne sont pas encadrées, sauf pour certains actes bien spécifiques qui ont la caractéristique par ailleurs d'être non thérapeutiques, comme l'interruption volontaire d'une grossesse, le don de gamètes ou bien encore la stérilisation pour lesquels un consentement écrit est nécessaire. Aucun formalisme n'est ainsi requis pour les actes non spécifiquement encadrés. Un écrit n'est donc pas indispensable : le consentement du patient peut être exprimé oralement. Le médecin peut dès lors prouver le consentement de son patient par tout moyen, notamment par des témoignages. Il peut cependant être utile pour le médecin de se préconstituer une preuve par écrit du consentement du patient dans la perspective d'un contentieux.

15 - Civ. 1^{re} 9 octobre 2001, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001, p. 421.

16 - A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 3^{ème} éd., Thémis, PUF, 2012, n° 225.

17 - A. Laude, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », D. 2007, 1151.

Le consentement est également librement révocable : la rétractation du consentement n'est soumise à aucune forme particulière. Il suffit donc que le patient ait manifesté d'une façon ou d'une autre sa volonté¹⁸. Le consentement peut ainsi « être retiré à tout moment » comme le prévoit l'article L. 1111-4 al. 4 du code de la santé publique, c'est-à-dire jusqu'à la réalisation de l'acte médical auquel il avait préalablement consenti. Le patient peut même, lorsqu'il est encore conscient, manifester son refus en cours de réalisation de l'acte. Et, si l'interruption de cet acte n'est pas susceptible d'altérer son état de santé, le médecin doit alors interrompre son acte médical.

En vertu de l'article L.1111-4 al. 3, le médecin doit en effet entendre ce changement de volonté du patient et ne pas réaliser l'acte médical dès lors qu'il a expliqué les conséquences éventuelles de ce refus : « *le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informé des conséquences de ses choix et de leur gravité* » précise cet article.

Dans un cas ultime, lorsque la volonté du patient de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, il est cependant prévu que le celui-ci « *doit réitérer sa décision après un délai raisonnable* » (art. L. 1111-4 al. 3). L'ensemble de la procédure est alors inscrit dans le dossier médical du patient. Mais, la volonté du patient s'impose au médecin malgré le pronostic vital engagé¹⁹. Une seule exception semble encore aujourd'hui admise par la jurisprudence : l'urgence avérée²⁰.

Le recueil du consentement est donc une obligation fondamentale au cœur de l'activité médicale. Mais comment son absence est-elle sanctionnée ?

L'inexécution de cette obligation constitue incontestablement une faute engageant la responsabilité civile ou administrative du médecin (sauf urgence avérée)²¹, mais elle ne semble pas constituer, une infraction pénale, notamment celle de viol. Le consentement à l'acte médical ne serait donc pas protégé par le droit pénal.

II – Le consentement à l'acte médical : une valeur non protégée par le code pénal

Les relations entre le défaut de consentement aux soins et l'atteinte à l'intégrité corporelle en droit pénal doivent être précisées **(A)** afin d'éclairer le raisonnement plus prospectif relatif au viol **(B)**.

A – Défaut de consentement et atteinte à l'intégrité corporelle

Le consentement du patient étant une condition essentielle aux soins, un certain consensus semble se dessiner en doctrine pour considérer que l'acte de soin pratiqué sans le consentement du patient serait condamnable pénalement : « *le médecin n'est pénalement justifié en cas d'atteinte au corps que si l'acte médical est consenti et effectué dans un but thérapeutique*²² ». L'acte médical serait « *hors du champ pénal par l'effet d'une autorisation de la loi*²³ » : le consentement préalable comme condition de légalité de l'acte médical aurait donc pour conséquence de rendre condamnable pénalement toute atteinte à l'intégrité corporelle non consentie²⁴.

Mais un chirurgien, et même plus largement un médecin a-t-il déjà été condamné pénalement pour violence voire pour homicide au motif qu'il n'a pas recueilli le consentement de son patient à un geste thérapeutique portant atteinte au corps humain ?

18 - CAA Nantes, 3^e ch., 29 sept. 2017, n° 15NT03537 CE, 15 févr. 2019, n° 415988 : décisions rendues contre un établissement de soins dans le cas de la rétractation d'un donneur d'organes notamment exprimée verbalement la nuit avant le prélèvement et non suivie d'effet.

19 - CE, 10 août 2021, n° 455270. CAA Bordeaux, 19 octobre 2022 : hospitalisée au CHU de Bordeaux pour l'ablation de la vésicule biliaire, une patiente avait informé le personnel médical de son refus de recevoir l'administration de tout produit sanguin en raison de ses convictions religieuses. L'intervention s'étant compliquée d'une hémorragie massive menaçant la vie de l'intéressée, le personnel médical a procédé à deux transfusions de produits sanguins alors qu'elle était inconsciente. Une troisième transfusion a eu lieu le surlendemain alors que la patiente, qui avait repris connaissance, avait réitéré son refus de bénéficier d'un tel traitement. La cour juge qu'un hôpital commet une faute s'il procède à une transfusion sanguine (la troisième en l'espèce) contre la volonté d'un patient alors que celui-ci, en état d'exprimer sa volonté, a réitéré son refus dans un délai raisonnable, comme le prévoit l'article L. 1111-4 du code de la santé publique.

20 - CE, 20 mai 2022, n° 463713 : Témoin de Jéhovah refusant une transfusion sanguine. V. CAA Bordeaux, 19 octobre 2022 précité qui a validé les deux premières transfusions sanguines justifiées par une urgence avérée.

21 - V. note précédente.

22 - P. Mistretta, op.cit., n° 261, p. 183.

23 - Cl. Cousin, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, dir. B. Feuillet-Le Mintier, Université Rennes-1, 2016, n° 398, p. 206. V. les références citées.

24 - V. en ce sens également plus récemment, D. Viriot-Barral, « La gynécologie-obstétrique, activité médicale sous haute pression éthique : le risque pénal au cœur des débats », *Revue Droit et Santé*, 2022, n° 106, p. 127.

A. Dorsner-Dolivet avait déjà formulé ce questionnement dans sa thèse en 1986 : « lorsque ce but curatif existe se pose alors la question de retenir la prévention d'homicide ou blessures involontaires en raison de l'absence ou l'insuffisance du consentement du patient ²⁵ ». Elle s'appuyait pour tenter de répondre à cette interrogation sur l'un des rares arrêts de la Cour de cassation à s'être alors prononcés sur cette question. Dans une décision du 17 novembre 1969, elle a jugé que le chirurgien ne pouvait être pénalement poursuivi pour « une obligation professionnelle d'ordre général antérieure et distincte », bref une faute d'humanisme, « un défaut d'avertissement » en l'espèce. Elle approuve ainsi la Cour d'appel de Paris d'avoir condamné le médecin à des dommages-intérêts pour une faute civile qui consiste « à ne pas l'avoir mise en mesure de donner son consentement en toute connaissance de cause » et précise que « le manquement à une telle obligation ne saurait justifier une poursuite devant la juridiction répressive²⁶ ».

Alors même que A. Dorsner-Dolivet se montrait déjà très critique à l'égard de l'arrêt de 1969 et relevait que le chirurgien commettait pourtant « une négligence doublée d'une inobservation des règlements²⁷ », un autre arrêt plus récent est venu conforter cette solution.

La chambre criminelle a en effet cassé un arrêt de cour d'appel qui avait condamné un chirurgien pour délit de violences au visa notamment de l'article 121-3 du Code pénal précisant qu' « il n'y a point de crime et de délit sans intention de le commettre²⁸ ». En l'espèce, le chirurgien avait au cours d'une intervention de gynécologie stérilisé une patiente présentant un risque pulmonaire sans s'être assuré de son consentement libre et éclairé. La patiente, qui était restée silencieuse devant le chirurgien lors de la consultation pré opératoire, avait même exprimé son refus d'une telle stérilisation au médecin chargé de la consultation anesthésique. Cependant, celui-ci n'avait pas communiqué l'information à son confrère.

La Cour d'appel avait conclu à la culpabilité du chirurgien du seul fait de l'absence de consentement de la patiente en relevant que le chirurgien avait « volontairement porté atteinte à l'intégrité de la malade en procédant sur sa personne à une stérilisation tubaire qui n'était pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat, sans s'être assuré de son consentement libre et éclairé ». La Cour de cassation n'a cependant pas suivi la Cour d'appel. Elle a considéré que celle-ci n'avait pas caractérisé l'élément intentionnel du délit. Il s'agit en effet de démontrer « le dol²⁹ », « la volonté de nuire » en quelque sorte selon Hélie et Chauveau³⁰, c'est-à-dire non seulement « que la personne avait conscience d'effectuer un acte attentatoire à l'intégrité physique de la personne, mais aussi qu'elle en avait la volonté³¹ ». Cette décision de cassation démontre bien la difficulté de la Cour à condamner pénalement un médecin qui pratique un acte médical dans l'intérêt du patient sans s'être assuré du consentement de celui-ci³². Le défaut de consentement ne suffit pas à caractériser l'intention de commettre un délit pour le médecin qui pratique un acte médical thérapeutique, d'autant plus que les textes sont d'interprétation stricte en droit pénal en vertu de l'article 121-4 du code pénal.

En effet, c'est historiquement le caractère thérapeutique de l'acte pratiqué par le médecin qui justifie l'atteinte à l'intégrité corporelle du patient et permet à celui-ci d'échapper à toute poursuite pénale, créant ainsi une immunité à son égard, appelée « le privilège du médecin³³ ».

Le droit médical, centré autour de l'acte médical comme l'a relevé R. Savatier dans son Traité de droit médical³⁴, s'est en effet construit sur le rapport de nécessité inhérent à la relation entre le médecin et le patient. « Sous cet

25 - A. Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, préf. P. Raynaud, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1986, n° 222, p. 186.

26 - Civ. 17 nov. 1969, JCP 1970, II, 16507, obs. R. Savatier. En l'espèce le chirurgien avait été relaxé des poursuites engagées sur le fondement de blessures par imprudence. La cour d'appel pour éviter l'autorité de la chose jugée au pénal avait alors établi une telle distinction entre l'intervention elle-même et le défaut d'avertissement.

27 - A. Dorsner-Dolivet, *op. cit.*, n° 224, p. 188.

28 - Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 février 2001, n° 00-82.434.

29 - P. Mistretta, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2019, p. 171.

30 - Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*, T. IV, 5^{ème} éd., 1872, p. 31.

31 - P. Mistretta, *ibid.*

32 - La stérilisation était justifiée par le risque pulmonaire. Contra, Crim. 19 janv. 2005, Dr. Pénal 2005, n° 55, pbs. M. Véron : la stérilisation n'était pas justifiée et avait même été dissimulée à la patiente. Le médecin n'avait pas été condamné en raison de la prescription de l'action mais l'arrêt suggère que la stérilisation non consentie pouvait constituer une violence, voir supra.

33 - G. Mémetau, *Traité de la responsabilité médicale*, Les Etudes Hospitalières, 1996, n° 101 et s.

34 - R. Savatier, *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n°1, p. 11.

angle traditionnel, l'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui » écrit ainsi ce même auteur³⁵. L'acte médical peut être ainsi être historiquement défini comme une atteinte à l'intégrité corporelle de la personne humaine opérée par un médecin et même plus largement par un professionnel de santé dans un but thérapeutique, c'est-à-dire un acte diagnostique ou curatif ayant pour finalité de guérir ou d'améliorer l'état de santé de la personne concernée. Il est ainsi « admis depuis le début du XIX^{ème} siècle qu'une telle atteinte n'est pas constitutive d'une infraction de violences volontaires, à condition cependant qu'elle soit réalisée dans le strict intérêt des malades (...) il serait contradictoire de les poursuivre quand une intervention entraînant une telle atteinte est nécessaire³⁶ ».

E. Garçon relève ainsi que « le législateur, en lui conférant des diplômes (...) l'autorise à faire tous les actes qui ont un but curatif³⁷ » tandis que Merle et Vitu écrivent que « la permission chirurgicale ou médicale de porter atteinte à l'intégrité corporelle des malades est implicitement contenue dans les textes qui organisent l'activité médicale »³⁸. Y. Mayaud rejoint cette opinion en affirmant que « les violences chirurgicales (...) trouvent leur justification dans l'intérêt thérapeutique du patient, lequel crédibilise et légitime l'acte³⁹ ».

C'est d'ailleurs au regard de la nécessité de l'acte médical que le consentement de la personne concernée a été considéré pendant longtemps comme secondaire, voire inutile. La relation médicale était en effet « organisée par référence au médecin qui en était le pivot (...) : les médecins répondent au besoin du patient, mais ce sont eux qui apprécient ce qu'ils estiment bon pour ce dernier⁴⁰ ». Au XVI^{ème} siècle, le chirurgien français Guy de Chauliac écrivait que « le malade devait obéir au médecin comme un serf à son seigneur ». Le premier code de déontologie médicale paru en 1941 d'ailleurs n'en souffle mot, tandis que le professeur Portes écrivait encore dans son ouvrage *A la recherche d'une éthique médicale* paru en 1964 que « le patient, ignorant de sa misère, ne pouvait vraiment consentir ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé⁴¹ ».

Même s'il existe actuellement des actes médicaux non thérapeutiques ayant justifié la reformulation de « nécessité médicale » au sein de l'article 16-3, seuls les actes médicaux thérapeutiques restent ainsi toujours légitimes de plein droit. Les actes non thérapeutiques apparus plus tardivement comme l'IVG, l'AMP, doivent pour être légitimes avoir été autorisés par la loi.

Des infractions spécifiques sont d'ailleurs prévues pour sanctionner pénalement la réalisation de certains de ces actes médicaux non thérapeutiques sans le consentement du patient. Sont par exemple incriminés le fait de pratiquer ou faire pratiquer des recherches sur la personne sans son consentement (art. 223-8 C. pénal), de pratiquer une interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée (art. 223-10), de prélever un organe sur une personne vivante sans le consentement de celle-ci (art. 551-3), ou bien encore de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement (511-9). La Cour de cassation a ainsi pu condamner pénalement sur le fondement de l'article 223-8 du code pénal un médecin pour avoir entrepris une recherche biomédicale sur un patient sans le consentement de l'intéressé. De même, si « l'acte médical stérilisateur non consenti constitue une violence⁴² », c'est son absence de finalité thérapeutique qui l'explique⁴³.

Certes l'acte médical ne peut désormais être pratiqué qu'avec le consentement préalable de la personne, mais il paraît indéniable que l'immunité du médecin s'est construite dans l'indifférence de cette donnée. L'exigence plus récente de ce consentement n'a pas eu d'effet sur l'immunité du médecin pour la jurisprudence.

Inversement d'ailleurs, le consentement du patient ne suffit pas à protéger le médecin lorsque l'acte n'a pas une visée thérapeutique. C'est ce qu'a jugé le tribunal de grande instance de Cologne à propos d'une circoncision

35 - *Ibid*, n°1, p. 11.

36 - D. Thouvenin, *Le consentement dans le champ des pratiques médicales relevant de la bioéthique, Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, dir. F. Bellivier, Ch. Noiville, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 360.

37 - E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. II, Sirey, 1956, n°83, p. 78.

38 - Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, T1, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 472, p. 597.

39 - Y. Mayaud, *Droit pénal général*.

40 - D. Thouvenin, *Le consentement dans le champ des pratiques médicales relevant de la bioéthique*, précité, p. 360.

41 - Portes, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, 1964, p. 163, cité par C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, p. 10.

42 - P. Mistretta, *op. cit.*, n° 260, p. 182.

43 - V. Crim. 19 janv. 2005, Dr. Pénal 2005, n° 55, pbs. M. Véron, précité.

religieuse⁴⁴. C'est ce que jugent régulièrement les tribunaux français à l'égard des actes d'euthanasie⁴⁵. C'est ce qui a été jugé pendant longtemps à l'égard de l'avortement, de la stérilisation contraceptive, notamment dans le fameux arrêt dit « des stérilisés de Bordeaux »⁴⁶. Dans de telles hypothèses, c'est bien l'absence de but thérapeutique qui légitime la répression, indépendamment du consentement.

Actuellement seuls les actes médicaux dépourvus de finalité thérapeutique sont susceptibles de conduire à une condamnation pour violence en raison du défaut de consentement, malgré un certain consensus doctrinal en sens contraire. Les magistrats pourraient dès lors évoluer et adopter le raisonnement suggéré par la doctrine sur le fondement de l'article 16-3 du code civil : seuls les actes autorisés par la loi, donc consentis par la personne, sont hors du champ pénal. Mais cela supposera, sinon un revirement au regard du peu de jurisprudence sur la question, en tout cas une conception différente du privilège médical pour y adjoindre une donnée certes historiquement plus récente mais fondamentale, le consentement du malade.

Qu'en est-il alors pour les examens gynécologiques non consentis. Peuvent-ils conduire à la qualification de viol ?

B - Défaut de consentement et viol

Au regard des précédents développements, l'absence de consentement de la patiente ne saurait pas plus engager actuellement la responsabilité pénale du gynécologue que celle du chirurgien dès lors que le gynécologue a exécuté un acte médical thérapeutique.

Mais au-delà, dans la perspective d'une évolution jurisprudentielle sur l'immunité du médecin, les éléments matériel et moral de l'infraction pourraient-ils être réunis dans le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale prévu par l'article 111-4 du code pénal⁴⁷.

Le viol est défini, dans son élément matériel comme une « *pénétration sexuelle* ». L'adjectif n'a jamais été véritablement interprété mais ce qui est certain c'est que le mot sexuel ne renvoie pas au seul organe sexuel puisque la jurisprudence admet qu'un acte de pénétration autre que celui du vagin de la femme est susceptible de constituer un viol comme par exemple la fellation ou la pénétration anale. Toute pénétration est un viol dès lors qu'elle relève de la sexualité, c'est-à-dire « *de comportements relatifs à l'instinct sexuel et à sa satisfaction (qu'ils soient ou non liés à la génialité)*⁴⁸ ». L'adjectif qualificatif « sexuelle » semble donc bien renvoyer à l'instinct sexuel et empêcher de considérer qu'un examen médical sans consentement est un viol. Cependant cette considération n'interdirait pas aux magistrats de l'interpréter de façon plus neutre en considérant que la pénétration de l'organe sexuel d'une femme est forcément sexuelle, sans que la preuve d'une pulsion sexuelle soit nécessaire.

L'infraction de viol comporte également un élément moral, une sorte de dol spécial, qui suppose, comme d'ailleurs pour les autres agressions sexuelles, « *d'établir que le médecin avait conscience de commettre un acte immoral ou obscène*⁴⁹ », ce qui n'est pas le cas du médecin pratiquant un examen. Cependant les juges pourraient, dans la perspective d'un arrêt récent, considérer que le viol ne comprend pas au titre de ces éléments constitutifs de dol spécial consistant dans une volonté de commettre un acte à connotation sexuelle. La cour de Cassation a en effet considéré que l'exhibition de sa poitrine par une femme réalisée pour des motifs de protestation politique relève de l'infraction d'exhibition sexuelle, laquelle ne comprend pas, au titre de ses éléments constitutifs, de dol spécial consistant dans une volonté d'exhibition à connotation sexuelle⁵⁰. Cela viendrait évidemment corroborer une interprétation plus neutre de l'adjectif « sexuelle » dans le cadre de l'interprétation de l'élément matériel.

44 - Tribunal de grande instance de Cologne, 7 mai 2012, R. Libchaber, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », D. 2012, 2044.

45 - V. B. Legros, *Les « droits » des malades en fin de vie*, préface F. Dekeuwer-Defossez, Les Etudes Hospitalières, Coll. Thèses, 1999, n° 329, p. 303.

46 - Crim. 1^{er} juillet 1937, S. 1938, 1, 193, note Portat ; D.H 1938, 357 ; *Rev. Sc. Crim.* 1937, 680, obs. Magnol. Les stérilisations avaient été faites sur le fondement d'une idéologie néo-malthusienne.

47 - Art. 111-4 C. pénal : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».

48 - V. Sexualité, *Le Petit Robert*.

49 - P. Mistretta, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 259.

50 - Crim. 26 février 2020, n° 19-81.827. La Cour européenne des droits de l'Homme a cependant jugé que la condamnation par les juges français d'une *Femen* pour avoir mené une action politique seins nus dans un lieu de culte à un mois d'emprisonnement avec sursis pour exhibition sexuelle est attentatoire à la liberté d'expression de l'intéressée. Cette jurisprudence ne s'inscrit pas en effet dans la lutte contre les violences de genre, bien qu'elle puisse être utilisée dans le cadre du contentieux de viol en ce sens. V. plus récemment Crim. 15 juin 2022, n° 21-82.392 approuvant l'arrêt de cour d'appel condamnant à une peine d'emprisonnement avec sursis des membres des *Femen* pour **exhibition sexuelle**.

L'élément matériel tout comme l'élément moral semblent cependant en l'état renvoyer à une pulsion sexuelle et ne sauraient donc se déduire d'une seule absence de consentement de la patiente. Le médecin a bien mis en œuvre un acte médical même si la patiente n'y avait pas consenti. La pénétration à finalité thérapeutique, même illégale, ne serait pas sexuelle. Elle constituerait un geste technique pratiqué dans l'intérêt de la patiente.

La distinction actuelle serait dès lors celle entre acte sexuel et acte médical thérapeutique. Si l'acte sexuel sans consentement est clairement constitutif de viol, tel ne serait pas le cas d'un acte médical à visée thérapeutique.

La définition de l'acte médical n'est pourtant pas clairement posée en droit même si comme l'écrivait R. Savatier « *celui-ci propre au médecin doit être défini par le juriste*⁵¹ ». Cependant, certains éléments semblent faire consensus, notamment que le geste soit posé par un professionnel de santé et relève « *d'une technique appropriée*⁵² » c'est-à-dire, dans une formulation plus actuelle, soit conforme aux données acquises de la science. « *Des gestes non consentis, mais qui sont conformes à des gestes usuels et pratiqués conformément aux règles de l'art ne sauraient s'analyser comme des agressions sexuelles ou des viols* ». Seuls les actes techniques n'en relevant pas constitueraient un viol.

Cette distinction entre acte sexuel et acte médical est d'ailleurs la seule présente dans le contentieux ordinal et constitue le fondement de sanctions disciplinaires, comme ont pu le mettre en évidence Diane Roman et Caroline Lantero⁵³.

Un gynécologue qui, par exemple, au cours d'un examen échographique sur une patiente enceinte, aurait effectué « *des mouvements saccadés sur ses organes génitaux externes et procédé à l'introduction dans son vagin d'une sonde* » a été sanctionné. Le Conseil de l'Ordre des médecins a en effet considéré que « *ces gestes ayant été déclarés notamment par l'expert comme ne relevant pas d'une pratique échographique habituelle et n'étant pas justifiés par les particularités de la grossesse sont constitutifs d'un manquement du praticien à ses obligations déontologiques*⁵⁴ ». De même, l'Ordre des sages-femmes a sanctionné « *la pratique de touchers vaginaux qui n'étaient ni requis par la nature de l'examen motivant ces consultations, ni médicalement nécessaires, ni exécutés dans les règles de l'art* », commis sur plusieurs patientes à l'occasion de consultations pour des examens échographiques⁵⁵. C'est donc bien, comme le relèvent Diane Roman et Caroline Lantero, parce qu'il s'agit de « *gestes déplacés étrangers à une investigation médicale*⁵⁶ », de « *pratiques qui ne sauraient en aucun cas être regardées comme des pratiques médicales que doit assurer le sage-femme lors d'un examen gynécologique, d'un suivi de grossesse ou de préparation à l'accouchement*⁵⁷ », que ces examens gynécologiques sont sanctionnés.

Alors que le consentement à l'acte médical est un droit fondamental du patient, le défaut de consentement de la femme à un examen gynécologique ne semble donc pas susceptible de constituer un viol, sauf évolution jurisprudentielle. Cette évolution, pourtant juridiquement cohérente au regard de la fundamentalité de ce droit et de son importance dans l'activité médicale, est certes possible mais peu probable. La question est malheureusement politique et profondément clivante en ce qu'elle s'inscrit dans une lutte croisée contre les violences de genre et les violences institutionnelles⁵⁸.

Sophie Paricard

51 - R. Savatier, *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n°1, p. 11.

52 - R. Savatier, *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n°1, p. 11.

53 - C. Lantero et D. Roman, « L'obstétrique et le juge administratif, au-delà de l'accident », RFDA, 2022, 143.

54 - CNDOM, 22 juill. 2019, cité par C. Lantero, D. Roman, art. précité, note 136.

55 - CDPI, Ordre des sages-femmes, 27 juill. 2006, cité par C. Lantero et D. Roman, note 137.

56 - CDN, Ordre des sages-femmes, 17 janv. 2007, cité par C. Lantero et D. Roman, note 138.

57 - CDPI Ordre des sages-femmes, 29 juin 2017, n° 16001 : Massage du périnée en demandant à la patiente d'exprimer ses sensations (radiation), cité par C. Lantero et D. Roman, note 139.

58 - D. Roman, « Les violences obstétricales, une question politique aux enjeux juridiques », RDSS, 2017, p. 867 et s.

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

Le juge face aux violences obstétricales : une prise en compte en demi-teinte

Adélie Cuneo

Juriste à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S1145, Université Paris Cité.

Laurence Warin

Docteure en droit public, membre associée de l'Institut Droit et Santé Inserm UMR_S1145 et du Centre Maurice Hauriou pour la recherche en droit public, Université Paris Cité.

Résumé

Cet article propose une analyse des jurisprudences récentes rendues par le juge administratif et le juge judiciaire sur la question des violences obstétricales, avec une attention particulière sur la question de la qualification des fautes et l'indemnisation des préjudices. Les difficultés soulevées dans les cas étudiés montrent que le positionnement des juges sur les violences obstétricales est encore timide. En effet, un fort contraste apparaît entre l'appréhension extensive des violences obstétricales par certaines institutions et la vision restrictive que le juge peut en avoir, dans les rares cas où il s'y intéresse.

Abstract

This article gives an analysis of recent case law handed down by the administrative and judicial courts on the issue of obstetric violence, with a particular focus on the question of fault and damages. The difficulties raised in the cases studied show that judges' position on obstetric violence is still cautious. In fact, there is a sharp contrast between the extensive understanding of obstetric violence by certain institutions and the restrictive vision that judges may have of it, in the rare cases where they take an interest in it.

Depuis près de dix ans, la question des « violences obstétricales » est sur le devant de la scène, au niveau national comme international, grâce aux médias et aux réseaux sociaux¹ dans un premier temps, puis aux institutions.

En 2014 l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) a ainsi dénoncé les traitements non-respectueux et abusifs dont peuvent être victimes les femmes lors de leur accouchement². En 2018, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE) a publié un rapport sur le sujet, indiquant que, selon lui, « *les violences obstétricales sont les actes sexistes les plus graves qui peuvent se produire dans le cadre du suivi obstétrical des femmes*³ ». En 2019, la Commission sur l'égalité et la non-discrimination du Conseil de l'Europe s'est également saisie de la question⁴. En 2023, le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) a rendu un avis sur le consentement et le respect de la

1 - Cf. le blog de M.-H. Lahaye, www.marieaccouchela.net depuis 2013 ; #payetonuterus en 2014.

2 - World Health Organization, « *The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth* », 2015.

3 - Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, Rapport n° 2018-06-26-SAN-034, 26/06/2018.

4 - Conseil de l'Europe, Résolution n° 2306, « Violences obstétricales et gynécologiques », 03/10/2019.

personne dans la pratique des examens gynécologiques ou touchant à l'intimité⁵.

Néanmoins, la prise en compte spécifique de ces violences par le droit en est encore à ses balbutiements : début 2023, certes, ont été enregistrées des propositions de lois « visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bien-traitant » et « visant à reconnaître et sanctionner les violences obstétricales et gynécologiques et à lutter contre ces violences faites aux femmes » qui introduisent notamment dans le code pénal un article relatif aux violences obstétricales⁶, mais le dispositif envisagé ne semble pas satisfaisant pour appréhender les multiples enjeux de ces violences.

En réalité, il semble qu'une réflexion terminologique soit encore nécessaire avant d'adopter une politique publique sur cette question. En effet, le terme de « violences », loin de faire l'unanimité au sein du corps médical⁷, est au cœur du débat, contribuant, d'une certaine manière à ce que seuls les cas les plus graves soient pris en compte, tandis que d'autres, jugés de moindre importance, resteraient potentiellement sous les radars. On note d'ailleurs que les juges n'utilisent pas cette terminologie⁸.

Avec quelques 700 000 naissances par an en France⁹, l'enjeu est de taille et la perplexité l'est d'autant lorsque l'on se penche sur la façon dont le juge appréhende ces situations. En effet, quand l'on s'intéresse à la jurisprudence de ces dernières années – depuis que le concept de « violences obstétricales » s'est clairement dégagé en France en 2014 – on s'aperçoit que très peu de décisions concernent des cas de violences (ou d'absence de « bientraitance ») subies par des parturientes ou des femmes enceintes à l'occasion de leur prise en charge.

Cette faible présence des violences obstétricales dans le contentieux administratif comme judiciaire, même récent, s'explique sans doute par le fait que, comme le souligne Anne Evrard, co-présidente du Collectif Inter-associatif Autour de la Naissance (CIANE), la procédure devant le juge est longue et coûteuse - tant sur le plan financier que psychologique¹⁰ - et donc conseillée seulement dans les cas les plus graves. Selon elle, « *peu de personnes veulent se lancer dans une action en justice : les femmes arrivent dans un état dégradé sur le plan psychique et physique, épuisées par la parentalité, rarement accompagnées par leur conjoint(e) et puis il faudrait qu'elles se lancent dans une procédure difficile, longue et coûteuse...*¹¹ ». Le nombre restreint d'actions en justice pourrait aussi être dû en partie à l'idée persistante selon laquelle, lors de la naissance, si le bébé est en bonne santé, alors, la mère l'est aussi ou du moins n'est pas légitime à se plaindre puisque « *rendez-vous compte de la chance que vous avez d'avoir un nouveau-né bien portant*¹² ». Il ressort en effet des témoignages et des jurisprudences que dans la plupart des affaires portées devant les tribunaux, l'enfant est également victime : les décisions dans lesquelles seule la mère est meurtrie sont rares.

Il n'y a pas de définition arrêtée pour le moment mais il est possible grâce aux différents travaux sur le sujet de dégager certains critères, permettant d'aboutir à une définition qui pourrait faire consensus, comme celle proposée par Monsieur Lagoutte, qui conçoit les violences obstétricales et gynécologiques comme des « *actions aussi bien que*

5 - Comité consultatif national d'éthique, Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques ou touchant à l'intimité, Avis n°142, 16/02/2023.

6 - Sénat, Proposition de loi visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bien-traitant, n°238, 12/01/2023 et Assemblée nationale, Proposition de loi visant à reconnaître et sanctionner les violences obstétricales et gynécologiques et à lutter contre ces violences faites aux femmes, n° 982, 21/03/2023.

7 - L'Académie de médecine propose d'ailleurs de parler de « *comportements inappropriés* » (Académie de médecine, Rapport « De la bientraitance en obstétrique – la réalité du fonctionnement des maternités », 2018).

8 - La seule jurisprudence trouvée où l'expression de « *violences obstétricales et gynécologiques* » apparaît est un arrêt du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise de 2022. Cette affaire portait sur la suspension d'un praticien hospitalier sur le fondement de l'article L6143-7 du Code de la Santé Publique. Des faits de violence verbale et physique lui étaient reprochés, envers l'équipe médicale et les patients, notamment en matière d'obstétrique mais pas seulement. Les violences obstétricales et gynécologiques sont ici un élément parmi d'autres et n'apparaissent qu'une fois et de façon non détaillée. Néanmoins, le juge, sur la base des nombreux témoignages, retient que la décision de suspension attaquée n'est fondée ni sur une inexactitude matérielle des faits, ni sur une erreur d'appréciation. Le juge affirme que « *les faits ainsi reprochés, qui doivent être dès lors tenus pour établis, sont de nature à mettre en péril tant la continuité du service que la santé mentale des patients* ». La requête du professionnel de santé est rejetée (TA Cergy-Pontoise, 29/09/2022, n°1909718).

9 - www.insee.fr.

10 - Néanmoins, soulignons que l'épuisement lié à la période post-partum n'est pas la seule raison expliquant le renoncement au dépôt de plainte et à l'ouverture d'une procédure devant le juge puisque les violences gynécologiques (et non obstétricales) font elles aussi l'objet de peu d'actions et émergent lentement dans la sphère publique et académique (V. Rozée, C. Schantz, « Les violences gynécologiques et obstétricales : construction d'une question politique et de santé publique », 2021, n° 5, Vol. 33).

11 - A. Evrard, « Violences gynécologiques obstétricales : une justice au forceps », Délibérée, 2021, Vol. 2, n° 13.

12 - M. Déchalotte, *Le livre noir de la gynécologie*, Pocket, 2019, 672 p.

des abstentions ou des paroles, pouvant porter atteinte à l'intégrité physique, sexuelle ou morale d'une femme ayant la qualité de patiente d'un suivi obstétrical ou gynécologique¹³ ». Malgré une absence de définition précise des « violences obstétricales », il est possible d'identifier différents actes et comportements correspondant à cette notion, tels que les césariennes à vif, le « point du mari »¹⁴ - dénoncé très largement depuis 2014¹⁵ - ou encore l'expression abdominale¹⁶. Certains d'entre eux, même en l'absence de législation spécifique, semblent pouvoir faire l'objet d'une qualification juridique.

Cet article s'efforcera de montrer dans quelles mesures le droit positif peut permettre aux juges de reconnaître, condamner et indemniser les violences obstétricales. Puisque, rappelons-le, « *les professionnels de santé [...] ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* »¹⁷, pour que la violence obstétricale donne lieu à une indemnisation, encore faut-il que soient qualifiés, d'une part, une faute (I) et, d'autre part, un préjudice (II) qui découle de cette faute.

I. Une qualification juridique complexe des fautes à l'origine des violences obstétricales

Les violences obstétricales recouvrent une réalité très diverse avec notamment des cas de violences physiques mais aussi des cas, plus subtiles, où l'on constate ce que la doctrine qualifie de « *faute d'humanisme* ». En effet, on peut noter que si le contentieux en obstétrique porte essentiellement sur la « *faute classique* », celle centrée sur le soin et le « *cure* », en réalité, « *l'appréhension des violences obstétricales pourrait trouver un écho particulier dans l'engagement de responsabilité sur le fondement de la faute dite d'humanisme, autour du « care* » »¹⁸.

A. Les violences obstétricales dans le cadre du « *cure* » : la faute dans l'acte de soin

La faute dans l'acte de soin peut se manifester, notamment, par la pratique d'une expression abdominale ou par une mauvaise prise en compte de la douleur.

1. L'expression abdominale

Si nombre de fautes techniques et de manquements au respect des règles de l'art peuvent survenir durant l'accouchement, nous nous intéresserons uniquement à l'expression abdominale, celle-ci étant largement dénoncée en tant que violence obstétricale.

L'expression abdominale, pratique proscrite par la Haute autorité de santé (HAS) depuis 2007¹⁹ et qualifiée de « *faute technique* » et de « *faute professionnelle grave* » par le président du Collège national des gynécologues et obstétriciens, a toujours lieu dans certaines salles de travail. La violence de l'acte et la gravité de ses conséquences - celles-ci pouvant aller de l'ecchymose abdominale à la rupture utérine en passant par les fractures de côtes et les lésions périnéales - expliquent sans doute l'existence d'un contentieux sur le sujet légèrement supérieur à celui relatif aux autres comportements et pratiques constitutifs de violences obstétricales. Cependant, la position des juges semble moins radicale que celle du Collège national des gynécologues obstétriciens : non seulement l'expression abdominale n'est pas systématiquement qualifiée de fautive mais de surcroît, même quand elle l'est, elle n'est pas toujours reconnue comme cause des dommages subis par la femme.

Ainsi, par exemple, dans un arrêt rendu en 2020 par la cour administrative d'appel de Paris²⁰, le juge a conclu à

13 - J. Lagoutte, « La difficile rencontre des VOG et du droit privé », Revue de la recherche juridique, 2019-1.

14 - Le point du mari est une mutilation génitale qui est pratiquée à l'insu des femmes après leur accouchement avec épisiotomie, consistant en un point de suture supplémentaire sur le périnée, afin de resserrer le diamètre d'entrée du vagin et d'augmenter ainsi le plaisir sexuel du mari lors de rapports sexuels vaginaux.

15 - Le 21 mars 2014 sur le blog d'Isabelle Alonso, ayant elle-même repris un article de la sage-femme et romancière Agnès Ledig.

16 - L'expression abdominale consiste en l'application d'une pression sur le fond de l'utérus avec l'intention spécifique de raccourcir la deuxième phase de l'accouchement, période allant de la dilatation complète du col de l'utérus à la naissance de l'enfant par les voies naturelles.

17 - Article L.1142-1 CSP.

18 - D. Roman, C. Lantero, « L'obstétrique et le juge administratif : au-delà de l'accident », RFDA 2022, n° 4, p. 743.

19 - Haute Autorité de Santé, Recommandations professionnelles « L'expression abdominale durant la seconde phase de l'accouchement », 2007.

20 - CAA de Paris, 3^{ème} ch., 23/06/2020, n° 17PA03179.

l'entière responsabilité du centre hospitalier pour les préjudices résultant de la succession de gestes médicaux²¹ subis par l'enfant mais n'a pas retenu l'expression utérine comme une faute ayant entraîné un préjudice pour la mère. De la même manière, le juge judiciaire écarte l'indemnisation des préjudices découlant de la pratique de l'expression abdominale au motif que le lien entre ladite pratique et les fractures des côtes n'était pas certain²², et ce même lorsque l'accouchement litigieux est postérieur aux recommandations de la HAS prohibant cette pratique²³.

En revanche, dans d'autres affaires, les juges ont statué en faveur de la femme victime d'expression abdominale. Tel est le cas dans celle jugée par la cour administrative d'appel de Bordeaux le 3 novembre 2020²⁴, dans laquelle le juge avait estimé que l'expression abdominale imposée à la patiente engageait la responsabilité pour faute du centre hospitalier, ou dans celle jugée par la Cour d'appel de Douai le 29 septembre 2022²⁵, où le juge reconnaît la responsabilité du médecin ayant pratiqué une expression abdominale ainsi que les préjudices en découlant pour la patiente.

2. La prise en compte de la douleur

En vertu de l'article L.1110-5 CSP, « *Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir [...] le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées* » et, en vertu de l'article R.4127-37, « *En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement* ».

La prise en charge de la douleur est un réel enjeu de santé publique et le domaine de l'obstétrique ne fait pas exception, la HAS²⁶ formulant nombre de recommandations s'agissant de la prise en compte et de la prise en charge (médicamenteuse ou non) de la douleur endurée par la femme qui accouche. En outre, depuis 2019, le refus de pratiquer une péridurale à une parturiente en faisant la demande est considéré comme une violence obstétricale par le Conseil de l'Europe²⁷. Il ressort pourtant de l'enquête nationale périnatale de 2021 de Santé publique France²⁸ que les parturientes indiquant avoir ressenti des « *douleurs insupportables* » sont encore nombreuses. Selon ladite enquête, si 90 % des femmes se disent satisfaites de la prise en charge de la douleur, environ 30 % des femmes ayant accouché par voie basse²⁹, 10 %³⁰ des femmes ayant eu une césarienne et 9 % des femmes ayant eu des points de suture à la suite d'une épisiotomie ou d'une déchirure déclarent avoir subi de telles douleurs.

Si l'efficacité relative de la péridurale³¹ n'est pas réellement source de contentieux, il en va autrement pour les insuffisances d'anesthésie les plus graves, celles dans lesquelles la femme est atteinte dans sa chair. Il s'agit des cas de suture d'épisiotomie sans anesthésie (ou avec une anesthésie insuffisante) et des cas d'insuffisance ou de défaut d'anesthésie locorégionale en cas de césarienne, dénoncée par les associations telles que le CIANE sous l'appellation de « césarienne à vif » mais aussi par le corps médical via des préconisations scientifiques en la matière³².

21 - La parturiente avait subi une déchirure, une épisiotomie et une expression abdominale avant que l'enfant fasse l'objet d'une extraction instrumentale (forceps) compliquée par une dystocie des épaules.

22 - CA Nîmes, 1^{er} ch. civile, 07/09/2017, n° 15/02878 : la patiente ressent, à l'issue de son accouchement, de violentes douleurs abdominales causées par des fractures costales. Elle demande une indemnisation au titre de son préjudice moral et des souffrances endurées. Le juge rejette sa demande d'indemnisation des préjudices causés par le recours à l'expression abdominale au motif qu'il n'y aura pas de certitude quant au lien entre le dommage et l'acte litigieux.

23 - Déjà avant la recommandation de la HAS de 2007, certains médecins soulignaient le caractère dangereux de l'expression abdominale tandis que 2 mois après leur accouchement afin de recueillir des informations sur leur santé et celle de leur(s) nouveau-né(s). Elle est sous la responsabilité de l'Inserm, en collaboration avec Santé publique France, la Direction de la Recherche, des Etudes, de l'Evaluation et des Statistiques, la Direction Générale de la Santé et la Direction Générale de l'Offre de Soins. L'ENP-DROM est sous la responsabilité de Santé publique France, conjointement avec les Agences régionales de santé des DROM.

24 - CAA Bordeaux, 03/11/2020, n° 18BX02473.

25 - CA Douai, 29/09/2022, n° 21/02397.

26 - HAS « Accouchement normal : accompagnement de la physiologie et interventions médicales », 2018.

27 - Conseil de l'Europe, Résolution n° 2306, 03/10/2019.

28 - L'enquête nationale périnatale (ENP) 2021 est une enquête menée auprès d'environ 15 000 femmes venant d'accoucher en maternité, puis 2 mois après leur accouchement afin de recueillir des informations sur leur santé et celle de leur(s) nouveau-né(s). Elle est sous la responsabilité de l'Inserm, en collaboration avec Santé publique France, la Direction de la Recherche, des Etudes, de l'Evaluation et des Statistiques, la Direction Générale de la Santé et la Direction Générale de l'Offre de Soins. L'ENP-DROM est sous la responsabilité de Santé publique France, conjointement avec les Agences régionales de santé des DROM.

29 - 29,7% en cas de voie basse spontanée et 37,8% en cas de voie basse avec extraction instrumentale.

30 - 10,4% en début de césarienne et 7,7% juste après la sortie du bébé.

31 - 19,6% des femmes considèrent que la péridurale était « peu ou partiellement efficace » et 3,6% « totalement inefficace » (Enquête nationale périnatale 2021).

32 - Club d'anesthésie Réanimation obstétricale (CARO), Insuffisance d'analgésie et césarienne - Préconisation, 2021.

Sur cette question, le juge civil, par exemple, s'est prononcé sur la responsabilité d'un anesthésiste ayant laissé débiter une césarienne alors qu'il avait constaté que « *sa péridurale n'était pas efficace* », conduisant la patiente à « *ressentir une douleur insupportable imposant une contention des bras par l'anesthésiste pendant la première phase de la césarienne*³³ » ou encore a condamné, sur le fondement des articles L.1110-5 et L.1142-1 du Code de la santé publique, un anesthésiste et un obstétricien pour avoir, pour le premier, « *autorisé l'incision alors même que l'efficacité de la rachianesthésie n'était pas acquise* » et, pour le second « *opér[é] sans s'assurer de la qualité de l'anesthésie*³⁴ ». Très récemment, le juge administratif a rendu une décision sur cette question et a retenu une faute de l'établissement hospitalier en raison d'une césarienne pratiquée en urgence sans anesthésie - toutefois, sans aller dans les détails des conditions exactes de cet acte³⁵. De même, en raison d'un refus d'anesthésie péridurale, le juge administratif³⁶ a retenu une faute dans l'organisation du service engageant la responsabilité du groupe hospitalier, ce refus ayant entraîné un état d'agitation et de très fortes douleurs chez la patiente, ce qui a rendu la manœuvre d'extraction particulièrement difficile.

Les problèmes d'anesthésie au moment de la suture d'une déchirure ou d'une épisiotomie, pourtant fréquents, n'ont quant à eux pas donné lieu récemment à des décisions de justice. Un problème qui est peut-être laissé aux juridictions disciplinaires ou pour lesquelles les femmes renoncent à agir.

Dans la majorité des cas, les souffrances liées à des problèmes d'anesthésie - que ce soit dans le cadre d'un accouchement par voie basse ou par césarienne - sont imputables au produit lui-même ou à son utilisation et sont donc indépendantes de la volonté des soignants. Il peut néanmoins arriver que de telles souffrances soient causées par de la négligence, comme dans les cas précités, ou bien par la seule volonté du praticien qui, en ce cas, comme l'indique le juge dans une décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 26 février 2006³⁷, « *[comment] une faute professionnelle en manquant à son devoir d'humanisme* ».

B. Les violences obstétricales dans le cadre du « care » : la faute d'humanisme

La violation des droits des patientes en matière d'information et de consentement tout comme le défaut d'empathie peuvent conduire à la reconnaissance d'une faute d'humanisme.

1. Le problème de l'information et du consentement

En droit médical, la reconnaissance d'une faute d'humanisme semble délicate³⁸ et, bien entendu, l'obstétrique ne fait pas exception. Cette « *faute d'humanisme* » est complexe et recouvre des comportements variés, parmi lesquels le non-respect du droit de la patiente à être informée et à consentir.

Rappelons en effet que le législateur confère au patient un droit à l'information³⁹, auquel s'ajoute l'obligation pour le médecin d'apporter au patient une « *information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension*⁴⁰ ». L'étude de la jurisprudence relative aux violences obstétricales permet de se rendre compte que la majeure partie du contentieux concerne le non-respect du droit à l'information.

33 - E. Lopard et H. Bouaziz, « Conséquences médico-légales des défauts d'anesthésie locorégionale pour césarienne », Douleur analg, 2016, n°29.

34 - *ibid.*

35 - CAA Paris, 3^{ème} ch., 10/05/2023, n° 21PA06326.

36 - CAA Douai, 2^{ème} ch., 29/11/2022, n° 20DA00016.

37 - CA Aix-en-Provence, 28/02/2006, n° 2006/ Rôle n° 03/04942.

38 - La décision de la Cour administrative d'appel de Nancy (CAA de Nancy, 3^{ème} ch., 05/08/2016, n° 15NC00922) témoigne de la réticence du juge à appréhender le devoir d'humanisme du professionnel de santé. Cette affaire ne concerne pas un cas obstétrical mais elle nous en apprend sur la façon dont la cour aborde ce devoir, ce qui inclut d'ailleurs une mise entre guillemets assez étonnante à chaque fois qu'elle l'évoque dans sa décision. En l'espèce, le requérant, à la suite de sa prise en charge dans un centre hospitalier, avait cherché à engager la responsabilité du centre en invoquant notamment, à l'encontre du médecin, un manquement à son devoir d'humanisme. Le juge ne semble pas distinguer la faute d'humanisme du reste des allégations. Il retient que les soins nécessités par l'état du requérant lui ont été prodigués et que plusieurs examens ont été prescrits et réalisés, aucun élément du dossier ne permettant de remettre en cause la pertinence ou la façon dont ont été réalisés ces soins. Compte tenu de ces circonstances, le juge en déduit que le requérant ne peut sérieusement soutenir que les médecins du centre hospitalier auraient manqué à leur « *devoir d'humanisme* » et se seraient désintéressés de sa situation. Il semble qu'un comportement humainement acceptable soit alors présumé par le juge, dès lors que les soins médicaux nécessaires ont été administrés. La requête est rejetée.

39 - Article L.1111-2 CSP : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé* ».

40 - Article R.4127-35 CSP.

L'accouchement, qu'il ait lieu par césarienne ou par voie basse, entre dans le champ d'application de l'article L.1111-2 du Code de la santé publique⁴¹. En effet, depuis 2016⁴² pour les juridictions administratives et 2019⁴³ pour les juridictions judiciaires, « *la circonstance que l'accouchement par voie basse constitue un événement naturel et non un acte médical ne dispense pas les médecins de l'obligation de porter, le cas échéant, à la connaissance de la femme enceinte les risques qu'il est susceptible de présenter eu égard notamment à son état de santé, à celui du fœtus ou à ses antécédents médicaux, et les moyens de les prévenir* ». Ainsi l'information relative aux risques encourus est-elle due, quelles que soient les modalités d'accouchement. En pratique, néanmoins, l'obligation d'information est aisée à écarter puisqu'elle ne s'impose pas en cas d'urgence⁴⁴... or l'urgence est fréquente en obstétrique !

En plus de ce droit à l'information, le patient dispose d'un droit à consentir, de manière libre et éclairée, aux soins qui lui seront prodigués⁴⁵.

Dans le contexte actuel d'autonomisation des patients, renforcé par la loi Kouchner, on pourrait estimer légitime la participation active de la femme à son accouchement. Pourtant, actuellement, si pour le législateur « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé*⁴⁶ » et si « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne*⁴⁷ », pour les juges, les choses ne semblent pas être aussi claires s'agissant de la femme enceinte et de la parturiente.

En effet, il semblerait que les droits de ces dernières, usagères du système de santé, n'ont pas bénéficié des mêmes avancées que ceux des autres patients. Les femmes n'apparaissent pas pleinement actrices de leur prise en charge. Pour reprendre les mots de la Cour d'appel de Versailles, prononcés peu de temps après la mise en branle du mouvement de dénonciation des violences obstétricales et gynécologiques, « *il n'appart[ient] pas à [la parturiente] de décider de la manière dont le médecin [doit] conduire l'accouchement*⁴⁸ ». Sur ce point, les juges semblent, au travers des rares décisions existant en la matière, constants. Qu'il s'agisse de l'épisiotomie, du déclenchement, de la césarienne ou encore de la péridurale, en pratique, la décision n'appartient pas réellement à la future mère.

Lorsque l'on s'intéresse aux actes médicaux pratiqués durant un accouchement et au consentement de la parturiente, on pense en premier lieu au cas de l'épisiotomie. En effet, l'épisiotomie, qualifiée dès la fin des années 1990 de « *mutilations sexuelles féminines modernes* » dans le *Lancet*⁴⁹, a été le premier des gestes médicaux dénoncés comme violence obstétricale. Les recommandations publiées en 2005 par le Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français (CNGOF) et la communication réalisée par les associations sur les risques inhérents ont permis une importante diminution du nombre d'épisiotomies en France⁵⁰, jusqu'alors très pratiquée⁵¹. Si le taux a diminué, conformément aux recommandations, la question du consentement – ou plus exactement de l'absence de consentement⁵² – est, quant à elle, toujours d'actualité⁵³. Il est difficile de connaître la position des juges en la matière, les jurisprudences étant, là encore, quasi inexistantes. S'agissant des décisions rendues par les juges judiciaires, dans les rares cas où l'épisiotomie est à l'origine du litige, ce n'est jamais ouvertement à cause de

41 - Article L.1111-2 CSP précité.

42 - CE, 5^{ème} et 4^{ème} ch., 27/06/2016, n° 386165. Voir note L. Morlet-Haidara « L'obligation d'information et la difficile recherche d'indemnisation des dommages liés à un accouchement par voie basse », JDSAM, 2016, n°14, <https://www.instituddroitsante.fr/wp-content/uploads/2016/11/JDSAM-18-10.pdf>.

43 - Cass., 1^{ère} civ., 23/01/2019, n° 18-10.706.

44 - Article L.1111-2 CSP.

45 - Article L.1111-4 CSP : « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ».

46 - Article L.1111-4 CSP.

47 - *ibid.*

48 - CA Versailles, 26/06/2014, n° 12/04994.

49 - M. Wagner, « Episiotomy : a form of genital mutilation », *The Lancet*, June 05, 1999, Vol. 353, n° 9168, p. 1977-1978.

50 - Selon l'Enquête Nationale Périnatale, l'épisiotomie était pratiquée sur 57% des parturientes en 1995, 27,1% en 2010, 20,1% et 2016 et plus que 8,3% en 2021.

51 - 47% en 1998-1999 (M. Déchalotte, *Le livre noir de la gynécologie, op. cit.*).

52 - Selon le Rapport de l'Enquête nationale Périnatale de 2021, parmi les femmes ayant eu une épisiotomie, 51,8% n'ont pas donné leur consentement (il ne leur a pas été demandé).

53 - CIANE, « *Épisiotomie : Etat des lieux et vécu des femmes* », 2013 ; B. Gachon, A. Charveriat, F. Pierre, X. Fritel, « Pratiques de l'épisiotomie : enquête auprès des membres du Collège National des Gynécologues Obstétriciens Français », *Gynécologie, obstétrique, fertilité & sérologie*, Vol. 47, n°9 ; J. Huck, G. Moutel, S. Baumann, « Information et consentement sur l'épisiotomie : comment améliorer les pratiques ? », *Santé Publique*, 2022, n° 2, Vol. 34, p. 243 à 253 ; Réseau Sécurité Naissance, « *Enquête sur le vécu de l'accouchement* », 2022.

l'absence de consentement mais principalement en raison d'infections nosocomiales⁵⁴ ou, parfois, de non-respect des règles de l'art⁵⁵, ou du devoir d'information⁵⁶ que l'action est intentée.

La question du respect de la volonté de la parturiente peut également se poser s'agissant du déclenchement de l'accouchement, pratique courante en France⁵⁷ et source d'un certain contentieux. En la matière - peut-être parce que la Haute Autorité de Santé a prévu des modalités spécifiques d'information et formulé plusieurs recommandations⁵⁸ - les juges s'attachent à rappeler l'importance de respecter l'obligation d'information⁵⁹ et, lorsque le médecin ne parvient pas à en apporter la preuve, retiennent la faute et ce, que le lien de causalité entre le déclenchement et le dommage subi ait été établi⁶⁰ ou non⁶¹. On soulignera cependant que, si le défaut d'information donne lieu à indemnisation, le juge ne se prononce pas toujours sur les demandes d'indemnisation au titre du « *défait de consentement éclairé*⁶² ».

De la même manière, la question du respect de la volonté de la parturiente se pose s'agissant de la césarienne, et ce à double titre. Il peut s'agir, d'une part, d'une césarienne pratiquée contre la volonté de la patiente et, d'autre part, d'un refus de pratiquer une césarienne en dépit de la demande. Les décisions, judiciaires comme administratives, sont là encore rares sur ce sujet. S'agissant de la césarienne sans consentement⁶³, l'absence de contentieux récent peut s'expliquer, outre par les motifs évoqués en introduction, par le fait que, la plupart du temps, elle est justifiée par l'urgence vitale pour la mère ou pour le fœtus. S'agissant du refus d'accéder à la demande de la femme enceinte de bénéficier d'un accouchement par césarienne, là encore les décisions sont peu nombreuses et se limitent, en général, à s'intéresser aux préjudices subis par le bébé. A titre d'exception, l'on peut citer deux décisions du juge judiciaire. La première⁶⁴ exclut toute indemnisation au titre du refus de césarienne et la seconde⁶⁵ reconnaît une faute du médecin en raison de la décision tardive de procéder à la césarienne mais pas du refus initial d'accéder à la demande de la mère.

La question du respect de la volonté de la parturiente se pose enfin s'agissant de la péridurale. En France, le taux de péridurale est particulièrement élevé : bien que 38 %⁶⁶ des femmes déclarent vouloir accoucher sans y avoir recours au moment de l'élaboration de leur projet de naissance, *in fine*, plus de 82 % des femmes en bénéficient⁶⁷. Comme pour la césarienne et l'épisiotomie, le fait de refuser ou d'imposer une péridurale peut être considéré comme une violence obstétricale. Les actions intentées par les femmes ayant eu une péridurale alors qu'elles ne le souhaitaient pas, que cela soit à cause d'une peur des effets secondaires ou de l'envie de « *vivre un accouchement le plus naturel possible* », ou par les femmes dont la demande de péridurale n'a pas été respectée sont rares. Dans

54 - CA Rennes, 5^{ème} ch., 03/05/2023, n° 20/00111 (infection) ; CA Paris, Pôle 4, ch. 10, 27/01/2022, n° 18/10326 (infection) ; CA Bordeaux, 1^{re} ch. civile, 13/06/2019, n° 17/01281 (infection).

55 - CA Poitiers, 3^{ème} ch. civile, 31/05/2017, n° 15/05154 (le médecin a commis une faute technique en ne pratiquant pas l'épisiotomie, puisque « *devant les difficultés à la descente du mobile foetal, il est raisonnable de penser qu'une épisiotomie large pour l'extraction de la partie basse aurait pu soulager les tissus déjà très sollicités* »).

56 - CA Bordeaux, 28/06/2018, n° 17/01281 : information sur les risques de l'épisiotomie dans le cadre d'un accouchement à domicile.

57 - 25,8% de déclenchement selon l'enquête de périnatalité de 2021.

58 - HAS, Déclenchement artificiel du travail à partir de 37 semaines d'aménorrhée, 2011.

59 - CA Agen, 1^{ère} ch. civile, 27/11/2019, n° 17/00283.

60 - CA Agen, 1^{ère} ch. civile, 27/11/2019, n° 17/00283.

61 - CA Nîmes, 1^{ère} ch. civile, 07/09/2017, *op. cit.*

62 - *ibid.*

63 - Selon l'Enquête nationale périnatale 2021, 34,5% des femmes ayant eu une césarienne n'ont pas donné leur consentement (il ne leur a pas été demandé).

64 - CA Montpellier, 26/01/2016, n° 14/02074 : En l'espèce, le médecin estime que « *la césarienne ne doit pas être pratiquée à la demande de la patiente, mais seulement si elle est médicalement indiquée, et qu'il n'avait pas l'obligation de lui proposer un choix* ». Le juge écarte sa responsabilité, indiquant notamment que « *l'angoisse de la mère n'était pas un motif suffisant pour modifier le mode de prise en charge* » et approuve le refus du médecin de programmer une césarienne. Le fœtus, décédé *in utero*, sera extrait par césarienne.

65 - CA Rennes, 18/03/2015, n° 14/01617 : la patiente demande une césarienne mais l'obstétricien refuse. S'ensuit une tentative d'accouchement par voie basse, puis une césarienne en urgence. Le bébé souffre d'un lourd handicap. Les juges estiment que le refus du corps médical d'accéder à la demande de la mère et de procéder à une césarienne a été sans conséquence pour l'enfant, mais indemnisent les souffrances physiques et psychiques endurées, jugées excessives et injustifiées.

66 - Enquête nationale périnatale, 2021.

67 - *ibid.*

les décisions récentes, on peut citer la décision de la Cour d'appel de Paris du 6 juin 2014⁶⁸ dans laquelle les juges écartent toute faute du praticien au titre du non-respect du refus de la patiente d'avoir une péridurale au motif que « *les réticences exprimées par la patiente lors des consultations pré-anesthésiques comme les attestations selon lesquelles elle gardait un très mauvais souvenir de son précédent accouchement sous péridurale et ne souhaitait plus recourir à un tel mode d'anesthésie sont insuffisantes à démontrer que le jour de son accouchement et dans la salle de travail elle a clairement exprimé au médecin son refus de recourir à l'anesthésie péridurale qui a été pratiquée par celui-ci* ».

2. Le défaut d'empathie

« *C'est bon là, vous allez vous taire ! On sait que vous avez mal*⁶⁹ », « *Vous allez finir par tuer votre bébé*⁷⁰ », « *Vous devriez savoir pousser*⁷¹ », « *C'est pas un supermarché*⁷² ». Voici un florilège de phrases, entendues par des femmes le « *plus beau jour de leur vie* », pouvant être lourdes de conséquences. Les témoignages sont nombreux et les études⁷³ parlantes : le comportement des soignants joue un rôle clé dans le vécu de l'accouchement par la parturiente. L'enquête nationale de périnatalité de 2021 a permis un état des lieux s'agissant des « *comportements inappropriés* » des personnels de santé au moment de la prise en charge de la femme enceinte. 30 % des femmes dénoncent ainsi des propos inappropriés, 17 % des gestes inappropriés et 25 % des attitudes inappropriées⁷⁴. De la même manière que pour le non-respect du droit de la patiente à être informée et à consentir de manière libre et éclairée aux actes médicaux, on peut supposer que ces comportements ou ces propos « inappropriés », tels que soulignés par le HCE dans son rapport rendu en 2018⁷⁵, sont de nature à caractériser une faute d'humanisme.

L'empathie, le bien-être, ou encore la délicatesse, sont des notions qui apparaissent peu dans la jurisprudence sur les suivis et les soins obstétricaux. Rarement invoquées par les victimes lorsqu'elles engagent une action en responsabilité⁷⁶, elles sont difficilement appréhendables par le juge. En effet, si certains propos et comportements, notamment à connotation sexuelle ou raciste, tombent sous le coup de la loi, d'autres, qui témoignent « *uniquement* » d'un manque d'empathie, semblent plus difficilement sanctionnables.

A titre d'exemple, la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans un arrêt précédemment évoqué⁷⁷, a refusé de reconnaître la faute du médecin anesthésiste, qui au moment de la péridurale aurait déclaré : « *contraction ou pas, je pique* » - remarque interprétée par la rapporteure publique⁷⁸ comme étant « *un trait d'humour ou peut-être d'agacement, qui ne revêt en tout état de cause pas un caractère fautif* ». De même pour la faute des sage-femmes ayant fait preuve d'agressivité à l'égard de la patiente, attitude cette fois jugée « *tout à fait inappropriée* » par la

68 - CA Paris, 06/06/2014, n° 13/07270 : la requérante a été victime de céphalées très douloureuses, de fièvre, de frissons et de dorsalgies causées par la brèche dure-mère arachnoïdienne survenue durant son anesthésie péridurale. Elle demande réparation de ses préjudices en raison du défaut d'information concernant les modes d'anesthésie, de son refus de l'anesthésie péridurale, des conséquences de la brèche dans la dure mère et de l'infection nosocomiale qu'elle dit avoir contractée.

69 - M. Déchalotte, *Le livre noir de la gynécologie*, op. cit.

70 - M. Le Rest, E. Tapiero, *Les patientes d'Hippocrate*, Philippe Rey, 2022, 213 p.

71 - Cass, 23/11/2022, n° 21-16.392.

72 - CNOM, 21/04/2015, n° 12154 : en l'espèce, les juges disciplinaires estiment que le médecin qui répond à une patiente demandant une anesthésie générale pour une intervention consistant en une reprise chirurgicale après un accouchement « *on n'est pas au supermarché* », n'a « *ni manqué de compassion à son égard, ni négligé sa souffrance dans des conditions constitutives d'un manquement aux dispositions de l'article R. 4127-37 CSP* ».

73 - Plusieurs études, telles que celles de Susan Ayers et Elizabeth Ford publiées dans « *Journal of Reproductive and Infant Psychology* », mettent en lumière un lien entre manque de communication, de soutien et d'empathie et violences ressenties. (v. aussi A. Garcia, « *Violences obstétricales, le point de vue des usagères* », Sages-femmes, Janvier-février 2020, n° 1 et <https://ciane.net/wordpress/wp-content/uploads/2015/03/TexteViolencesobstetricales-reseauCentre2016.pdf>).

74 - 25% de ces comportements inappropriés ont lieu durant l'accouchement et 47% pendant le séjour à la maternité (Enquête périnatalité 2021).

75 - Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical, Rapport n° 2018-06-26-SAN-034, 26/06/2018.

76 - On notera tout de même quelques exemples où le manque d'empathie du personnel médical est invoqué, mais dans le cadre d'une sanction disciplinaire, et non d'une action en responsabilité par la patiente : CAA Marseille, 8^{ème} ch., 03/07/2018, n° 16MA03443 (où le manque d'empathie est pris en compte par le directeur du centre hospitalier en tant qu'incident parmi les différents éléments justifiant le licenciement d'une sage-femme), CAA Paris, 6^{ème} ch., 23/03/2015, n° 14PA02641 (même chose concernant la suspension d'un praticien hospitalier au sein d'un service gynécologie-obstétrique, ayant eu un « *comportement dénué d'empathie* » envers ses patientes). CA, Basse-Terre, ch. sociale, 14/12/2020, n° 18/00002 (une sage-femme est licenciée pour faute grave, entre-autres en raison de son comportement « *totalement inapproprié* » envers les patientes).

77 - CAA Bordeaux, 03/11/2020, op. cit.

78 - M-P Beuve Dupuy, Concl. sur CAA Bordeaux, 03/11/2020, n° 18BX0247. Nous remercions Madame Beuve Dupuy d'avoir accepté la citation de ses conclusions.

rapporteuse publique⁷⁹. Plus récemment, la Cour administrative d'appel de Marseille⁸⁰ écarte toute faute dans la prise en charge aux urgences d'une patiente en suite de couches qui soutenait que « *du fait des manquements commis par l'hôpital [...], elle [avait] subi des souffrances pendant 9 heures, un préjudice lié à un manque d'empathie et un préjudice moral lié à un « stress extrême »* ». En l'espèce, la Cour estime que la patiente avait « *été incomprise par le personnel soignant* » et ne fait aucune mention du manque d'empathie dont elle dit avoir souffert.

Heureusement, dans les cas les plus graves - quand la brutalité du propos ou du comportement ne laisse nul doute - le juge reconnaît et condamne le « manque de tact et de professionnalisme ». Dans une décision du 10 avril 2015⁸¹, la Cour d'appel de Paris a ainsi qualifié de fautives l'incompétence et la malveillance⁸² de l'équipe de soignants ayant pris en charge une femme dans le cadre de son interruption médicale de grossesse (IMG).

De son côté l'OMS a lancé un appel à la poursuite de recherches afin de prévenir et d'éliminer les mauvais traitements pendant l'accouchement⁸³. A cette occasion, elle a aussi tenu à préciser ce qu'est une « expérience positive de l'accouchement », qu'elle définit, en 2018, comme étant une « *expérience qui remplit ou dépasse les attentes et croyances sociales, culturelles et personnelles existantes d'une femme, ce qui inclut l'accouchement d'un enfant en bonne santé dans un environnement clinique et psychologique sûr avec le soutien pratique et émotionnel continu d'un ou de plusieurs compagnons d'accouchement et de personnel clinique bienveillant et compétent sur le plan technique. Il est basé sur le postulat que la plupart des femmes désirent un accouchement et une naissance physiologiques, ainsi qu'un sentiment de réalisation personnelle et de contrôle avec la participation à la prise de décision, même lorsque des interventions médicales sont nécessaires ou souhaitées* »⁸⁴.

Au travers des pratiques dénoncées, on se rend compte que nombre des éléments constitutifs de l'« *expérience positive de l'accouchement* » mis en avant par l'OMS sont absents de la prise en charge de la parturiente. Ceci a notamment été dénoncé par le collectif Stop aux Violences Obstétricales et Gynécologiques et par la doctrine⁸⁵ à la suite de la prise en charge des parturientes durant la pandémie, période durant laquelle on a vu proliférer des pratiques ne reposant sur aucune preuve scientifique⁸⁶ et affectant très négativement l'expérience de l'accouchement, telles que l'exclusion du conjoint, le port du masque pendant l'accouchement⁸⁷, les césariennes systématiques en cas de test positif en SARS-CoV-2, l'augmentation des extractions instrumentales ou encore la séparation de la mère et de son nouveau-né. Ces éléments entrent cependant difficilement dans le champ de contrôle du juge, comme le suggère une décision rendue par le Conseil d'État en 2021 relative à la légalité d'un décret dont l'annexe porte sur le masque obligatoire pour les femmes enceintes alors que celles-ci, durant l'accouchement, pratiquent un effort physique intense⁸⁸.

Condamner le non-respect des pratiques favorisant le vécu positif de l'accouchement ainsi que la non-prise en

79 - *ibid*. La rapporteure publique propose de retenir, pour le comportement des sages-femmes, une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service.

80 - CAA Marseille, 05/05/2022, n° 20MA03176.

81 - CA Paris, 10/04/2015, n° 14/05108.

82 - En l'espèce, la patiente signale que « *la sage-femme de nuit l'a contrainte à exposer à nouveau sa situation alors qu'elle l'avait déjà fait auprès de l'équipe de jour qui avait nécessairement transmis les consignes, qu'il lui a fallu, par l'intermédiaire de son conjoint, réclamer à plusieurs reprises l'intervention de l'anesthésiste alors qu'elle souffrait depuis plusieurs heures, qu'elle a été laissée seule dans la salle d'accouchement sans surveillance jusqu'à ce qu'alertée par son compagnon, l'équipe de sages-femmes appelle en urgence le médecin de garde, que par la suite, le placenta a été retiré sans anesthésie, provoquant des douleurs insupportables, qu'enfin, le personnel leur a demandé avec insistance s'ils souhaitaient conserver le corps ou prendre des photographies, exigeant la signature d'une décharge alors que leur souhait avait déjà été expressément recueilli avant l'accouchement* ».

83 - S. Batram-Zantvoort, O. Razum, C. Miani, « Un regard théorique sur l'intégrité à la naissance : médicalisation, théories du risque, *embodiment* et intersectionnalité », Santé publique, 2021, n° 5, Vol. 33, p. 645 à 654.

84 - Organisation mondiale de la santé, Recommandations sur les soins *intrapartum* pour une expérience positive de l'accouchement - Transformer le soin des femmes et des nourrissons pour améliorer leur santé et leur bien-être, WHO/RHR/18.12, 2018.

85 - V. Rozée, C. Schantz, « Les violences gynécologiques et obstétricales : construction d'une question politique et de santé publique », *op. cit.*

86 - *ibid*.

87 - Stop aux Violences Obstétricales et Gynécologiques, « Enquête Nationale sur la Naissance en Période de Covid 19 », 2020.

88 - CE, 22/02/2021, n° 448682. Par une requête, des particuliers et une association demandaient au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à titre principal, d'ordonner la suspension de l'exécution de différents articles ainsi que de l'annexe 1 du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Ce décret prévoyait notamment qu'« *afin de ralentir la propagation du virus, les mesures d'hygiène définies en annexe 1 au présent décret et de distanciation sociale, incluant la distanciation physique d'au moins un mètre entre deux personnes, dites barrières, définies au niveau national, doivent être observées en tout lieu et en toute circonstance* ». Le Conseil d'État a refusé de se pencher en détails sur la question, et a seulement conclu que les requérants n'apportaient, sur ce point « *aucun élément sérieux de nature à créer un doute quant à la légalité des dispositions contestées* ».

compte de la gêne des patientes liée au caractère intime des actes pratiqués ou de leur pudeur – dénoncée par les patientes⁸⁹ et par le HCE⁹⁰ – ou encore les paroles blessantes, apparaît comme compliqué, malgré l'existence de textes déontologiques⁹¹ sur lesquels les juges, judiciaires et administratifs comme disciplinaires, pourraient s'appuyer. Fortes de ce constat, deux auteures suggèrent une évolution du droit vers la reconnaissance du « *manquement à une "obligation de délicatesse"*⁹² ».

Si cette proposition présente un intérêt incontestable, elle pose aussi une difficulté, en raison de la frontière délicate entre ce qui est approprié et ne l'est pas. Il est concevable que le juge soit peu enclin à s'aventurer sur ce terrain que l'on peut qualifier de « glissant », notamment en raison de la part de subjectivité dans l'acceptation ou non de certains propos ou gestes et dans leurs conséquences, dont l'indemnisation peut de ce fait être compliquée.

II. La délicate indemnisation des préjudices subis par les victimes de violences obstétricales

Pour que les victimes de violences obstétricales voient leurs préjudices indemnisés, il est indispensable que les dommages subis fassent l'objet d'une qualification en droit. Cependant, les conséquences des violences obstétricales, nombreuses et variées, ne sont pas toutes aussi aisément qualifiables les unes que les autres. Les conséquences touchant au psychique (état de stress post-traumatique, syndrome dépressif, perte de l'estime de soi, sentiment de culpabilité...) sont difficilement appréhendables par le droit et certaines d'entre elles sont peu ou prou absentes de la jurisprudence.

A. Une indemnisation évidente pour certains préjudices

Certains postes de préjudices sont souvent reconnus et, partant, donnent lieu à une indemnisation plus ou moins importante.

1. Les postes de préjudices extrapatrimoniaux les plus reconnus

L'étude de la jurisprudence⁹³ permet de mettre en lumière les chefs de préjudices extra-patrimoniaux le plus souvent retenus dans le cadre des actions en responsabilité exercées contre des professionnels ou établissements de santé en cas de violences obstétricales. Comme on peut s'y attendre, du fait de la diversité des dommages subis par les victimes de violences obstétricales mais aussi par leurs proches (et notamment leur conjoint(e)), les qualifications utilisées sont nombreuses : déficit fonctionnel temporaire (DFT)⁹⁴ et permanent (DFP)⁹⁵, souffrances

89 - En 2018, l'Académie de médecine notait, parmi les griefs exprimés par les patientes « *le non-respect de la pudeur et de l'intimité, en particulier lors de la réalisation des gestes intrusifs, toucher vaginal, révision utérine, etc.* » (R. C. Rudigoz et al., « De la bientraitance en obstétrique. La réalité du fonctionnement des maternités », Bull. Acad. Natle Méd., 2018, 202, n° 7, p. 1323-1340).

90 - Selon le rapport du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE) du 26 juin 2018, « *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical* », les actes sexistes, dont certains peuvent être qualifiés de violences, durant le suivi gynécologique et obstétrical incluent la « *non prise en compte de la gêne de la patiente, liée au caractère intime de la consultation* », les « *actes (intervention médicale, prescription, etc.) exercés sans recueillir le consentement ou sans respecter le choix ou la parole de la patiente* » et « *l'insuffisante prise en compte du caractère particulièrement intime de ces consultations : ce défaut de prise en compte témoigne d'un défaut d'empathie plus particulièrement affirmé vis-à-vis des femmes* ».

91 - Selon l'article R. 4127-327 CSP, la sage-femme doit faire preuve d'« une attitude correcte et attentive envers la patiente » et doit faire respecter la dignité de la patiente. Le médecin, quant à lui, « *exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité* » (article R. 4127-2 du même code).

92 - D. Roman, C. Lantero, « L'obstétrique et le juge administratif : au-delà de l'accident », *op. cit.*

93 - Nous reprendrons ici les décisions précitées du juge civil et du juge administratif portant sur des cas de violences obstétricales, où une faute a été reconnue.

94 - Le déficit fonctionnel temporaire cherche à indemniser l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle pendant la maladie traumatique, c'est-à-dire jusqu'à sa consolidation. (J-P. Dintilhac (dir.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, 2005).

95 - Le déficit fonctionnel permanent cherche à indemniser un préjudice extra-patrimonial découlant d'une incapacité constatée médicalement qui établit que le dommage subi a une incidence sur les fonctions du corps humain de la victime (*ibid.*).

endurées⁹⁶, préjudice sexuel⁹⁷, préjudice esthétique⁹⁸, préjudice d'agrément⁹⁹, préjudice d'établissement¹⁰⁰, préjudice d'affection¹⁰¹...

Certains de ces postes de préjudices sont plus retenus que d'autres dans les cas de violences obstétricales. En effet, dès lors que la violence obstétricale subie se traduit par une atteinte physique, le juge semble toujours condamner les responsables à indemniser le déficit fonctionnel temporaire, le déficit fonctionnel permanent (s'il a lieu d'être) et le préjudice sexuel. Tel est le cas dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Nîmes le 26 juin 2014¹⁰² dans laquelle la patiente avait été victime d'une épisiotomie non nécessaire dont les sutures avaient lâché et qui s'était infectée, mais aussi dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Douai le 29 septembre 2022¹⁰³ dans laquelle la patiente souffrait de douleurs abdominales et pelviennes persistantes à la suite de la pratique d'une expression abdominale, ou encore dans la décision de la Cour administrative d'appel de Paris¹⁰⁴ ayant jugé une affaire de « césarienne à vif ». On notera d'ailleurs que, dans ces affaires, les juges octroient également réparation au conjoint au titre de son préjudice sexuel.

D'autres postes de préjudices, indemnisant également des dommages corporels sont en revanche moins retenus, comme le préjudice esthétique qui, s'agissant des exemples précités, a, étonnamment, été écarté par la Cour administrative d'appel de Paris¹⁰⁵ dans l'affaire de la césarienne à vif mais retenu par la Cour d'appel de Nîmes¹⁰⁶ s'agissant de la suture de l'épisiotomie. Il en va de même pour le préjudice d'agrément, dépendant principalement de la capacité de la requérante à apporter la preuve que la blessure subie la prive de loisirs qu'elle pratiquait¹⁰⁷.

Le défaut d'information donne également lieu à indemnisation dans plusieurs des décisions étudiées. Depuis plus d'une décennie, la violation de l'obligation d'information cause au patient un préjudice autonome¹⁰⁸, c'est-à-dire un préjudice que le juge doit indemniser, quelle qu'aurait été la décision prise par le patient s'il avait eu l'information. Ainsi, la parturiente qui n'a pas été correctement informée des risques inhérents à un déclenchement artificiel doit être indemnisée à ce titre, même si le lien entre la faute du praticien et le dommage subi n'est pas établi avec certitude¹⁰⁹. Le patient qui reçoit une information incomplète est victime d'une perte de chance si l'information correctement délivrée lui aurait permis de faire un choix différent s'agissant de sa prise en charge et d'un préjudice d'impréparation si aucun autre choix ne s'offrait à lui. La parturiente qui n'a pas été informée des actes pratiqués, ni de leur utilité, ni de leurs conséquences, mais sans que cela ait d'incidence sur l'enfant, est indemnisée pour son préjudice d'impréparation¹¹⁰ et celle qui, en étant mal informée des risques a perdu une chance d'éviter le dommage tel qu'il s'est réalisé est indemnisée pour cette perte de chance¹¹¹.

96 - Les souffrances endurées sont toutes les souffrances physiques et psychiques, ainsi que des troubles associés, que doit endurer la victime durant la maladie traumatique, c'est-à-dire du jour de l'accident à celui de sa consolidation (*ibid*).

97 - Le préjudice sexuel concerne la réparation des préjudices touchant à la sphère sexuelle, qu'il s'agisse d'un préjudice morphologique, d'un préjudice lié à l'acte sexuel lui-même ou d'une impossibilité ou difficulté à procréer (*ibid*).

98 - Le préjudice esthétique cherche à réparer les atteintes physiques et plus généralement les éléments de nature à altérer l'apparence physique de la victime, jusqu'à sa consolidation ou définitivement (*ibid*).

99 - Ce préjudice porte sur la privation d'une activité déterminée de loisirs (*ibid*).

100 - Le préjudice d'établissement cherche à indemniser la perte d'espoir, de chance ou de toute possibilité de réaliser un projet de vie familiale « normale » en raison de la gravité du handicap permanent, dont reste atteint la victime après sa consolidation (*ibid*).

101 - Le préjudice d'affection est le préjudice moral subi par certains proches à la vue de la douleur de la déchéance et de la souffrance de la victime directe (*ibid*).

102 - CA Nîmes, 1^{re} ch. civile, 26/06/2014, n° 13/00959.

103 - CA Douai, 29/09/2022, *op. cit*.

104 - CAA de Paris, 3^{ème} ch., 10/05/2023, *op. cit*.

105 - CAA de Paris, 3^{ème} ch., 10/05/2023, *op. cit*.

106 - CA Nîmes, 1^{ère} ch. civile, 26/06/2014, *op. cit*.

107 - CAA Bordeaux, 03/11/2020, *op. cit* : le juge rejette la demande d'indemnisation au titre du préjudice d'agrément retenu par les experts, relatif à la cessation de la course à pied et à la limitation de l'activité de cyclisme, en lien avec les troubles physiques, ainsi qu'à la cessation des sorties avec la famille et les amis. En ce qui concerne ce dernier point, le juge considère sans surprise qu'il ne se distingue pas des troubles de toute nature dans les conditions d'existence réparés au titre du déficit fonctionnel permanent.

108 - Cass. civile, 03/06/2010, n° 09-13.591 et CE, 5^{ème} et 4^{ème} ss-sections, 10/10/2012, n° 350426.

109 - CA Nîmes, 1^{ère} ch. civile, 07/09/2017, *op. cit*.

110 - CA Rennes, 18/03/2015, *op. cit*.

111 - Cass., civ. 1^{ère}, 24 octobre 2019, n° 18-19459 : en l'espèce, les requérants agissant en qualité de représentants légaux de leur fille et à titre personnel, ont assigné la clinique et le praticien en responsabilité et indemnisation de la perte de chance de présenter de moindres atteintes subies par leur fille, en se prévalant de fautes dans la surveillance de la grossesse et d'un retard dans la mise en œuvre d'une césarienne en dépit d'une souffrance fœtale aiguë.

Pourtant, il existe encore des cas où le défaut d'information n'est pas qualifié de fautif, comme en témoignent la décision de la Cour administrative d'appel de Paris du 25 mars 2021¹¹² ou celle de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 3 novembre 2020¹¹³. Dans la première, le juge retient que la requérante n'identifie pas l'existence d'un préjudice précis lié au défaut d'information sur les raisons pouvant expliquer les douleurs post-accouchement. Dans la seconde, le juge considère que « *l'absence d'information jusqu'au soir sur l'état de l'enfant, séparée de sa mère à sa naissance en raison d'un retard de résorption du liquide amniotique inhalé et placée sous oxygène en incubateur* », n'est pas fautive, en l'absence de preuve que la requérante aurait interrogé en vain le personnel¹¹⁴. Dans un arrêt rendu en 2016, le Conseil d'État a par contre admis une indemnisation des parents en raison d'un défaut d'information sur le risque de rupture utérine en cas d'accouchement par voie basse et de césarienne, ce défaut d'information ayant été à l'origine d'une perte de chance d'éviter le dommage¹¹⁵.

2. Un niveau d'indemnisation contrasté des postes de préjudices fréquemment retenus

Les violences obstétricales peuvent donner lieu à réparation des préjudices subis par les victimes - la parturiente comme ses proches. En vertu du principe de réparation intégrale, exprimé sous l'adage « *Tout le préjudice, mais rien que le préjudice* », qui s'applique à la blessure, dans sa dimension physique et psychique, l'objectif est de « *rétablir l'équilibre détruit par le dommage et replacer la victime dans une situation le plus proche possible de celle où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu*¹¹⁶ ». Le rétablissement du *statu quo ante* s'avérant impossible dans la majeure partie des cas¹¹⁷, la réparation se fait en général par compensation, par le biais d'une dette de valeur. Le montant des dommages et intérêts est dépendant de l'intensité du préjudice, c'est-à-dire qu'il sera lié, par exemple, pour les souffrances endurées à l'échelon retenu (échelle allant de 1 à 7) ou pour le DFP au taux d'incapacité et à la valeur du point¹¹⁸. En outre, le montant de la réparation dépend de si les juges retiennent le préjudice subi en lui-même ou la perte de chance de ne pas le subir (ou de le subir dans une moindre mesure). Lorsque la perte de chance est retenue, l'indemnisation est fixée en fonction du pourcentage de chance perdue¹¹⁹.

Parmi les décisions évoquées dans cet article, on retrouve des préjudices plus ou moins importants. Le cas le plus grave est sans aucun doute celui jugé par la Cour d'appel d'Agen en 2019¹²⁰. Les souffrances endurées par la parturiente ont été fixées à 7/7, son DFP à 99 % et son préjudice sexuel a été jugé total. Si la condamnation ne porte pas exclusivement sur des violences obstétricales puisque le médecin a manqué à son obligation d'information - en privant sa patiente de la possibilité de « consentir valablement au déclenchement de son accouchement », cette décision est néanmoins intéressante en ce qu'elle permet de connaître les montants d'indemnisation pouvant être obtenus en cas de dommages dramatiques subis par une parturiente dans le cadre de son accouchement. En l'espèce, la victime a obtenu 80 000 euros au titre des souffrances endurées, 693 000 euros au titre du DFP et 50 000 euros au titre du préjudice sexuel¹²¹.

S'agissant des décisions étudiées condamnant des faits constitutifs de violences obstétricales, plusieurs portent sur l'indemnisation de préjudices d'une importance semblable, permettant ainsi de faire certaines comparaisons. On peut notamment, en ce qui concerne le juge judiciaire, revenir sur les décisions de la Cour d'appel de Nîmes du 26 juin 2014 et de la Cour d'appel de Douai du 29 septembre 2022. Dans la première affaire, la patiente qui a subi une épisiotomie non nécessaire, dont les suites ont été compliquées par une surinfection et un lâchage de suture, a vu évaluer ses souffrances endurées à 2,5/7 et son DFP à 4 % et a obtenu 3 000 euros pour les premières et 950 euros pour le second, ce qui peut surprendre puisque la patiente souffrait de séquelles cicatricielles douloureuses

112 - CAA de Paris, 8^{ème} ch., 25/03/2021, n° 20PA00197.

113 - CAA Bordeaux, 03/11/2020, *op. cit.*

114 - CAA Bordeaux, 03/11/2020, *op. cit.*

115 - CE, 5^{ème} - 4^{ème} ch. réunies, 27/06/2016, *op. cit.*

116 - Cass., 18/01/1973, n° 71-14.282.

117 - J. Lagoutte, « La difficile rencontre des VOG et du droit privé », *op. cit.*

118 - Le « point » d'incapacité est la somme obtenue en divisant le montant alloué par le taux d'incapacité. Ce mode de calcul permet d'appliquer au cas sur lequel on statue la valeur du point adoptée dans des cas similaires (M. Le Roy et al., *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis, 2022, 22^{ème} édition, 1084 p.).

119 - Tel est le cas dans la décision de la cour d'appel de Douai du 29 septembre 2022 (*op. cit.*) ou la part causale est de 90%.

120 - CA Agen, 1^{ère} ch. civile, 27/11/2019, *op. cit.*

121 - La Cour de cassation (Cass., 08/09/2021, n° 20-13.773) casse cette décision, jugeant que le lien de causalité n'est pas établi. Comme il n'y a pas de lien causal, elle ne se prononce pas sur les montants d'indemnisation.

dont les irradiations sont handicapantes. Dans la seconde affaire, la patiente, victime d'une expression abdominale lui ayant occasionné des douleurs abdominales et pelviennes persistantes, voit son DFP évalué à 5 % et ses souffrances endurées à 3/7 et obtient 8 100 euros pour le premier et 8 100 euros pour les secondes. On remarque donc qu'entre ces deux affaires, que huit ans séparent, les montants d'indemnisation sont très différents alors que les niveaux de préjudice sont proches. En ce qui concerne le juge administratif, la cour administrative d'appel de Bordeaux reconnaît d'abord une indemnisation globale de 10 000 euros pour des souffrances physiques, psychiques et morales évaluées à 4 sur 7¹²², incluant un DFP évalué à 5 % pour le syndrome post-traumatique. Trois ans plus tard dans une autre affaire jugée par la cour administrative d'appel de Paris, est servie une indemnisation de 15 000 euros pour des souffrances physiques et psychiques d'une femme ayant subi une césarienne à vif, évaluées ensemble à un niveau de 4,5 sur 7¹²³ ainsi que 25 000 euros au titre du DFP évalué entre 10 et 30 % selon les différentes expertises réalisées.

Par ailleurs, il ressort d'un panel de décisions proposé dans l'ouvrage intitulé « L'évaluation du préjudice corporel »¹²⁴ que les montants d'indemnisation octroyés par le juge civil aux victimes au titre des souffrances endurées mais aussi du DFP seraient plus importants que ceux octroyés par le juge administratif.

Comme vu précédemment, parmi les postes de préjudice les plus souvent retenus en cas de violences obstétricales, on retrouve le préjudice sexuel. Il n'existe pas de moyen consensuel de mesurer l'intensité de ce préjudice. Il est apprécié *in concreto*, en prenant en compte les éléments objectifs mais aussi les éléments subjectifs propres à la victime, tels que son âge ou sa situation conjugale. Dans la décision de la Cour d'appel de Nîmes¹²⁵, la plaignante qui ressent des douleurs pendant les relations sexuelles, « *la cicatrice [de l'épisiotomie] entraînant une gêne en qualité et en nombre pour [celles-ci]* », reçoit 8 000 euros au titre de son préjudice sexuel. Dans la décision de la Cour d'appel de Douai¹²⁶, la plaignante qui a subi une perte de libido en raison du caractère douloureux de l'acte sexuel résultant du syndrome Master et Allen¹²⁷, obtient 9 000 euros au titre de son préjudice sexuel. Dans la décision de la Cour administrative d'appel de Paris¹²⁸, la plaignante qui souffrait d'un syndrome anxio-dépressif intense suite aux circonstances difficiles de son accouchement, reçoit 5 000 euros au titre de son préjudice sexuel. Comme indiqué *supra*, le conjoint, victime par ricochet, peut aussi obtenir réparation de ses préjudices, et notamment de son préjudice sexuel. Il semblerait, au vu des décisions étudiées, que le montant d'indemnisation de celui-ci soit proportionnel à l'indemnisation perçue par la femme¹²⁹, même si certains tribunaux apparaissent plus généreux que d'autres¹³⁰.

Le nombre de décisions étudiées ne permet certes pas d'être sûr qu'il y a vraiment une augmentation au fil des ans des montants d'indemnisation alloués par les juges (civil comme administratif) aux victimes de violences obstétricales mais si tel est bien le cas, cela pourrait témoigner d'une évolution de l'importance accordée aux dommages découlant de ce type de violences, en tout cas ceux qui sont appréhendables aisément par le droit positif, ce qui n'est pas le cas d'autres type de préjudices pour lesquels l'octroi d'une indemnisation est plus délicate.

122 - CAA Bordeaux, 03/11/2020, n° 18BX02473 (le juge alloue 4 000 euros pour les souffrances psychiques liées aux circonstances ayant causé le syndrome de stress post-traumatique, 6 000 euros pour le déficit fonctionnel permanent causé par le syndrome post-traumatique (lequel est en partie expliqué par l'expression abdominale)).

123 - CAA Paris, 3^{ème} ch., 10/05/2023, *op. cit.* : la requérante obtient 15 000 euros pour les souffrances physiques résultant du défaut fautif d'anesthésie lors de la césarienne et des souffrances psychiques liées à l'annonce erronée du pronostic vital engagé de son enfant alors qu'elle se trouvait en salle de réveil (4.5/7). Elle reçoit 11 520 euros au titre du déficit fonctionnel temporaire (lié aux dommages ci-dessus) et 25 000 euros au titre de son déficit fonctionnel permanent (en raison de l'intensité du syndrome anxio-dépressif consécutif aux circonstances de l'accouchement) ainsi que 5 000 euros pour son préjudice sexuel.

124 - M. Le Roy et al., *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis, 2022, 22^{ème} édition, 1084 p.

125 - CA Nîmes, 1^{ère} ch. civile, 26/06/2014, *op. cit.*

126 - CA Douai, 29/09/2022, *op. cit.*

127 - Syndrome anatomo-clinique constitué par une rétroversion utérine accentuée avec un col anormalement mobile et par une déchirure du feuillet postérieur et du fascia sous-péritonéal du ligament large (définition de l'Académie nationale de médecine).

128 - CAA Paris, 3^{ème} ch., 10/05/2023, *op. cit.*

129 - La Cour d'appel de Nîmes (26/06/2014, *op. cit.*) accorde 8 000 euros à la plaignante et 3 000 euros au conjoint et la Cour d'appel de Douai (20/09/2022, *op. cit.*) accorde 9 000 euros pour la plaignante et 4 500 euros pour le conjoint.

130 - CAA Paris, 3^{ème} ch., 10/05/2023, *op. cit.* : le conjoint de la patiente se voit reconnaître un préjudice moral et sexuel, pour lesquels il reçoit une indemnisation globale de 8 000 euros tandis que son épouse reçoit, au titre de son préjudice sexuel, 5 000 euros.

B. Une indemnisation complexe pour les préjudices moraux

Là où l'indemnisation des préjudices corporels semble possible, celle des autres préjudices est plus complexe, a fortiori celle des préjudices dits « oubliés ».

1. De la souffrance psychologique au cas du stress post-traumatique

L'accouchement est vécu comme un moment traumatique par nombre de femmes¹³¹ et peut même, dans certains cas, être à l'origine de troubles de stress post-traumatique ou d'état de stress post-traumatique (TSPT)¹³². En effet, il ressort des études que 3 à 6 % des femmes souffrent d'un syndrome de stress post-traumatique après leur accouchement et 5 % des conjoints, ce chiffre augmentant pour les accouchements « à haut risque »¹³³.

Stress post-traumatique et violences obstétricales ne doivent pas être confondus - toutes les femmes présentant les symptômes de TSPT n'ont pas été victimes de violences obstétricales et toutes les femmes victimes de violences obstétricales ne présentent pas ces symptômes - mais ils sont souvent associés puisque, « *les violences obstétricales, dans les cas les plus graves, sont l'une des causes du syndrome de stress post-traumatique après un accouchement* »¹³⁴. En dépit d'un intérêt certain des psychologues et psychiatres pour la question des troubles mentaux en périnatalité et d'une prévalence non négligeable, l'indemnisation du stress post-traumatique n'est que peu sollicitée en cas de violences obstétricales et peut soulever, en pratique, des interrogations. En effet, si l'anxiété et l'angoisse, symptômes du stress post-traumatique, sont invoquées par les victimes¹³⁵ et parfois reconnues par les médecins¹³⁶, *in fine*, les dommages psychologiques subis font rarement l'objet d'une indemnisation au titre de préjudice(s) autonome(s). La plupart du temps, ils sont indemnisés au titre des « souffrances endurées » (avant la consolidation) ou du déficit fonctionnel permanent (après la consolidation).

On peut cependant souligner certaines décisions allant dans le sens d'une indemnisation autonome de la souffrance psychique endurée. D'une part, la décision de la Cour d'appel de Paris¹³⁷, dans laquelle le juge condamne l'établissement de santé à verser 4 000 euros à la plaignante en indemnisation de son préjudice moral, celle-ci souffrant d'un syndrome anxio-dépressif imputable au comportement de l'équipe soignante à son égard. D'autre part, plus marquante encore car retenant expressément le « stress post-traumatique », la décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux¹³⁸ qui retient le traumatisme psychologique, qualifié de syndrome post-traumatique par les experts, causé par l'expression utérine subie par la patiente, à laquelle s'est ajoutée l'absence d'entretien de « débriefing » et un compte-rendu insuffisamment détaillé, interprété par la patiente comme dissimulant une erreur médicale, et reconnaît la responsabilité du centre hospitalier à ce titre.

Cependant, dans cette même affaire¹³⁹, le juge retient que le dossier de la patiente ne permettait pas en l'espèce de savoir si ses séquelles physiques (des douleurs périnéales, pelviennes et abdominales, une constipation chronique, une pollakiurie et une incontinence aux gaz et aux selles liquides) correspondaient à un supposé geste médical fautif, ou si elles étaient l'expression du syndrome post-traumatique de la requérante, qui avait été reconnu par les experts. Pour éclaircir ce point, des examens supplémentaires étaient nécessaires, mais la patiente les avait refusés, au motif qu'ils seraient traumatisants. Puisqu'il appartient à la victime d'établir le caractère direct et certain du lien de causalité entre la faute et le dommage qu'elle invoque, et qu'elle ne le fait pas en l'espèce, le juge a rejeté la demande de réparation des préjudices résultant des troubles physiques de la patiente.

131 - M. Chabbert, J. Wendland, « Le vécu de l'accouchement et le sentiment de contrôle perçu par la femme lors du travail : un impact sur les relations précoces mère - bébé ? », *Revue de Médecine Périnatale*, 2016, n°4, Vol. 8.

132 - Définition du Vidal : l'état de stress post-traumatique est un trouble anxieux sévère, qui se développe à la suite d'un événement ayant entraîné une détresse intense. Ce trouble s'installe de manière durable, perturbe profondément la vie quotidienne et peut, s'il n'est pas soigné, se compliquer de dépression.

133 - C. Deforges, V. Sandoz et A. Horsch, « Le trouble de stress post-traumatique lié à l'accouchement », *Périnatalité*, 2020, n°4, Vol. 12.

134 - E. Phan, A. Evrard, « À propos du débat sur les violences obstétricales. Position du CIANE », *Revue de Médecine Périnatale*, 2017, n° 4, Vol. 9.

135 - CA Versailles, 11/05/2017, n° 14/02044.

136 - CA Rennes, 04/04/2018, n° 15/06534.

137 - CA Paris, 10/04/2015, n° 14/05108.

138 - CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 03/11/2020, *op. cit.*

139 - CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 03/11/2020, *op. cit.*

2. Les « préjudices oubliés »

Le décalage entre l'appréhension large des violences obstétricales par la doctrine, la société ou certaines institutions, et la vision étroite adoptée par les juges sur la question, est d'autant plus frappant en ce qui concerne certains préjudices. Il s'agit ici de préjudices qui sont souvent « oubliés » ou considérés comme secondaires, en comparaison à des séquelles physiques considérables. On compte parmi eux, par exemple, le sentiment de culpabilité, la perte de l'estime de soi¹⁴⁰ ; autant de conséquences d'un accouchement pouvant découler soit de violences soit de comportements inappropriés, dans le cadre de la prise en charge obstétricale¹⁴¹.

Ces traces laissées par un accouchement traumatique peuvent affecter à long terme la vie des patientes et de leurs proches mais aussi leur rapport au soin. En effet, comme le souligne le HCE dans son rapport de 2018, les violences obstétricales peuvent avoir des conséquences sur la vie professionnelle des femmes, sur leur « *vie familiale et les relations affectives et sexuelles* » ou encore sur leur « *suivi gynécologique et obstétrical, voire médical en général* ».

S'agissant de la vie professionnelle, les violences obstétricales peuvent avoir des répercussions importantes, pouvant aller de l'arrêt de travail¹⁴² à la cessation complète de l'activité. Ce lien a déjà été reconnu dans certains cas. Dans une affaire portée devant la cour d'appel de Montpellier¹⁴³, une patiente ayant subi un déclenchement sans raison médicale et dont l'accouchement s'était déroulé dans des conditions très difficiles, avait subi une dégradation de son état psychiatrique et avait finalement été licenciée pour inaptitude. De façon similaire, le juge administratif a eu à juger du cas d'une femme ayant été victime d'une césarienne à vif, et par la suite licenciée pour inaptitude physique du fait du syndrome anxio-dépressif dont elle est restée atteinte à la suite de son accouchement¹⁴⁴.

S'agissant de la vie familiale, conjugale, amicale¹⁴⁵ et intime, l'impact des violences obstétricales sur la qualité de vie peut être important. En effet, les violences obstétricales peuvent entraîner une dégradation des relations de couple, avec une altération de la vie sexuelle - indemnisable au titre du préjudice sexuel - mais aussi du « climat conjugal »¹⁴⁶. Cela peut s'expliquer bien entendu par l'état physique ou psychique de la femme mais aussi par le traumatisme subi par le conjoint qui a été, ou est encore, le témoin impuissant de la souffrance de sa compagne¹⁴⁷.

De la même manière, les violences obstétricales peuvent avoir des répercussions sur le lien entre la mère et son nouveau-né : comme le souligne le HCE, dans de nombreux cas « *les femmes qui se sont senties dépossédées de tout contrôle lors de leur accouchement, ainsi que les femmes qui ont reçu un traitement inhumain et dégradant, ont constaté une dégradation de leur relation avec leur enfant*¹⁴⁸ ».

On peut citer également le risque de développer une anxiété liée à tout nouveau projet de grossesse ou d'accouchement par voie basse¹⁴⁹, pouvant aller jusqu'à la tocophobie, peur pathologique de la grossesse et de

140 - A. Evrard, « Reconnaître et analyser les violences obstétricales, une démarche pertinente d'évaluation et d'amélioration des pratiques », *Périnatalité*, 2020/4, vol.12.

141 - C. Devos, L. Gaucher, C. Huissoud, « Comportements inappropriés des soignants en salle de naissance : une étude qualitative comparative - résultats préliminaires », *Périnatalité*, 2020, n° 4, Vol. 12. Cet article fait référence à CM Bossano, KM Townsend, AC Walton et al, « The maternal childbirth experience more than a decade after delivery », *Am J Obstet Gynecol*, 2017, 217:342.e1-342.e8 ; v. aussi V. Rozée, C. Schantz, « Les violences gynécologiques et obstétricales : construction d'une question politique et de santé publique », *op. cit.*, qui se réfère notamment à la loi adoptée au Venezuela sur ces violences : República Bolivariana de Venezuela. Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. 2007.

142 - Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, *op. cit.*

143 - CA Montpellier, 5^{ème} ch. civile, 19/04/2022, n° 19/03054. Dans cette affaire, la parturiente avait subi un déclenchement « sans raison médicale », et avait indiqué ne pas avoir été correctement informée des risques inhérents à une telle pratique. L'accouchement a été ponctué de complications (hémorragie massive de la patiente, suivie d'un arrêt cardiaque, qui a nécessité, après sa réanimation, une hystérectomie de sauvetage).

144 - CAA Paris, 3^{ème} ch., 10/05/2023, *op. cit.*

145 - C. Devos, L. Gaucher, C. Huissoud, « Comportements inappropriés des soignants en salle de naissance : une étude qualitative comparative - résultats préliminaires », *op. cit.* ; cet aspect est aussi évoqué dans un arrêt de la CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 03/11/2020, *op. cit.*, la requérante faisant état de la cessation des sorties avec la famille et les amis, en raison de ses traumatismes liés à l'accouchement.

146 - Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, *op. cit.*

147 - Audition par le HCE, 2 février 2018 pour le Rapport sur *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical* ; et M. Déchalotte, *Le livre noir de la gynécologie*, *op. cit.*

148 - Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, *op. cit.* Ce rapport renvoie sur ce point à l'étude suivante : R. Elmir, « *Women's perceptions and experiences of a traumatic birth : a meta-ethnography* », Blackwell Publishing Ltd, 2010.

149 - J. Lagoutte, « La difficile rencontre des VOG et du droit privé », *op. cit.* ; Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, *op. cit.*

l'accouchement^{150,151}. Notons que si l'impossibilité physiologique ou physique d'avoir des enfants peut donner lieu à indemnisation, il en va autrement lorsque l'impossibilité est d'ordre psychologique. Par exemple, la Cour d'appel de Douai, dans une décision du 6 octobre 2022¹⁵², refuse d'indemniser un quelconque préjudice d'établissement lorsqu'aucune contre-indication médicale n'existe à la survenue d'une nouvelle grossesse.

En ce qui concerne le rapport aux soins, il semble évident que les violences obstétricales, et même parfois les actes considérés comme de moindre gravité, peuvent avoir un impact sur les prises en charge futures de la femme¹⁵³. En effet, il arrive que la patiente, en raison d'une perte de confiance envers le corps médical après un accouchement mal vécu, tende à s'éloigner des professionnels et du système de santé, ce qui peut avoir de graves conséquences pour sa santé individuelle, ainsi que pour la santé publique¹⁵⁴.

Ces deux composantes, à savoir le rapport au soin - c'est-à-dire à sa propre santé - et la qualité de vie, sont difficilement transposables en termes juridiques¹⁵⁵ et semblent pouvoir prétendre à une « *qualification indéterminée d'un préjudice moral en quelque sorte « inconnu* »¹⁵⁶ » afin qu'elles soient enfin véritablement saisies par les juges.

Gageons que les juges, à force de tâtonnements, avanceront dans le sens d'une meilleure appréhension des violences obstétricales. En attendant, la rapporteure publique, dans une affaire maintes fois citée ici¹⁵⁷, frappe par sa clairvoyance sur les limites de la prise en compte de ces violences par le droit en concluant « *qu'il convient [...] de s'en tenir à l'application de la règle de droit, aussi aride soit-elle, et malgré le sentiment d'une justice inachevée qu'elle peut procurer au juge*¹⁵⁸ ».

Adélie Cuneo & Laurence Warin

150 - Ce terme vient du grec *tokos* « accouchement », et *phobos*, « peur ».

151 - La cause principale retrouvée de tophobie secondaire est l'antécédent de mauvais vécu d'un accouchement, or les victimes de violences obstétricales ont souvent eu un « mauvais vécu ». (A. Moura, « La tophobie, vers quel accompagnement ? », Mémoire présenté pour l'obtention du Diplôme d'État de Sage-Femme, 2020).

152 - CA Douai, 06/10/2022, n° 21/03292.

153 - C. Devos, L. Gaucher, C. Huissoud, « Comportements inappropriés des soignants en salle de naissance : une étude qualitative comparative - résultats préliminaires », *op. cit.*

154 - J. Lagoutte, « La difficile rencontre des violences obstétricales et gynécologiques et du droit privé », *op. cit.*

155 - *ibid.*

156 - *ibid.*

157 - CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 03/11/2020, *op. cit.* Où la patiente avait subi un accouchement reconnu comme « violent » ainsi que des séquelles gynécologiques.

158 - M-P Beuve Dupuy, concl. sur CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 03/11/2020, *op. cit.*

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

Relations médecins patients : comment en sommes-nous arrivés au climat actuel et comment y remédier ?

Joëlle Belaisch Allart

Centre hospitalier des 4 Villes 92210 Saint-Cloud et CNGOF 91 bld de Sébastopol 75002 Paris

Pierre Collinet

Hôpital privé le Bois Groupe Ramsay Lille Métropole 59000 Lille

Cyril Huissoud

Service de Gynécologie Obstétrique de l'HFME, 59 Boulevard Pinel, 69500 Bron, HCL Hospices civils de Lyon, France. Claude Bernard Université, France Université de Lyon, Lyon 1

Geoffroy Robin

Université de Lille, CHU de Lille, service d'AMP, 59000 Lille, France.

**Cet article est reproduit avec l'aimable autorisation des auteurs et de La Revue du Praticien,
revue dans laquelle il est paru en juin 2023.**

Résumé

Le collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) a entendu la parole des femmes se plaignant de violences gynécologiques et obstétricales et a réagi pour essayer de restaurer la confiance médecin-patiente et éviter que par crainte certaines femmes ne renoncent au suivi gynécologique. Dès octobre 2021, conscient de la particularité de l'examen gynécologique qui touche à l'intimité des femmes, le CNGOF a publié une charte de la consultation de gynécologie obstétrique suivie d'une charte de la salle de naissance. Nous avons élaboré des recommandations pour la pratique définissant dans quelles circonstances l'examen clinique et la pose d'un spéculum sont recommandés. Dans le même temps nous avons entendu l'angoisse de nos confrères devant l'amalgame entre examen gynécologique et viol, et demandé que soient désormais bien distingués les actes à caractère sexuel relevant des juridictions pénales et les examens médicaux vaginaux ou rectaux pratiqués dans le cadre d'une prise en charge médicale.

Abstract

The French National College of Gynecologists and Obstetricians (CNGOF) has heard the voices of women complaining of gynecological and obstetrical violence, and has taken action to try to restore doctor-patient trust and prevent women from forgoing gynecological care out of fear. From October 2021, aware of the special nature of gynecological examinations, which touch on women's intimacy, the CNGOF has published a charter for obstetric gynecology consultations, followed by a charter for birth rooms.

We have drawn up recommendations for practice defining the circumstances in which the clinical examination and speculum placement are recommended. At the same time, we listened to our colleagues' anguish about the confusion between gynaecological examination and rape, and asked that a clear distinction be made between sexual acts under criminal jurisdiction and vaginal or rectal medical examinations carried out as part of medical care.

En octobre 2021, les plaintes pour violences et même viol contre un gynécologue renommé ont mis au-devant de la scène les violences gynécologiques ou obstétricales (les VOG) selon l'expression des associations de patientes, expression qui choque beaucoup de nos confrères car si certains médecins ont probablement manqué de bienveillance il est difficile de croire que certains ont été intentionnellement violents. Sans pour autant nier le ressenti de certaines femmes, nous préférons donc parler d'absence de bienveillance.

Le collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) a entendu les ressentis de ces femmes et leurs plaintes et a aussitôt réagi pour essayer de restaurer la confiance médecin-patient et éviter que par crainte certaines femmes ne renoncent au suivi gynécologique.

Dès octobre 2021, le CNGOF a réagi et publié une charte de la consultation de gynécologie obstétrique en partenariat avec cinq sociétés savantes (la Fédération Nationale des Collèges de Gynécologie Médicale (FNCGM), la Société Française de Chirurgie gynécologique et Pelvienne, la Société Française de Gynécologie (SFG) et le collège des enseignants de Gynécologie Médicale et celui de Gynécologie Obstétrique). Cette charte a été soumise à une association d'usagères leur demandant, comme à toutes les autres sociétés cosignataires, une réponse rapide, ce qui a été refusé par l'association.

Cette charte était destinée à être affichée dans les salles d'attente de tous les gynécologues de France afin que les femmes puissent en prendre connaissance avant d'entrer dans le cabinet du médecin. Nous y rappelions en préambule que les professionnels ont parfaitement conscience de la particularité de la consultation de gynécologie ou d'obstétrique qui touche à l'intimité psychique et physique des femmes, que cette consultation nécessite une écoute, une attitude, un dialogue et un examen physique dans un esprit de bienveillance et de respect mutuel. C'est pourquoi nous proposons à tous les praticiens de France d'adhérer à cette charte et de l'afficher dans les lieux d'attente, et à chaque femme d'en prendre connaissance avant la consultation.

Nous rappelions entre autres, que l'examen clinique est précédé d'une explication sur ses objectifs et ses modalités, que le praticien, médecin ou sage-femme doit conduire la consultation avec bienveillance et respect, en gardant à l'esprit la particularité de cette consultation et les besoins d'écoute et de dialogue. Nous rappelions aussi que l'examen clinique n'est pas systématique. Par exemple, il n'est pas conseillé lors de la première consultation d'une jeune femme pour contraception, en l'absence de symptômes. Nous insistions sur le fait que si la femme désire ne pas être examinée, elle est invitée à en faire part en début de consultation, que son accord oral est recueilli avant tout examen clinique et qu'elle peut être assistée par l'accompagnant de son choix.

Nous informions également sur le fait que l'examen fournit des renseignements que l'imagerie ne peut pas apporter (état de la vulve, du vagin et du col, mobilité des organes pelviens, contraction des muscles ou cartographie des zones douloureuses et typologie des douleurs, ou encore origine de saignements ou de pertes). Il permet aussi la pratique de prélèvements.

Cette charte a été très largement diffusée, elle a été envoyée à tous les membres du CNGOF, de la FNCGM et de la SFG, elle a été publiée dans la revue Gynécologie Obstétrique Fertilité Sénologie¹, et elle est en accès libre sur Google. Malgré cette diffusion, il semble que les gynécologues ne l'affichent pas suffisamment, comme en témoigne l'enquête d'une association d'usagères ENDO France. L'association a réalisé durant l'été 2022 un questionnaire auprès de ses adhérentes. Le questionnaire a été envoyé par mail à 2576 femmes, lu à 70 %, 611 réponses ont été reçues, soit un taux de retour de presque 24 %².

Les questions étaient les suivantes :

1) *C'est votre première consultation chez un gynécologue pour suspicion ou suivi d'endométriose, vous attendez-vous à être examinée dès la première consultation ?* 493 adhérentes ont répondu oui (81 %) et 118 non (19 %).

2) *Lors d'une consultation gynécologique dans le cadre d'une endométriose, le médecin devrait vous expliquer la raison et le déroulé de l'examen et recueillir votre consentement préalablement. Pour cela, préféreriez-vous la signature d'un document écrit descriptif attestant votre consentement à l'examen pelvien ou un consentement oral ?* 449 adhérentes ont

1 - J. Belaisch-Allart, « Charte de la consultation en gynécologie ou en obstétrique », Gynecol Obstet Fertil Senol 2022 ;50 :289-290.

2 - Y. Candau, P. Collinet, C. Huisoud, G. Robin et J. Belaisch Allart, « Du bon usage de la charte du CNGOF de la consultation en gynécologie ou en obstétrique », Gynecol Obstet Fertil Senol 2023 ; 51 :295-296.

répondu préférer donner leur consentement oralement (74 %) et 161 par écrit (26 %).

3) *Trouvez-vous trop pénible d'avoir un examen pelvien dans le cadre de l'endométriose ?* 229 adhérentes ont répondu oui (37 %) et 379 non (62 %).

4) *Certains médecins affichent une charte de la consultation et de l'examen dans la salle d'attente. En avez-vous déjà vu et/ou lu une ?* 105 adhérentes ont répondu oui (17 %) et **505 non (82 %)**.

5) *Pensez-vous utile qu'une telle charte soit mise à votre disposition ?* 193 adhérentes ont répondu « Oui, affichée ou diffusée en salle d'attente » (32 %), 113 « Oui, remise le jour de la consultation, via le personnel médical ou paramédical » (18 %) et 268 « Oui, je préfère la recevoir avant la consultation (courrier, messagerie) » (44 %), et seules 36 ont répondu « Non » (6 %).

En clair, la charte est souhaitée par 94 % des femmes mais seules 17 % l'ont vue ! Comment expliquer ces chiffres ? Soit la charte était affichée mais peu visible, soit les médecins ne la connaissaient pas, soit ils n'ont pas jugé utile de l'afficher. Vu la très large diffusion de la charte, l'accessibilité n'est pas un obstacle. Quelles peuvent être les raisons pour lesquelles un médecin ne souhaite pas afficher cette charte ? Ces médecins partagent peut-être leur salle d'attente avec des praticiens d'autres spécialités, ou craignent de créer des problèmes qui n'existeraient pas dans leur patientèle ou enfin refusent la charte.

Après avoir pris connaissance des résultats de cette enquête, le CNGOF s'est à nouveau mobilisé pour diffuser cette charte dans les congrès médicaux et les interviews et faire comprendre aux médecins que nombre de femmes souhaitent recevoir cette charte.

Après l'affaire d'octobre 2021, en juin 2022, c'est une femme gynécologue, par ailleurs ministre, qui a été accusée de viol par des patientes. Nombre de professionnels ont été choqués de l'assimilation d'un examen médical à un viol et le collègue a réagi lors d'une tribune et d'un communiqué de presse :

« Le Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français porte la plus grande attention aux plaintes exprimées par les femmes. Cependant, notre société savante est très inquiète de l'usage actuel du mot viol pour qualifier des examens médicaux, notamment gynécologiques, réalisés sans la moindre intention sexuelle.

Nous appelons les pouvoirs publics à ouvrir une réelle discussion à ce sujet entre magistrats, avocats, représentants des patientes, philosophes et médecins de notre spécialité, mais aussi généralistes, urologues, gastroentérologues, radiologues, chirurgiens, sages-femmes, toutes celles et ceux qui, dans l'intérêt des patientes, pratiquent des examens vaginaux ou rectaux.

La loi qui définit la notion de viol comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise », a pour but de protéger les personnes mais cette définition aboutit de plus en plus souvent à ce que les examens médicaux puissent être qualifiés de viol.

Le CNGOF, bien conscient de la particularité de l'examen gynécologique qui touche à l'intimité des femmes, a publié une charte de l'examen gynécologique, insistant sur la bienveillance et le consentement indispensables lors de cet examen, cette charte est destinée à être affichée dans toutes les salles d'attentes et à être lue par les femmes avant d'entrer dans le bureau médical.

Nous souhaitons expliquer à nouveau aux femmes que l'examen clinique même s'il n'est pas systématique reste essentiel dans certaines pathologies par exemple l'endométriose ou les fibromes utérins. Nous souhaitons rappeler que la pose d'un speculum est indispensable pour le dépistage, la prévention ou le traitement de certaines pathologies pré cancéreuses ou cancéreuses.

Nombre de gynécologues obstétriciens bienveillants n'ayant jamais eu de problèmes avec leurs patientes se demandent, nous demandent comment faire actuellement, faut-il faire signer un consentement écrit à l'examen à toutes les femmes, faut-il que systématiquement une secrétaire, une infirmière soit présente pour tout examen ? Nous avons rédigé la Charte de l'examen en gynécologie pour essayer de restaurer la confiance des femmes pour éviter que par crainte elles ne se prêtent plus aux dépistage du cancer du col de l'utérus et que l'on voit réapparaître des cancers avancés dépistés trop tard lors de l'apparition de signes cliniques et non plus dépistés à un stade précoce de bien meilleur pronostic. Si les

médecins, les sages-femmes de crainte de se voir traiter de violeurs sur les réseaux sociaux et d'être poursuivis en justice pour viol renoncent à examiner les femmes, ce sont les femmes qui en paieront les conséquences. Nous plaçons pour que soit restauré un climat de confiance entre les femmes et les gynécologues obstétriciens.

En conséquence le CNGOF en appelle au discernement de tous afin que soient désormais bien distingués les actes à caractère sexuel relevant des juridictions pénales et les examens médicaux vaginaux ou rectaux pratiqués dans le cadre d'une prise en charge médicale ».

Nous avons été (partiellement) entendus puisque le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM) après concertation avec les différentes spécialités concernées (dont le CNGOF) vient de publier une fiche pratique sur l'examen pelvien dans le respect de l'éthique et de la déontologie médicale destinée aux médecins, disponible sur leur site avec cette introduction : « *Il apparaît nécessaire à l'institution de rappeler dans cette fiche pratique que la personne a le droit, avant tout examen médical touchant à son intimité, d'être informée des raisons médicales pour lesquelles cet acte est envisagé, de son utilité, et d'y consentir ou non* »³.

Dans le même temps, la première ministre a saisi le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) en juillet 2022 lui demandant une réflexion approfondie sur la notion de consentement dans le cadre des examens gynécologiques ou touchant à l'intimité. Le CCNE vient de rendre l'avis 142 dont voici quelques extraits. « *Le CCNE rappelle que les examens touchant à l'intimité requièrent une attention redoublée de savoir-être, de précaution et de tact à chaque étape de la consultation. Ils nécessitent une écoute et une considération de ce que les patientes ressentent et expriment, une prise en compte de la pudeur et du besoin d'intimité, et une attention à la douleur ou à l'inconfort que l'examen peut éventuellement occasionner, qu'ils soient exprimés ou non....*

Contrairement à ce qui peut se passer dans certains pays, le CCNE ne considère pas pertinent le recueil du consentement de la patiente par l'écrit, ni de demander qu'un tiers soit systématiquement présent pendant l'examen. Il insiste en revanche sur le fait que le consentement ne doit plus être tacite ou présumé, mais explicite et différencié pour chaque examen pratiqué durant une consultation....

Les soignant.e.s sont, dans leur immense majorité, soucieux.ses du bien-être de leurs patient.e.s. Mais tous les professionnels auditionnés affirment que l'effort de pédagogie requiert du temps dont ils ne disposent pas suffisamment. Les contraintes auxquelles ils font face favorisent la mise en place d'automatismes faisant obstacle à une lecture fine des interactions et parfois des réticences. Ils et elles peuvent être amené.e.s à neutraliser leurs émotions, parfois au risque de la dépersonnalisation.....

Le CCNE insiste sur l'indispensable effort de compréhension réciproque des patient.e.s et des soignant.e.s s'agissant des examens touchant à l'intimité...

L'immense majorité des soignant.e.s respecte la souveraineté des patient.e.s et met tout en œuvre pour une prise en charge bienveillante et professionnelle. Leur engagement en faveur de l'optimisation de la qualité de la relation de soin et de l'abandon des pratiques inadéquates est réel.

Deux recommandations spécifiques en ressortent :

- Le ministère de la Santé et de la Prévention doit veiller à ce que les modalités organisationnelles du soin permettent aux examens de se dérouler dans de bonnes conditions, notamment en ce qui concerne l'information et la mise en place d'un consentement revisité et adapté.

- Le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et la Conférence des doyens de médecine doivent non seulement tenir davantage compte des enjeux de formation aux humanités et à l'éthique du soin mais aussi les renforcer dans la constitution des programmes d'enseignement de façon systématique ».

Les principales recommandations de l'Avis 142 sont :

- Mettre en place, au sein de la consultation, un espace d'information sur le bien-fondé, le déroulement et les risques éventuels des examens touchant à l'intimité et recueillir le consentement explicite et différencié du patient ou de la patiente ;

3 - CNOM, L'examen pelvien dans le cadre du respect de l'éthique et de la déontologie médicale, Fiche pratique du CNOM Mars 2023 (site du CNOM).

respecter son éventuel refus ;

- Renforcer la vigilance quant à la difficulté à subir des examens touchant à l'intimité pour les femmes victimes de violences sexuelles ;

- Améliorer et renforcer les dispositifs permettant aux personnes victimes ou témoins de violences ou de maltraitances par un.e professionnel.le de santé de s'adresser à des tiers de confiance de manière confidentielle ;

- Prévoir des aménagements spécifiques pour l'accueil en consultation gynécologique des personnes en situation de vulnérabilité (personnes en situation de précarité, de handicap, personnes migrantes, mineurs et jeunes adolescent(e)s, personnes âgées, patients souffrant de détresse psychologique, de troubles psychiques et/ou cognitifs...);

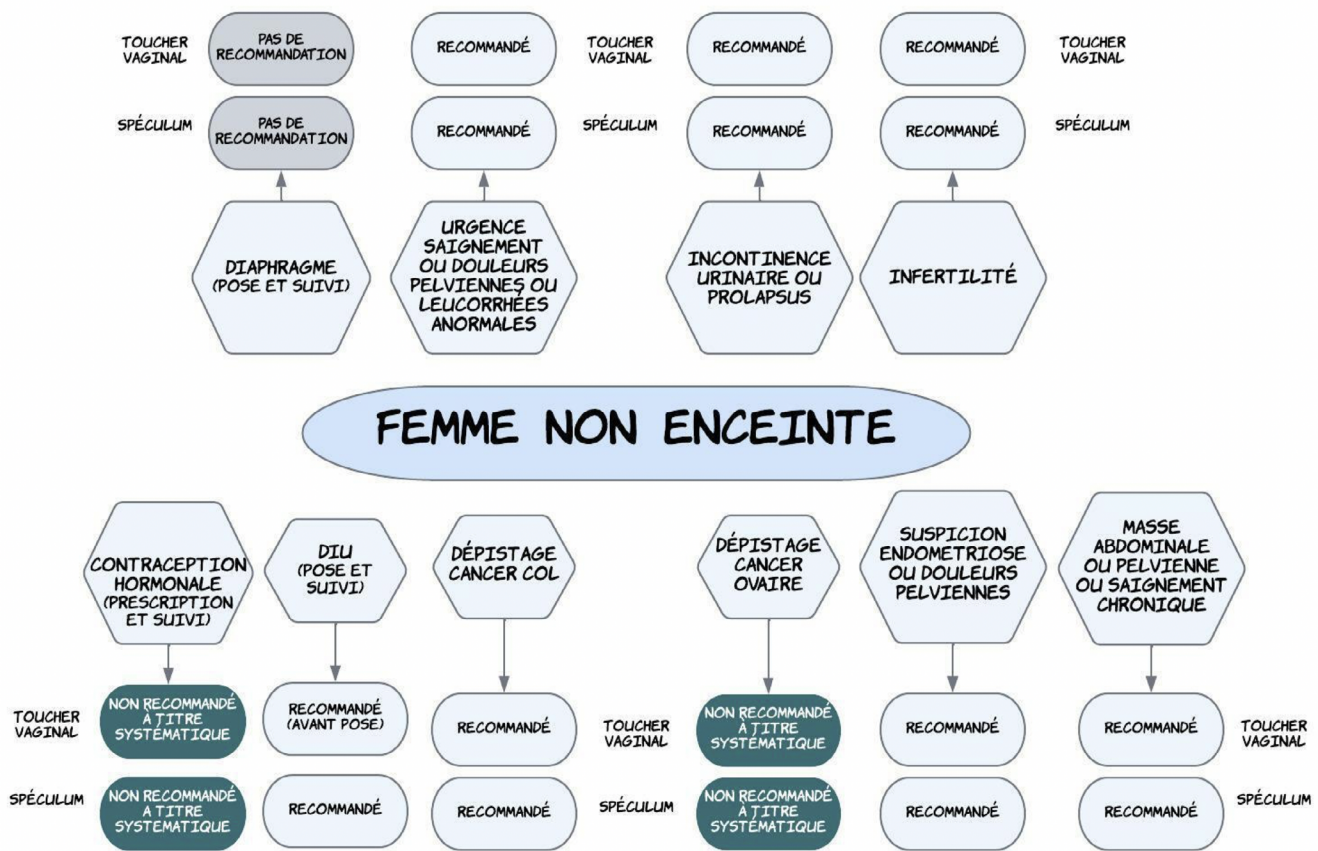
- Encourager dans la mesure du possible l'intervention de patient.e.s dans la formation des professionnels de santé pour aborder les enjeux multiples des examens touchant à l'intimité ;

- Systématiser et renforcer la sensibilisation aux humanités, à l'éthique et aux droits des patient.e.s dans la formation initiale des soignants ;

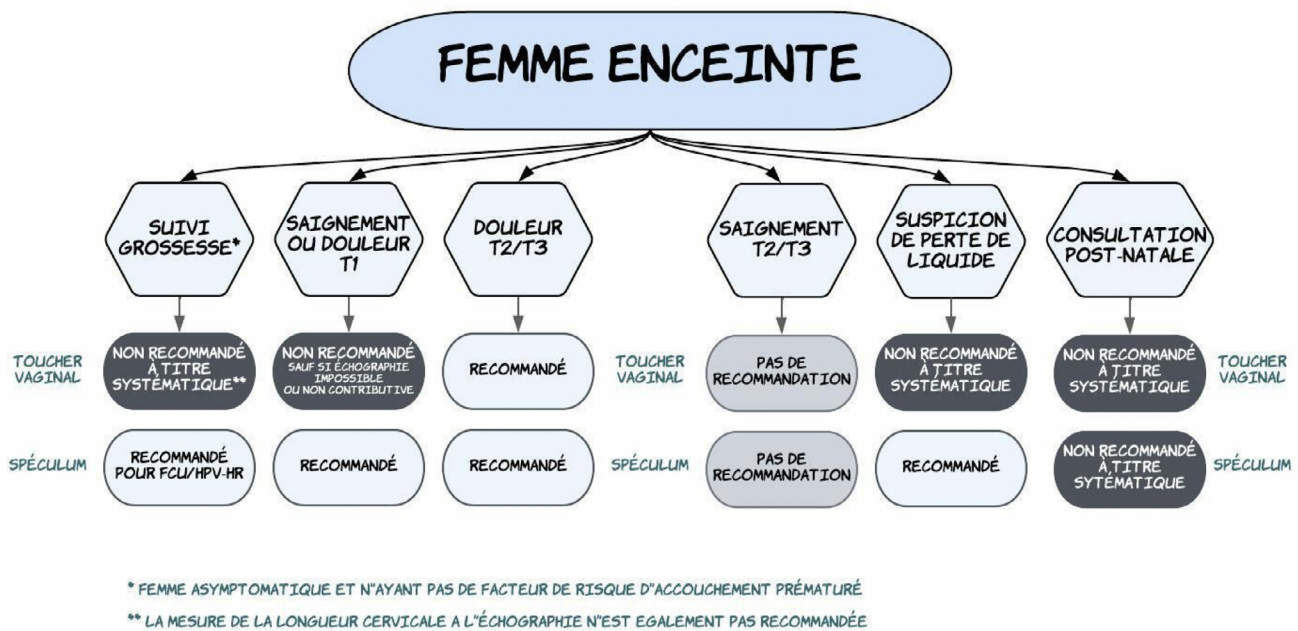
- Développer des enseignements spécifiques sur la réalisation des examens touchant à la sphère intime dans la formation des soignants ;

- Encourager et privilégier la co-construction de recommandations et chartes de bonnes pratiques par les organisations professionnel.le.s et les associations de patient.e.s.

Lors de notre dernier congrès national, le CNGOF toujours avec d'autres sociétés savantes et avec la participation de l'association des usagers le CIANE, a initié des recommandations pour la pratique sur l'examen pelvien et la pose de speculum⁴. Les principales réponses figurent dans les schémas ci-dessous.



4 - CNGOF, Examen pelvien en Gynécologie et Obstétrique. Recommandations pour la pratique, présenté au Congrès Paris santé Femmes Lille 2023, sera publié dans la revue Gynecol Obstet Fertil Senol.



La bientraitance, l'amélioration du ressenti des femmes est au cœur de notre activité depuis de longs mois avec les formations à la bientraitance dans le cadre du label CNGOF Maternys et tout particulièrement depuis l'automne 2021, comme l'attestent nos différentes actions.

Pour restaurer la confiance des femmes et éviter le renoncement aux soins gynécologiques et travailler dans un contexte de respect et de confiance mutuels, on ne peut que recommander à tous les personnels de santé qui pratiquent des examens pelviens d'afficher la charte et de respecter les recommandations pour la pratique de l'examen pelvien.

Joëlle Belaisch Allart, Pierre Collinet, Cyril Huissoud & Geoffroy Robin

Les auteurs déclarent ne pas avoir de conflit d'intérêt.

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

La dimension juridique de la violence obstétricale au Brésil

Fernando Aith

Professeur Titulaire de Droit de la Santé à l'Université de São Paulo – Brésil ; Directeur Général du Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo – Brésil (Cepedisa/Usp)

Marina Borba

Chercheur du Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo – Brésil (Cepedisa/Usp)

Matheus Falcão

Doctorant en Droit à la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo – Brésil ; Chercheur du Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo – Brésil (Cepedisa/Usp)

Résumé

La violence obstétricale est un problème préoccupant au Brésil et est devenue le centre d'un grand débat public, avec des conséquences juridiques importantes. La violence obstétricale se manifeste par des pratiques abusives et humiliantes envers les femmes pendant l'accouchement, violant ainsi leurs droits. Dans cet article, on explore la dimension juridique de la violence obstétricale au Brésil et les possibilités d'améliorer le cadre juridique en faveur des droits à la santé des femmes.

Abstract

Obstetrical violence is a worrying problem in Brazil and has become the focus of much public debate, with important legal consequences. Obstetric violence manifests itself in abusive and humiliating practices towards women during childbirth, violating their rights. This article explores the legal dimension of obstetrical violence in Brazil and the possibilities for improving the legal framework in favor of women's health rights.

Les droits fondamentaux et la violence obstétricale dans le cadre du droit à la santé

Le droit à la santé dépasse largement le simple accès aux soins de santé. Il englobe une vision plus large de la santé en tant que droit humain universel. En effet, le droit à la santé comprend non seulement le droit d'accéder aux services de santé et aux soins médicaux nécessaires, mais aussi le droit à la dignité dans le cadre de soins de santé, avec l'information nécessaire et la protection contre les risques¹.

Ainsi, dans ce cadre plus avancé, le droit à la santé des femmes enceintes englobe l'accès à des soins prénataux appropriés, à une assistance pendant l'accouchement et à des soins postnatals mais aussi y compris l'autonomie et le droit à l'information. Chaque femme a le droit de recevoir des soins de santé qui répondent à ses besoins physiques et émotionnels, assurant ainsi sa propre santé et le bien-être de son bébé.

La violence obstétricale constitue une violation du droit à la santé en impliquant des pratiques abusives, de la négligence, de la coercition et un manque de respect, mettant ainsi en péril la santé physique et psychologique de la femme.

1 - Un des documents qui essaie de dimensionner le droit à la santé au niveau international est l'Observation générale n. 14 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint.

Le droit à la vie privée, ou à l'autonomie privée, est un autre aspect fondamental pour les femmes enceintes et fait partie aussi du droit à la santé, dans sa dimension individuelle, comme prévu dans l'observation générale n. 14 déjà mentionnée. Cela signifie qu'elles ont le droit de prendre des décisions éclairées concernant leur corps et leur santé, sans ingérence induite.

La violence obstétricale viole ce droit en ne respectant pas l'intégrité personnelle et en violant la vie privée de la femme pendant l'accouchement. Cela peut se manifester par des procédures médicales non consenties, une exposition excessive et humiliante du corps, ainsi qu'un manque de respect pour les préférences et les désirs de la femme.

Le droit à l'information, une autre dimension de la dimension individuelle du droit à la santé, est essentiel pour les femmes enceintes, car il leur permet de prendre des décisions éclairées concernant leur propre santé et celle de leurs enfants. Les femmes ont le droit de recevoir des informations claires, précises et compréhensibles sur les procédures médicales, les risques et avantages, les alternatives disponibles et les droits qui les protègent.

La violence obstétricale survient lorsque les femmes sont privées de ces informations ou lorsqu'elles sont trompées, contraintes ou poussées à prendre des décisions contraires à leurs intérêts ou à leurs souhaits, comme, par exemple, l'épisiotomie, un problème encore existant au Brésil².

L'épisiotomie est une procédure médicale couramment pratiquée lors de l'accouchement vaginal pour faciliter la naissance du bébé. Il s'agit d'une incision chirurgicale pratiquée au niveau du périnée, la région entre le vagin et l'anus de la femme en travail. L'objectif principal de cette intervention est d'élargir l'ouverture vaginale afin de permettre une sortie plus aisée du bébé, réduisant ainsi les risques de déchirures spontanées plus graves.

Cependant, il convient de noter que l'épisiotomie est devenue un sujet controversé en raison de sa relation avec la violence obstétricale. Dans certains cas, cette intervention peut être pratiquée sans le consentement éclairé de la femme en travail, ce qui constitue une violation de ses droits et de son autonomie. De plus, des études^{3,4,5} ont révélé que l'épisiotomie était souvent réalisée de manière excessive et non nécessaire, ce qui soulève des préoccupations quant à son utilisation abusive.

Le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants est un principe fondamental qui protège la dignité et l'intégrité des femmes enceintes. Cela signifie qu'aucun individu ne doit être soumis à des traitements cruels, inhumains ou dégradants pendant le processus de grossesse, d'accouchement et de post-partum. La violence obstétricale implique souvent des pratiques dégradantes, telles que des insultes, des menaces, des abus verbaux, des restrictions excessives de mouvement ou une immobilisation forcée. Ces pratiques violent non seulement les droits humains des femmes, mais ont également un impact négatif sur leur santé mentale et émotionnelle⁶.

La violence obstétricale dans le contexte de la protection internationale de la santé

La violence obstétricale est un problème grave qui a gagné en reconnaissance ces dernières années. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) a souligné la nécessité de traiter, d'évaluer et d'éliminer les cas de violence obstétricale pendant l'accouchement⁷ dans le cadre d'une déclaration de 2014.

Le Venezuela est le premier pays à avoir officiellement introduit le terme de « violence obstétricale » en 2007, le reconnaissant comme une forme de violence contre les femmes passible de sanctions⁸.

2 - CARNIEL, Francieli; DA SILVA VITAL, Durcelene; DE SOUZA, Tiago Del Piero. Episiotomia de rotina: necessidade versus violência obstétrica. *Journal of nursing and health*, v. 9, n. 2, 2019.

3 - FAHEEM, Abid. The nature of obstetric violence and the organisational context of its manifestation in India: a systematic review. *Sexual and reproductive health matters*, v. 29, n. 2, p. 2004634, 2022.

4 - MEIJER, Magriet et al. Components of obstetric violence in health facilities in Quito, Ecuador: A descriptive study on information, accompaniment, and position during childbirth. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, v. 148, n. 3, p. 355-360, 2020.

5 - LEROY, Sarah. Épisiotomie : information et consentement, ce qu'en disent les patientes.

6 - KATZ, Leila et al. Who is afraid of obstetric violence?. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, v. 20, p. 623-626, 2020.

7 - Disponible sur : <https://www.who.int/fr/publications-detail/WHO-RHR-14.23>.

8 - DÍAZ GARCÍA, Luis Iván; FERNÁNDEZ, Yasna. Situación legislativa de la Violencia obstétrica en América latina: el caso de Venezuela, Argentina, México y Chile. *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 51, p. 123-143, 2018.

Ce concept englobe l'appropriation du corps des femmes et de leurs processus de reproduction par des professionnels de la santé, se manifestant par des traitements déshumanisants et/ou une médicalisation abusive et une pathologisation des processus naturels, entraînant une perte d'autonomie et la capacité de décider librement de leur propre corps et sexualité, ayant un impact négatif sur la qualité de vie des femmes⁹.

La violence obstétricale englobe un ensemble de pratiques et comportements préjudiciables qui portent atteinte aux droits des femmes pendant l'accouchement. Cela inclut des situations où les professionnels de la santé exercent un contrôle excessif sur le processus de naissance, entraînant des interventions et des procédures médicales inutiles, souvent en ignorant les désirs et les préférences des femmes.

La médicalisation de l'accouchement peut entraîner une perte d'autonomie des femmes et de leur capacité à prendre des décisions éclairées sur leur corps et leur santé reproductive. De telles actions non seulement compromettent le bien-être physique et émotionnel des femmes, mais perpétuent également un système de violence basée sur le genre qui viole leur droit à la dignité, au respect et à l'autodétermination.

Conséquences sur les femmes

La violence obstétricale a des conséquences graves sur la santé physique et mentale des femmes. Elle peut entraîner des traumatismes, des troubles de stress post-traumatique et des difficultés d'établissement du lien mère-enfant.

Plusieurs facteurs contribuent à la perpétuation de la violence obstétricale au Brésil, notamment le manque de sensibilisation, la formation inadéquate du personnel médical et les pratiques médicales traditionnelles qui ne respectent pas les droits des femmes¹⁰.

Le Brésil dispose de lois et de politiques visant à prévenir la violence obstétricale, mais leur mise en œuvre reste insuffisante. Des efforts supplémentaires sont nécessaires pour garantir leur application effective.

Les enjeux au Brésil pour le droit des femmes dans le contexte de la violence obstétricale

Au Brésil, malgré les avancées en matière de santé maternelle, de nombreuses femmes sont encore victimes de violence obstétricale. Des études révèlent que cette forme de violence est répandue dans les hôpitaux et les maternités du pays^{11,12}.

La violence obstétricale au Brésil est une préoccupation croissante dans le domaine de la santé publique. Elle fait référence à des actes de violence, de discrimination ou de manque de respect à l'encontre des femmes pendant l'accouchement ou lors du processus d'assistance à l'accouchement¹³.

Malheureusement, de nombreuses femmes ont signalé des expériences traumatiques impliquant des violences physiques, verbales, psychologiques et même des négligences de la part de professionnels de santé.

Jusqu'en 2019, le ministère de la Santé utilisait le terme « violence obstétricale » dans ses directives. Cependant, en 2019, sur la base de l'Avis du Conseil Fédéral de Médecine (CFM) n. 32/2018, le ministère de la Santé a considéré ce terme comme « inapproprié » et a décidé de l'exclure des politiques et directives du Système Unique de Santé (SUS).

Cette décision a suscité des controverses et des critiques de la part de divers groupes et institutions liés à la

9 - D'GREGORIO, Rogelio Pérez. Obstetric violence: a new legal term introduced in Venezuela. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, v. 111, n. 3, p. 201-202, 2010.

10 - SENS, Maristela Muller et STAMM, Ana Maria Nunes de Faria. A percepção dos médicos sobre as dimensões da violência obstétrica e/ou institucional. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, 2019, vol. 23.

11 - ESTUMANO, Vanessa Kelly Cardoso et al. Violência obstétrica no Brasil: casos cada vez mais frequentes. *Revista Recien-Revista Científica de Enfermagem*, v. 7, n. 19, p. 83-91, 2017.

12 - GUIMARÃES, Liana Barcelar Evangelista; JONAS, Eline; AMARAL, Leila Rute Oliveira Gurgel do. Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins. *Revista Estudos Feministas*, v. 26, 2018.

13 - DINIZ, Debora. Conscientious objection and abortion: rights and duties of public sector physicians. *Revista de Saúde Pública*, 2011, vol. 45, p. 981-985.

santé et aux droits des femmes. Le Conseil National de la Santé (CNS), par exemple, a émis la Recommandation CNS n. 024 du 16 mai 2019, s'opposant à la suppression du terme « violence obstétricale » par le ministère de la Santé.

Le CNS a souligné l'importance de reconnaître et de lutter contre la violence obstétricale en tant que réalité qui affecte la santé et le bien-être des femmes, soulignant la nécessité de renforcer les politiques publiques garantissant une assistance à l'accouchement humanisée et respectueuse.

La discussion sur la violence obstétricale au Brésil englobe également la sensibilisation et la formation des professionnels de santé¹⁴. De nombreux cas de violence obstétricale sont liés à des pratiques abusives telles que la violence physique, verbale, psychologique et même la négligence de la part des professionnels de santé pendant l'accouchement. Ces expériences traumatisantes affectent profondément les femmes, compromettant leur santé émotionnelle et physique, tout en influençant négativement le lien avec le bébé et la perception de la maternité.

Un autre point tout aussi important est la relation entre la violence obstétricale au Brésil et le racisme structurel. Les femmes noires sont plus souvent victimes de ce type de violence, comme le soulignent les études sur le sujet, qui constatent notamment un risque de recevoir moins d'anesthésie pendant l'accouchement en cas de besoin, ainsi qu'une mortalité plus élevée¹⁵.

La perception des femmes concernant la violence obstétricale revêt une grande importance dans la lutte contre cette problématique. Grâce aux voix des femmes qui partagent leurs expériences, la perception de la violence obstétricale a commencé à évoluer. Ainsi, même l'internet peut être utilisé comme un outil en leur faveur¹⁶.

La reconnaissance de la violence obstétricale comme une violation des droits par des victimes est essentielle pour apporter des changements significatifs dans les pratiques de santé maternelle. La perception des femmes sur la violence obstétricale permet de mettre en lumière les lacunes existantes et de promouvoir des approches centrées sur la femme, respectueuses de leurs droits et de leur dignité.

La réglementation fédérale brésilienne

La réglementation fédérale brésilienne concernant la violence obstétricale est étayée par des normes juridiques spécifiques. La loi n° 11.634 du 27 décembre 2007 stipule le droit de la femme enceinte à la connaissance et à la liaison préalable avec la maternité où elle recevra une assistance dans le cadre du système de santé unique (SUS).

Selon la loi, toute femme enceinte bénéficiant de l'assistance du SUS a le droit de savoir à l'avance dans quelle maternité son accouchement sera réalisé, ainsi que dans quelle maternité elle sera prise en charge en cas de complication prénatale. La responsabilité de la liaison de la femme enceinte avec la maternité incombe au SUS et cette liaison est établie lors de son inscription au programme d'assistance prénatale.

La maternité à laquelle la femme enceinte sera liée doit prouver sa capacité à fournir l'assistance nécessaire en fonction de la situation de risque gestationnel, y compris pendant la période post-partum. En cas de manque avéré de compétences techniques et personnelles de la maternité, le SUS examinera les demandes de transfert de la femme enceinte et veillera à un transfert sécurisé.

Le ministère de la Santé, responsable de la direction nationale du Sistema Único de Saúde (SUS), joue un rôle essentiel dans la formulation et l'édition des politiques au niveau national, comme en témoignent les arrêtés mentionnés précédemment. La Portaria GM/MS n° 1.067, du 4 juillet 2005, qui garantit le droit à une assistance adéquate pendant la grossesse, l'accouchement et le post-partum, est un exemple de l'action du ministère de la Santé dans la promotion de la santé maternelle.

De plus, l'Agence nationale de surveillance sanitaire (Anvisa) joue un rôle crucial dans la régulation de la violence obstétricale. En tant qu'autorité de régulation des technologies de santé et des services de santé, l'Anvisa est

14 - DIAS, Murillo et MACHADO, V. E. Obstetric violence in Brazil: an integrated multiple case study. *Humanities & Social Sciences Reviews*, 2018, vol. 8, no 2, p. 117-28.

15 - CURI, Paula Land, RIBEIRO, Mariana Thomaz de Aquino, et MARRA, Camilla Bonelli. A violência obstétrica praticada contra mulheres negras no SUS. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, 2020, vol. 72, n° SPE, p. 156-169.

16 - SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, v. 21, p. 209-220, 2016.

responsable de l'émission de résolutions de direction collégiale (RDC). La Résolution RDC n° 36, du 3 juin 2008, est un exemple pertinent, car elle établit les lignes directrices pour le bon fonctionnement des services d'attention obstétricale et néonatale, visant à garantir la qualification, l'humanisation des soins et la réduction des risques pour les usagers et l'environnement.

En ce qui concerne la protection sociale, l'Institut national de la sécurité sociale (INSS) joue un rôle important aussi. En tant qu'organe chargé de la prévoyance au niveau fédéral, l'INSS dispose de directives garantissant des droits aux femmes dans des situations spécifiques liées à la violence obstétricale. L'instruction normative n° 20 de l'INSS, du 11 juillet 2007, établit que, en cas de mortinatalité ou de décès du bébé, la femme a également droit à un congé de maternité, assurant ainsi une protection sociale face à des situations traumatiques.

Ces informations mettent en évidence l'importance des institutions impliquées dans la régulation de la violence obstétricale au Brésil. Le ministère de la Santé, l'Anvisa et l'INSS jouent des rôles complémentaires dans la garantie des droits, la régulation des services de santé et la protection sociale des femmes et des nouveau-nés, contribuant ainsi à une approche globale et intégrée dans la lutte contre la violence obstétricale et la promotion de la santé maternelle et infantile.

Des organisations et des mouvements sociaux au Brésil mènent des initiatives de sensibilisation et d'éducation pour lutter contre la violence obstétricale. Ils visent à informer les femmes de leurs droits et à former le personnel médical sur des pratiques respectueuses.

Comme mentionné précédemment, une partie de la réglementation sanitaire qui devrait également être pertinente dans le domaine de la violence obstétricale est la réglementation des professions de santé, c'est-à-dire les conseils professionnels responsables des normes éthiques et des pratiques liées à l'exercice professionnel.

Au Brésil, la réglementation des professions de santé est dispersée et fragmentée, répartie entre 13 conseils professionnels qui, bien qu'étant des autorités publiques, bénéficient d'une grande autonomie financière et administrative, ce qui leur permet d'émettre des normes et des positions conformes à leurs propres compréhensions.

Dans ce sens, le Conseil fédéral de médecine brésilien adopte une position contraire même à l'utilisation du terme «violence obstétricale», position réaffirmée dans un communiqué de presse publié le 9 mai 2019, dans lequel le Conseil soulève que l'utilisation du terme peut entraîner des violences contre les professionnels de santé, en particulier les médecins obstétriciens et les gynécologues, et ne serait pas la meilleure façon d'aborder la question des problèmes d'assistance auxquels les femmes peuvent être confrontées pendant l'accouchement.

Les innovations institutionnelles et les défis

Comme mentionné précédemment, le droit à l'information et les témoignages des femmes jouent un rôle essentiel dans la lutte contre la violence obstétricale. Les femmes ont le droit à un accès à des informations claires et complètes sur les procédures médicales pendant la grossesse, l'accouchement et le post-partum, leur permettant de prendre des décisions éclairées sur leur propre santé.

De plus, les témoignages des femmes ayant subi une violence obstétricale aident à mettre en lumière les pratiques inappropriées, à sensibiliser davantage et à contribuer à la lutte contre cette violence et réaliser une part importante du droit à la santé qui se constitue avec le droit à l'information et à l'autonomie individuelle.

Un défi important du point de vue de la réglementation est la question de la réglementation professionnelle. Sa régulation est dispersée au Brésil, en particulier compte tenu du pouvoir et de l'autonomie du Conseil fédéral de médecine (CFM). Améliorer la réglementation, renforcer les directives et établir des mécanismes efficaces et harmonieux sont des étapes essentielles pour lutter contre la violence obstétricale et garantir des soins de qualité pendant la grossesse, l'accouchement et le post-partum.

La formation des professionnels de santé joue un rôle crucial dans la prévention de la violence obstétricale. Une innovation récente en la matière a été l'ouverture d'un programme d'enseignement supérieur en obstétrique à l'Université de São Paulo (USP). De plus, la tenue d'un concours public dans la ville de São Paulo, la plus grande du Brésil, pour l'embauche de professionnels de l'obstétrique renforce les soins qualifiés et humanisés pendant la grossesse et l'accouchement. Au niveau municipal, la ville abrite également un centre de naissance humanisée, la

Casa Angela¹⁷, qui fait partie du SUS (*Sistema Único de Saúde*), donc c'est un service gratuit basé sur la logique de l'universalité et de l'intégralité.

Une autre alternative institutionnelle importante est le plan individuel de naissance¹⁸, dans lequel la femme exprime ses préférences sur la manière dont elle souhaite que son accouchement se déroule. Cet outil permet à la femme d'exprimer ses choix concernant les interventions médicales, la position pendant l'accouchement, la présence d'accompagnants, et d'autres aspects. Le plan de naissance favorise l'autonomie de la femme, encourage sa participation active dans la prise de décisions et garantit le respect de ses préférences, contribuant ainsi à la prévention de la violence obstétricale.

En plus des initiatives mentionnées, il est essentiel de promouvoir un changement culturel valorisant la femme en tant que protagoniste de son propre processus de grossesse et d'accouchement. Cela implique de déconstruire les stéréotypes et les pratiques qui dévalorisent l'expérience et la voix de la femme, ainsi que d'investir dans des campagnes de sensibilisation et d'information sur les droits reproductifs et l'importance des soins respectueux en obstétricale.

Ainsi, la lutte contre la violence obstétricale exige une approche globale et multidimensionnelle, impliquant les professionnels de santé, les institutions, la législation et l'ensemble de la société. L'approche de l'intersectionnalité, par exemple, en incluant la question du racisme, peut aider aussi à mieux comprendre la dimension du problème.

Fernando Aith, Marina Borba & Matheus Falcão

17 - CASTRO, Cláudia Medeiros de. Os sentidos do parto domiciliar planejado para mulheres do município de São Paulo, São Paulo. *Cadernos Saúde Coletiva*, v. 23, p. 69-75, 2015.

18 - NARCHI, Nádia Zanon et al. O plano individual de parto como estratégia de ensino-aprendizagem das boas práticas de atenção obstétrica. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, v. 53, 2019.

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

État des lieux et perspectives d'avenir sur les violences obstétricales et gynécologiques au Québec

Audrey Ferron-Parayre

Professeure agrégée, Section de droit civil, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (Canada), codirectrice de l'Observatoire pluridisciplinaire sur le devenir du droit privé et chercheuse au Centre de droit, politique et éthique de la santé

Résumé

Cinq ans après l'adoption du rapport du Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes portant sur *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, qui avait trouvé un écho au Québec, ce texte propose d'identifier les démarches et les initiatives entreprises pour faire évoluer l'état du droit québécois au regard des violences obstétricales et gynécologiques (VOG) depuis. Si le paysage législatif, réglementaire et jurisprudentiel n'a pas connu de changement, ni même de tentatives de changement, au cours des cinq dernières années, le financement de la recherche portant sur les VOG connaît pour sa part un élan qui permet d'espérer sinon des transformations du droit, à tout le moins une bien meilleure compréhension du phénomène des VOG et des enjeux qui y sont liés.

Abstract

Five years after the adoption of the report '*Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*' by the Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, which was echoed in Quebec, this text proposes to identify the steps and initiatives taken to change the state of Quebec law with regard to obstetrical and gynecological violence (OGV) since then. While the legislative, regulatory and jurisprudential landscape has not changed over the past five years, research funding related to OGV has gained momentum, leading to the hope that, if not legal changes, at least a much better understanding of the VOG phenomenon and the issues involved will emerge.

Introduction

Le 26 juin 2023 marque les cinq ans de l'adoption du rapport du Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE) portant sur *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*¹. Ce rapport a trouvé écho jusqu'au Québec, où la dénonciation des violences obstétricales et gynécologiques (ci-après « VOG ») connaissait déjà un élan qui allait se poursuivre, et persister encore aujourd'hui, tant dans les sphères médiatique, publique, que politique et académique. Notamment, un premier article de recherche universitaire portant sur la violence obstétricale au Québec était publié en 2018². Cet article a permis de mieux définir le concept de violence obstétricale vécue dans le contexte de soins en établissement de santé :

[Elle] englobe des gestes accomplis ou l'exercice de certaines pratiques professionnelles – ou leur omission –, durant l'accouchement, sans l'accord et le consentement éclairé des femmes, ce qui entraîne

1 - Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical. Des remarques aux violences, la nécessité de reconnaître, prévenir et condamner le sexisme*, rapport n° 2018-06-26-SAN-034, préparé par Danielle Bousquet, Geneviève Couraud et Margaux Collet, Paris, 2018. [HCE]

2 - Sylvie Lévesque et al, « La violence obstétricale dans les soins de santé : une analyse conceptuelle » (2018) 31:1 Recherches féministes 219.

une négation de leur agentivité reproductive. Cette violence systémique crée et renforce les inégalités de pouvoir qui existent au moment de l'accouchement, et cause de la souffrance et de la détresse chez les femmes. Les manifestations, la reconnaissance, l'impact et l'ampleur de cette violence varient d'une personne à l'autre, d'un contexte à l'autre et d'une culture à l'autre³.

Par ailleurs, dans les espaces public et médiatique, on souligne que la page Facebook « STOP violences obstétricales et gynécologiques – Québec » existe depuis 2018⁴ ; le 28 mai 2019, à l'occasion de la Journée internationale d'action pour la santé des femmes, un appel à témoignages était lancé sur le site québécois stopvog.org⁵ ; puis, l'été 2019 a vu plusieurs articles de presse être écrits à ce sujet, dans la foulée de la radiation temporaire de deux ans d'un médecin reconnu coupable en déontologie de propos et de gestes déplacés dans le cadre d'un suivi de grossesse⁶. Plus récemment, ce sont les violences gynécologiques, particulièrement la banalisation des douleurs ressenties et exprimées par les femmes lors de certains examens et procédures, qui retiennent l'attention des médias⁷.

De ces prises de paroles et dénonciations publiques, quelles observations peut-on maintenant faire quant à la place des VOG dans le droit, et plus largement dans les politiques publiques au Québec ? Un examen attentif du cadre normatif et des politiques publiques permet de constater que les VOG sont encore largement invisibilisées, du moins dans l'utilisation officielle d'un vocabulaire spécifique à cette forme de violence. Cependant, d'importantes initiatives de recherche financées par les organismes subventionnaires du Canada et du Québec ont débuté et permettent de considérer que les VOG sont maintenant appréhendées comme une préoccupation importante de santé publique et de droit.

Des termes absents du cadre normatif et des politiques publiques

En France, l'État s'est saisi de l'enjeu des VOG en faisant notamment appel à différentes instances pour produire des rapports et avis qui esquissent le phénomène et proposent des pistes de solutions ; le rapport du HCE a été commandé par la Secrétaire d'État chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes, et plus récemment, la Première ministre a saisi le Conseil consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) pour « *conduire une réflexion approfondie sur la notion de consentement dans le cadre des examens gynécologiques et plus largement tous les examens qui touchent à l'intimité* »⁸. Par ailleurs, deux propositions de loi ont été déposées en 2023, l'une « *visant à reconnaître et sanctionner les violences obstétricales et gynécologiques et à lutter contre ces violences faites aux femmes* »⁹, l'autre à « *renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bientraitant* »¹⁰.

De telles initiatives sont, pour le moment, étrangères au Québec. Les notions de violences obstétricales, de violences gynécologiques – ou les deux – ne se retrouvent actuellement dans aucun texte normatif, adopté ou proposé, ni plus largement dans les politiques publiques du Québec. De plus, aucune enquête n'est actuellement entreprise directement par l'État afin d'obtenir les recommandations d'institutions publiques qui pourraient être chargées d'une telle mission. Par exemple, il existe certains organismes relevant du gouvernement qui pourraient

3 - *Ibid.*, à la p 230.

4 - Page Facebook du groupe « STOP violences obstétricales et gynécologiques – Québec », en ligne : <https://www.facebook.com/stopvogqc>

5 - « La collective du 28 mai », en ligne : <http://stopvog.org/>

6 - Voir, entre autres, Ariane Lacoursière, « Un médecin radié deux ans pour avoir tenu des propos à caractère sexuel », *La Presse [de Montréal]* (5 juin 2019), en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/sante/2019-06-05/un-medecin-radie-deux-ans-pour-avoir-tenu-des-propos-a-caractere-sexuel> ; Morgane Gelly, « Examen d'une patiente enceinte : 'Comme si je venais de vivre un viol' », *La Presse [de Montréal]* (2 juillet 2019), en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/sante/2019-07-02/examen-d-une-patiente-enceinte-comme-si-je-venais-de-vivre-un-viol> ; Morgane Gelly, « Violences gynécologiques : des excuses réclamées au Collège des médecins », *La Presse [de Montréal]* (6 juillet 2019), en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/sante/2019-07-06/violences-gynecologiques-des-excuses-reclamees-au-college-des-medecins>.

7 - Kim Vermette, « Violences gynécologiques : des femmes se disent 'prisonnières de la table d'examen' », *Radio-Canada* (20 juillet 2022), en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1899299/violences-gynecologiques-femmes-quebec> ; Édith Drouin, « 'J'avais l'impression d'être torturée' », *Radio-Canada* (17 mai 2023), en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/recit-numerique/5825/gynecologie-douleur-violence-temoignages-femmes-quebec> ; voir également, plus largement, Leïla Jolin-Dahel, « 'On en sait trop peu' sur les violences obstétricales, gynécologiques et reproductives », *Le Devoir [de Montréal]* (6 mai 2023), en ligne : <https://www.ledevoir.com/societe/sante/790315/violences-obstetricales-gynecologiques-et-reproductives-au-quebec-on-n-a-meme-pas-encore-d-etat-des-lieux>

8 - Comité consultatif national de l'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), *Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques et touchant à l'intimité*, avis 142, préparé par Fabrice Gzil et Karine Lefeuvre, Paris, 2023, à la p 8. [CCNE]

9 - France, Assemblée nationale, « Proposition de loi n° 982 visant à reconnaître et sanctionner les violences obstétricales et gynécologiques et à lutter contre ces violences faites aux femmes », 16^e lég, 21 mars 2023.

10 - France, Sénat, « Proposition de loi n° 238 visant à renforcer un suivi gynécologique et obstétrical bientraitant », 12 janvier 2023.

être mandatés pour produire des avis, rapports ou mémoires sur le sujet, voire en prendre l'initiative : l'Institut national de santé publique du Québec (INSPQ), le Commissaire à la santé et au bien-être du Québec (CSBE) et l'Institut national d'excellence en santé et services sociaux du Québec (INESSS). En date du 24 mai 2023 cependant, les données publiques disponibles sur les sites internet de l'INSPQ¹¹ et du CSBE¹² n'indiquent aucune publication liée aux VOG. L'INESSS avait pour sa part publié, il y a plus de 10 ans, un avis¹³ portant sur la réduction du recours aux interventions obstétricales évitables. Bien que la thématique qui y soit abordée puisse se rattacher aux manifestations de VOG telles qu'aujourd'hui définies, ce rapport a été entrepris bien avant que les dénonciations des VOG ne se matérialisent dans l'espace public. De fait, la genèse du mandat donné à l'INESSS pour produire ce rapport reposait sur des préoccupations cliniques face au nombre croissant de naissances réalisées par césarienne¹⁴. Par ailleurs, les recommandations contenues dans l'avis n'ont jamais fait l'objet d'un suivi pour en vérifier l'implantation et les effets.

Il est également pertinent d'observer l'état du droit criminel au regard des VOG, un domaine du droit qui relève, au Canada, de la compétence du parlement fédéral¹⁵. Actuellement, aucun article du Code criminel canadien ne porte spécifiquement sur les VOG. Cependant, dans la foulée des dénonciations quant aux stérilisations imposées à des femmes autochtones partout dans le pays¹⁶, la sénatrice Yvonne Boyer a déposé le projet de loi S-250 en juin 2022¹⁷ ; ce projet de loi vise à créer une infraction spécifique pour les actes de stérilisation qui seraient réalisés sans le consentement explicite de la personne. Assimilable à une voie de fait, la stérilisation forcée serait passible d'un emprisonnement maximal de 14 ans. Le 20 avril 2023, le projet de loi a fait l'objet d'une seconde lecture au Sénat et a été renvoyé au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, qui sera chargé d'en mener une étude approfondie¹⁸. L'adoption d'une telle disposition criminelle par le Parlement canadien est donc encore très incertaine.

Une appréhension du problème par le financement de la recherche

Bien que le Québec n'ait pas entrepris de chantier législatif, réglementaire ou même administratif pour aborder les enjeux spécifiques liés aux VOG, il serait faux de conclure, pour autant, que l'État se désintéresse complètement de la question. En effet, la province a lancé en 2022 un appel à propositions de recherches qui visait spécifiquement l'humanisation des soins obstétricaux et gynécologiques, un sujet identifié comme prioritaire à la fois par le ministère de la Santé et des Services sociaux, le Secrétariat à la condition féminine et le Fonds de recherche du

11 - INSPQ, « Nos publications », en ligne : <https://www.inspq.qc.ca/publications> (consulté le 24 mai 2023).

12 - CSBE, « Publications », en ligne : <https://www.csbe.gouv.qc.ca/publications.html> (consulté le 24 mai 2023).

13 - INESSS, *Mesures prometteuses pour diminuer le recours aux interventions obstétricales évitables pour les femmes à faible risque*, vol 8, n° 14, avis préparé par Michel Rossignol, Faiza Boughrassa et Jean-Marie Moutquin, Québec, 2012.

14 - *Ibid.*, à la p. i.

15 - Au Canada, la compétence constitutionnelle en matière de santé est principalement attribuée aux provinces, qui sont responsables entre autres de l'organisation et de la gestion du système de santé, ainsi que de la formation et de l'accréditation des professionnel-le-s qui œuvrent en santé : voir André Braën, *La santé et le partage des compétences au Canada*, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, étude n° 2, Ottawa, juillet 2002. Cependant, le droit criminel relève du droit public et est de compétence fédérale : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch 3 (R.-U.), para 91(27).

16 - La dénonciation de ces actes d'une grande violence s'inscrit certes dans le mouvement social de reconnaissance des VOG, mais également dans la considération et la réparation des violences perpétrées à l'encontre des membres des Premières Nations de façon générale, et particulièrement contre les femmes, au Canada : Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir*. Sommaire du rapport final, Ottawa, 2015, en ligne : https://ehprnh2mwo3.exactdn.com/wp-content/uploads/2021/04/1-Honorer_la_verite_reconcilier_pour_lavenir-Sommaire.pdf ; Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre pouvoir et notre place*, Québec, 2019, en ligne : <https://www.mmiwg-ffada.ca/fr/final-report/>. Sur les stérilisations imposées plus spécifiquement, voir entre autres : Roger Collier, « Reports of coerced sterilization of Indigenous Women in Canada mirrors shameful past » (2017) 189:33 CMAJ E1080 ; International Justice Resource Center, *Forced Sterilization of Indigenous Women in Canada*, San Francisco, en ligne : <https://ijrcenter.org/forced-sterilization-of-indigenous-women-in-canada/> (consulté le 5 juin 2023) ; Avery Zingel, « Indigenous women come forward with accounts of forced sterilization, says lawyer », *CBC News* (18 avril 2019), en ligne : <https://www.cbc.ca/news/canada/north/forced-sterilization-lawsuit-could-expand-1.5102981> ; Suzy Basile et Patricia Bouchard, *Consentement libre et éclairé et les stérilisations imposées de femmes des Premières Nations et Inuit au Québec*, Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador, Wendake, rapport de recherche, novembre 2022, en ligne : <https://files.cssspnqj.com/s/oPVHFaKlp8uw5oF>.

17 - PL S-250, *Loi modifiant le Code criminel (actes de stérilisation)*, 1^{re} sess, 44^e lég, 2022 (première lecture le 14 juin 2022).

18 - « Projet de loi S-250, Loi modifiant le Code criminel (actes de stérilisation) », 2^e lecture, *Débats du Sénat*, 44-1, n° 114 (20 avril 2023) à la p. 3389.

Québec – Société et culture¹⁹. Par ailleurs, deux autres projets de recherche liés aux VOG sont financés par des organismes fédéraux, notamment dans le cadre d'une initiative de recherche sur la violence fondée sur le genre.

Documenter la prévalence des VOG, et penser la mobilisation des droits des femmes pour les prévenir

« Le manque de données statistiques fiables est un frein à une objectivation et une quantification rigoureuses »²⁰ des atteintes à l'intégrité et à l'intimité des patientes dans le cadre des soins obstétricaux et gynécologiques. Cet énoncé, rédigé en caractère gras dans l'avis 142 du CCNE, reflète le constat posé par le gouvernement québécois quant à la compréhension du problème que constituent les VOG. Ce faisant, une action concertée a été lancée au printemps 2022 dans le but de financer une équipe de recherche apte à « mieux comprendre les besoins des femmes en lien avec l'humanisation des soins et des services de suivi gynécologiques et obstétricaux au Québec »²¹. Plus qu'un financement de la recherche ordinaire, le mécanisme de l'« action concertée » vise véritablement à cibler une thématique de recherche précise, et octroyer ensuite un financement à l'équipe de recherche qui démontre être le plus à même d'atteindre les objectifs contenus dans l'appel à propositions. Dans ce cas-ci, le projet retenu propose de :

[...] documenter les expériences de SOG [soins obstétricaux et gynécologiques] au Québec, et ce, tant du point de vue des personnes-patientes que de celui des personnes-soignantes. Il met en œuvre un devis mixte en trois volets, auquel s'ajoute un volet dédié à la recherche-crédation et la diffusion des connaissances. Un premier volet quantitatif vise à documenter, à partir du point de vue des personnes ayant reçu des SOG au Québec, la prévalence et les caractéristiques des soins irrespectueux, en portant une attention particulière aux effets des identités socioculturelles. Il s'attarde aussi à documenter les besoins en matière de SOG respectueux. Un volet qualitatif permet d'explorer les expériences plurielles et les contextes dans lesquels se sont produits les SOG irrespectueux. Un volet mixte s'intéresse aux perceptions du personnel soignant quant aux pratiques de SOG et dégagera les pratiques et les initiatives pouvant favoriser l'humanisation dans les SOG, de même qu'identifier les obstacles et les facteurs facilitant l'adoption de pratiques centrées sur les besoins de la patientèle²².

Ainsi, ce projet de recherche permettra de colliger des données probantes essentielles afin de mieux définir et comprendre la prévalence des VOG vécues par la patientèle québécoise, les conséquences des VOG sur les personnes qui en sont victimes, de même que les contextes professionnels et structurels qui peuvent contribuer à engendrer des VOG, ou au contraire, favoriser des soins qui en sont exempts.

Un second projet de recherche portant sur les violences obstétricales et gynécologiques a reçu un financement au printemps 2023 par les Instituts de recherche en santé du Canada (IRSC)²³. Ce projet, d'une durée de trois ans, souhaite évaluer la manière dont les droits fondamentaux des femmes sont mobilisés dans le contexte des soins obstétricaux et gynécologiques qu'elles reçoivent. Plus spécifiquement, la recherche visera à déterminer quelles *connaissances* et quelle compréhension les femmes et le personnel soignant ont des droits fondamentaux qui devraient guider la prestation des soins obstétricaux et gynécologiques ; dans quelle mesure les femmes parviennent effectivement à *revendiquer* ces droits dans un contexte de soins et la réception de cette agentivité par le personnel soignant ; et finalement, la nature de la *participation* des femmes aux processus de mises en œuvre systémiques de leurs droits, notamment dans le contexte de l'élaboration des protocoles de soins et des guides de pratique clinique²⁴.

19 - Fonds de recherche du Québec, *Action concertée – Les besoins émergent des femmes en matière de santé et de bien-être, Thématique 1) l'humanisation des soins gynécologiques et obstétricaux*, proposé par le ministère de la Santé et des Services sociaux, le Secrétariat à la condition féminine et le Fonds de recherche du Québec – Société et culture, 6 mai 2022, en ligne : <https://frq.gouv.qc.ca/programme/action-concertee-les-besoins-emergents-des-femmes-en-matiere-de-sante-et-bien-etre/> [FRQ].

20 - CCNE, *supra* note 8, à la p. 14.

21 - FRQ, *supra* note 19.

22 - Sylvie Lévesque et al., *Besoins pluriels des femmes et des personnes recevant des soins obstétricaux et gynécologiques au Québec : une approche méthodologique mixte pour documenter les perspectives des parties prenantes et dégager les pratiques pouvant favoriser l'humanisation des soins*, Fonds de recherche du Québec, 28 septembre 2022, en ligne : <https://frq.gouv.qc.ca/projet/besoins-pluriels-des-femmes-et-des-personnes-recevant-des-soins-obstetricaux-et-gynecologiques-au-quebec-une-approche-methodologique-mixte-pour-documenter-les-perspectives-des-parties-prenantes-et-de/>.

23 - Pour le mandat général des IRSC, voir : <https://cihr-irsc.gc.ca/f/193.html>.

24 - Audrey Ferron-Parayre et al., *Explorer la mise en œuvre effective des droits des femmes comme mesure de prévention des violences obstétricales et gynécologiques*, Instituts de recherche en santé du Canada, en ligne : https://webapps.cihr-irsc.gc.ca/decisions/p/project_details.html?appId=468952&lang=fr.

Puisque les atteintes aux droits fondamentaux des femmes – comme leur droit à l'intégrité et son corollaire, le droit de donner un consentement libre et éclairé, ou encore le droit au respect de la vie privée – sont des éléments constitutifs de VOG²⁵, l'évaluation de la mobilisation effective de ces droits dans les pratiques de soins permettra de penser globalement la prévention des VOG par le droit, et plus largement l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins obstétricaux et gynécologiques.

Évaluer l'effectivité des recours pour les personnes victimes de VOG

À l'instar de la France, le droit québécois encadre les relations entre les femmes et le personnel soignant par l'entremise de normes pénales, civiles et déontologiques qui protègent notamment l'intégrité du corps et le respect de l'autonomie. À propos de la violation de ces normes en France, le CCNE précise que :

Réaliser des examens médicaux touchant à l'intimité sans justification médicale, de manière brutale, sans information préalable, sans recueil du consentement et/ou sans respect des refus exprimés, constitue une violation du Code de déontologie médicale et des lois protégeant les droits des patient(e)s. Ces actes sont sanctionnés, en fonction des situations, au plan ordinal, civil et/ou pénal.²⁶

Au Québec cependant, bien que l'on puisse convenir que ces actes sont aussi, théoriquement, passibles de sanctions, il en va autrement d'une appréciation ancrée dans les pratiques²⁷. À titre d'exemple, un regard à la responsabilité civile médicale en matière de VOG permet de constater que la jurisprudence sur ce sujet est fragmentaire et rare. Fragmentaire, parce qu'il est nécessaire de chercher attentivement dans les trames factuelles rapportées par les tribunaux les éléments qui nous permettent de qualifier une situation de violence obstétricale ou gynécologique. En effet, aucun terme ou vocabulaire se rapportant plus spécifiquement aux VOG n'est utilisé directement dans les décisions. Rare, parce que malgré cette recherche des faits plutôt que des qualifications, les décisions pertinentes demeurent peu nombreuses²⁸.

Ayant à l'esprit cette distinction entre la sanction possible et la sanction réellement imposée, il a été proposé d'évaluer les recours formels disponibles pour les victimes de VOG dans le cadre de l'appel à projets de *l'Initiative de recherche sur la violence fondée sur le genre*. Ce programme de financement, présenté conjointement par Femmes et Égalité des genres Canada et le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, vise à promouvoir des recherches partenariales ancrées dans les communautés et ayant pour but de « *faire progresser les connaissances et analyser les causes et la persistance de la violence fondée sur le genre au Canada* »²⁹. Sous le thème « Accès à la justice et prévention de la violence fondée sur le genre », un financement de recherche a été obtenu afin de rendre compte

25 - Voir notamment Camilla Pickles et Jonathan Herring, « Introduction » dans Camilla Pickles et Jonathan Herring, dir, *Childbirth, Vulnerability and Law. Exploring Issues of Violence and Control*, New York, Routledge, 2020, 1.

26 - CCNE, *supra* note 8, à la p 21.

27 - Voir plus généralement, sur le consentement éclairé aux soins : Audrey Ferron Parayre, *Donner un consentement éclairé à un soin : réalité ou fiction ?*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021, aux pp 189 et s. Pour un exemple des limites de la sanction déontologique dans le contexte spécifique des violences obstétricales, voir [Audrey Ferron Parayre, « Les violences obstétricales et gynécologiques au prisme de la déontologie médicale : une perspective québécoise » \(2022\) 32 JDSAM p.124.](#)

28 - Pour la période du 1^{er} janvier 2010 au 1^{er} mai 2023, on recense seulement 24 décisions des tribunaux de première instance en matière de responsabilité civile médicale qui exposent des fautes reprochées dans un contexte de soins gynéco-obstétricaux. Par ailleurs, il peut être difficile d'apprécier, à la lumière des faits rapportés, si les actes ou omissions peuvent être qualifiés de VOG. Cependant, les décisions judiciaires pour lesquelles il est possible de conclure à une VOG mettent en lumière des enjeux communs liés à la communication dans le cadre des soins obstétricaux et gynécologiques, communication qui fait défaut et qui engendre des préjudices pour les patientes, notamment du fait qu'on ne respecte par leur consentement (voir par exemple, en responsabilité civile médicale, *M.G. c Pinsonneault*, 2014 QCCS 1222, responsabilité confirmée en appel, *M.G. c Pinsonneault*, 2017 QCCA 607, et en responsabilité déontologique, *Médecins (Ordre professionnel des) c Bissonnette*, 2019 QCTP 51) ; qu'on banalise leur douleur et leur ressenti (voir par exemple, en responsabilité civile médicale, *Roy c Mout*, 2013 QCCS 6254, responsabilité établie pour les dommages moraux en appel, *Roy c Mout*, 2015 QCCA 692) ; ou encore qu'on les objectifie (voir par exemple, en responsabilité déontologique, *Médecins (Ordre professionnel des) c Climan*, 2018 CanLII 100222 (QC CDCM)). Ces caractéristiques partagées trouvent écho dans les trois attributs de la violence obstétricale identifiés par l'analyse conceptuelle du phénomène au Québec, à savoir le non-respect du consentement ou du refus éclairé des femmes, le déni de leur agentivité reproductive, et la subjectivité de l'expérience vécue comme pouvant se qualifier, ou non, de violence : Lévesque et al., *supra* note, 2.

29 - Femmes et Égalité des genres Canada, *Initiative de recherche sur la violence fondée sur le genre*, Gouvernement du Canada, en ligne : <https://femmes-egalite-genres.canada.ca/fr/financement/initiative-recherche-violence-fondee-genre.html>.

des écarts entre l'accès à la justice qui sous-tend les recours formels identifiés³⁰ – la responsabilité civile, la plainte institutionnelle au Commissaire aux plaintes et à la qualité des services de l'établissement de santé, la plainte déontologique et la plainte criminelle – et la réalité de leur accès par les victimes de VOG. Le projet permettra d'analyser l'effectivité des recours et de proposer des mesures d'amélioration par la mise en œuvre de trois volets de recherche complémentaires : 1) le volet théorique propose une analyse juridique critique des conditions d'application et de l'interprétation jurisprudentielle des recours ; 2) le volet pratique vise à documenter les obstacles vécus par les femmes et perçus par les acteurs du milieu juridique dans l'accès à la justice pour les victimes de VOG ; et 3) le volet dissémination et éducation permettra de proposer des recommandations, de sensibiliser le public, et d'éduquer les acteurs et les décideurs sur l'enjeu de l'accès à la justice pour les victimes de VOG³¹.

Conclusion

Le Québec (et plus largement, le Canada), contrairement à la France, ne s'est pas saisi du phénomène des violences obstétricales et gynécologiques en mandatant ses institutions publiques pour établir des rapports et des recommandations, pas plus qu'il n'y a eu dépôt de projets de lois spécifiques aux VOG. Pour autant, les enjeux touchant les violences obstétricales et gynécologiques ne sont pas complètement ignorés. D'une part, les instances québécoises ont initié un financement de recherche spécifique au sujet de l'humanisation des soins gynécologiques et obstétricaux, reconnaissant du même coup l'importance des dénonciations publiques des dernières années et la nécessité de mieux appréhender cet enjeu par la documentation de sa prévalence, de ses conséquences et de ses potentielles causes. D'autre part, l'Initiative de recherche sur la violence fondée sur le genre du Canada, en octroyant un financement à un projet portant spécifiquement sur l'accès à la justice pour les victimes de VOG, accorde également aux violences obstétricales et gynécologiques une importance majeure dans la lutte globale à la violence fondée sur le genre. Au surplus, les Instituts de recherche en santé du Canada ont également financé un projet de recherche portant sur la mobilisation des droits des femmes pour prévenir la survenue de VOG et améliorer la qualité et la sécurité des soins obstétricaux et gynécologiques. Il est donc à espérer que les résultats attendus de ces projets permettront d'adapter le droit et les politiques publiques au Québec, afin que les violences obstétricales et gynécologiques y soient mieux reconnues, appréhendées, sanctionnées et ultimement, éliminées.

Audrey Ferron-Parayre

30 - Les quatre recours possibles identifiés sont la responsabilité civile médicale (voir notamment Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile, Volume 2 - Responsabilité professionnelle*, 9^e ed, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020 ; Suzanne Philips-Nootens et Robert P. Kouri, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, 5^e ed, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021) ; la plainte institutionnelle au Commissaire aux plaintes et à la qualité des services, processus encadré par les articles 29 à 76.14 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ c S-4.2 ; la plainte déontologique (voir par exemple Audrey Ferron Parayre, « Les violences obstétricales et gynécologiques au prisme de la déontologie médicale : une perspective québécoise », *supra* note 27) ; et la plainte criminelle, plus particulièrement les infractions de voies de fait et d'agression sexuelle prévues aux articles 265 et s du *Code criminel*, LRC 1985, c C-46. Pour un regard sur des recours similaires en droit français, voir Elsa Supiot et Laurie Friant, « Face aux violences gynécologiques, d'Autres voies que le pénal existent », *The Conversation* (17 octobre 2022), en ligne : <https://theconversation.com/face-aux-violences-gynecologiques-dautres-voies-que-le-penal-existent-191925>.

31 - Audrey Ferron-Parayre et al., *Améliorer l'accès à la justice pour les victimes de violences obstétricales et gynécologiques*, proposition de recherche financée dans le cadre de l'Initiative de recherche sur la violence fondée sur le genre, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, 2023-2027, en ligne : <https://www.sshrc-crsh.gc.ca/results-resultats/recipient-recipientaires/2022/gbvri-irvfg-fra.aspx>.

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

Vers l'émergence de la problématique des « violences obstétricales et gynécologiques » dans la sphère politique et institutionnelle belge ?

Anne-Isabelle Thuysbaert

Doctorante, Faculté de droit et de criminologie, Université de Louvain (Belgique)

Jean-Marc Hausman

Professeur, Faculté de droit et de criminologie, Université de Louvain (Belgique) et Gastdocent, Faculteit Rechtsgeleerdheid en Criminologische Wetenschappen, Katholieke Universiteit Leuven (Belgique)

Analyse et commentaire du rapport d'information du 22 mai 2023 du Comité d'avis pour l'égalité des chances du Sénat de Belgique

Résumé

En Belgique, le Comité d'avis pour l'égalité des chances du Sénat a adopté le 22 mai 2023 le Rapport d'information concernant le droit à l'autodétermination corporelle et la lutte contre les violences obstétricales. Fruit d'un travail de deux années et basé sur les auditions d'une vingtaine d'experts, ce rapport dresse un état des lieux de ces violences en Belgique et de leurs causes. Il formule également quelque nonante-deux recommandations afin de promouvoir une « culture de bienveillance gynécologique et obstétricale ». La présente contribution expose, de manière transversale et critique, les lignes de force de ce rapport, qui constituera vraisemblablement une des assises essentielles des politiques publiques à développer en Belgique dans ce domaine.

Abstract

In Belgium, the Advisory Committee for Equal Opportunities of the Senate adopted on May 22, 2023, the Information Report on the right to bodily self-determination and the fight against obstetric violence. The report is the result of two years of work and is based on the testimonies of around twenty experts. It provides an overview of these types of violence in Belgium and their causes. It also puts forth ninety-two recommendations aimed at promoting a « culture of gynecological and obstetric benevolence. » The following contribution presents, in a cross-cutting and critical manner, the main aspects of this report, which will likely serve as a fundamental basis for the development of public policies in this field in Belgium.

Introduction

1 - Tant en France qu'en Belgique francophone, depuis une dizaine d'années, des milliers de femmes font part sur les réseaux sociaux des violences obstétricales et gynécologiques dont elles ont été les victimes ou les témoins. Ainsi, en novembre 2014, ce ne sont pas moins de 7.000 témoignages qui sont publiés en l'espace de quelques heures, avec le *hashtag* « #PayeTonUtérus », sur la plateforme Twitter¹. D'autres suivront : « #PayeTonGynéco », « #PayeTonAccouchement », etc. La Belgique néerlandophone connaît un mouvement similaire à partir de 2016. Il se diffuse au départ du *hashtag* « #GenoegGezwegen », qui met l'accent sur la nécessité de rompre le silence dans ce domaine. Ces prises de parole vont contribuer, comme dans d'autres pays, à visibiliser cette problématique longtemps ignorée ou minimisée au sein de la société.

2 - Face à cette question de santé publique, devenue politique, les autorités publiques belges vont prendre un certain nombre d'initiatives. Notamment, le gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles – c'est-à-dire la Communauté française – reconnaît dans son *Plan Droits des Femmes. 2020-2024*², adopté le 17 septembre 2020, la réalité des violences obstétricales et gynécologiques. Il y reprend également toute une série de mesures visant à les prévenir. C'est ce même objectif que se donne, deux mois plus tard, le 26 novembre 2020, cette fois l'ensemble des gouvernements des entités fédérées francophones³, adoptant le *Plan intra-francophone de lutte contre les violences faites aux femmes. 2020-2024*⁴.

3 - Le 1^{er} avril 2021, une vingtaine de sénateurs dépose devant leur assemblée une *Demande d'établissement d'un rapport d'information concernant le droit à l'autodétermination corporelle et la lutte contre les violences obstétricales*⁵. Votée à une majorité assez courte, elle a donné lieu à l'audition, par le Comité d'avis pour l'égalité des chances (ci-après « comité sénatorial »), d'un peu plus de vingt experts issus principalement du secteur de la santé, du milieu associatif et du monde académique. Un rapport d'information a été établi sur cette base et adopté par cet organe le 22 mai 2023 – pour être *a priori* soumis à la discussion et au vote de l'assemblée plénière du Sénat le 23 juin. Il dresse un état des lieux du phénomène en Belgique. Il reprend, dans la foulée, quelque nonante-deux recommandations visant, d'une part, à « promouvoir une culture de bienveillance gynécologique et obstétricale »⁶ et, d'autre part, à lutter contre ces formes de violences.

4 - La présente contribution expose les lignes de force de ce rapport d'information. Au-delà de son actualité, ce document est d'une importance majeure. Notamment en raison du travail accompli et du cadre institutionnel de son adoption, il constituera plus que vraisemblablement l'une des assises des politiques menées en matière obstétricale par les autorités publiques fédérales mais aussi fédérées. Il est également appelé à devenir une ressource de référence pour les acteurs de terrain et les milieux associatifs concernés par la problématique des violences gynécologiques en général.

1 - Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes (France), Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical. Des remarques aux violences, la nécessité de reconnaître, prévenir et condamner le sexisme, Rapport n°2018-06-26-SAN-034, 26 juin 2018, p. 52.

2 - Fédération Wallonie-Bruxelles, Plan Droit des Femmes, Fédération Wallonie-Bruxelles, 17 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : http://www.egalite.cfwb.be/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&g=0&hash=fba5f84be288ad0d20ffc7c6da00b8b6df5d46fa&file=fileadmin/sites/sdec_III/upload/sdec_III_super_editor/sdec_III_editor/documents/Droits_des_Femmes/Plan_Droits_des_Femmes_2020-2024_FWB.pdf.

3 - A savoir les gouvernements de la Fédération Wallonie-Bruxelles, de la Région wallonne et de la Commission communautaire française.

4 - Fédération Wallonie-Bruxelles, Région wallonne et Commission communautaire française, Plan intra-francophone de lutte contre les violences faites contre les femmes 2020-2024, 26 novembre 2020, disponible à l'adresse suivante : http://www.egalite.cfwb.be/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&g=0&hash=d8b3da0904b5dcdae4bcd11756362e9874c77921&file=fileadmin/sites/sdec_III/upload/sdec_III_super_editor/sdec_III_editor/documents/Violence/VF_Plan_intrafrancophone_violences_2020-2024_01.pdf.

5 - Rapport d'information concernant le droit à l'autodétermination corporelle et la lutte contre les violences obstétricales, *Doc. parl.*, Sénat, 2022-2023, n°7-245/3, disponible à l'adresse suivante : <https://www.senate.be/www/webdriver?MItabObj=pdf&MIcolObj=pdf&MInamObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MIvalObj=117441305>.

6 - Demande d'établissement d'un rapport d'information concernant le droit à l'autodétermination corporelle et la lutte contre les violences obstétricales, *Doc. parl.*, Sénat, 2020-2021, n°7-245/1, p. 15, disponible à l'adresse suivante : <https://www.senate.be/www/webdriver?MItabObj=pdf&MIcolObj=pdf&MInamObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MIvalObj=117440853>.

1. Les violences obstétricales et gynécologiques comme « problème public » émergent

5 - La question des « violences obstétricales et gynécologiques » et des comportements qui leur sont associés n'est érigée en « problème public » que depuis quelques années et de manière assez hétéroclite dans différents champs scientifiques – la santé publique, les études de genre, le droit, la sociologie, etc⁷. Elle se manifeste ainsi comme une « situation-problème » à part entière particulièrement ouverte. Cette circonstance favorise la formulation d'éléments de réponse ou de pistes de solution originaux et variés, empruntés à d'autres thématiques et issus de différentes disciplines. Parallèlement, elle amène les acteurs concernés à devoir évoluer dans un champ de pensée où de nombreux objets, en ce compris de premier plan, sont définis de manière assez lâche, sans nécessairement faire consensus.

1.1. Des réalités de terrain complexes à objectiver

6 - Dans un tel contexte, il est particulièrement ardu de saisir la nature et l'ampleur du phénomène des « violences obstétricales et gynécologiques » à défaut de s'accorder sur ce que désigne cette « réalité ». Au-delà des difficultés liées à sa définition, l'objectivation du phénomène reste problématique, mais devrait à moyen terme s'améliorer. On assiste à une production croissante de chiffres et de statistiques. Elle reste toutefois faible et, surtout, assez hétérogène. Par ailleurs, ces données sont collectées et traitées par le monde scientifique, mais aussi par le milieu associatif ou militant. Le comité sénatorial pose ce constat pour ce qui est de la Belgique et insiste longuement sur la nécessité de remédier à cette situation⁸. Il n'y a actuellement aucun mécanisme de recueil systématique d'expériences, hormis certaines enquêtes de satisfaction qui, dans nombre de cas, sont organisées et traitées par les maternités elles-mêmes⁹. Pour la rédaction du rapport d'information, le comité sénatorial a dû se contenter d'un nombre très limité de sources, qui ont parfois des méthodes et des résultats qui posent question sur le plan scientifique. Leur champ, faut-il le préciser, se limite au secteur de la périnatalité. Aucune base de données traitant de la santé gynécologique non directement liée à la grossesse n'a été répertoriée dans le rapport d'information. Ces sources sont principalement les rapports du Centre d'épidémiologie périnatale (CEPIP)¹⁰ et du Centre fédéral d'expertise des soins de santé (KCE)¹¹, ainsi que l'enquête organisée en 2021 par l'association militante Plateforme citoyenne pour une naissance respectée¹². Cette dernière démarche d'investigation a été menée en Fédération Wallonie-Bruxelles auprès de plus de 4.000 participantes. Bien qu'elle ne se base pas sur une méthode scientifiquement éprouvée de récolte et de traitement des données¹³, le comité sénatorial reconnaît que cette enquête apporte des indications sur la réalité des violences obstétricales en Belgique.

7 - Le comité sénatorial relate dans son rapport d'information qu'en moyenne une femme sur cinq est victime de violences obstétricales. Des disparités importantes sont mises en évidence. Elles concernent notamment les maternités elles-mêmes¹⁴. S'inscrivant dans une approche intersectionnelle de ces violences, l'enquête de 2021 citée plus haut pose également le constat que les femmes ne sont pas exposées de la même manière au risque. Celui-ci augmente sensiblement, entre autres, pour une patiente racisée et passe à une chance sur trois¹⁵. Par ailleurs, toutes les femmes, en fonction de leur positionnement intersectionnel, ne sont pas susceptibles de subir les mêmes formes de violences obstétricales. Les stérilisations contraintes ou forcées, par exemple, touchent principalement les personnes qui ont des déficiences intellectuelles¹⁶.

7 - Voy. la bibliographie non exhaustive de l'Alliance francophone pour l'accouchement respecté (AFAR) recensant et synthétisant des publications scientifiques des différentes disciplines susmentionnées. Cette bibliographie est disponible à l'adresse suivante : <https://afar.info/wp-content/uploads/2016/04/Bibliographie-violenceobs-2016.pdf>.

8 - Rapport d'information, *op. cit.*, p. 13.

9 - Demande d'établissement d'un rapport d'information, *op. cit.*, p. 9.

10 - Le CEPIP est une association interuniversitaire francophone belge qui a pour mission de récolter et de traiter des données périnatales en Wallonie et à Bruxelles.

11 - Le KCE est une institution belge indépendante chargée de fournir aux pouvoirs publics des avis scientifiques et des recommandations.

12 - Plateforme citoyenne pour une naissance respectée, *Accoucher en Belgique francophone avant et pendant le covid. Éléments clés de l'enquête*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.naissancerespectee.be/wp-content/uploads/2022/02/PCNR-synthese-Rapport-2021.pdf>.

13 - La participation à l'enquête s'organisait « sur une base volontaire, sans recrutement des participantes » (rapport d'information, *op. cit.*, p. 14).

14 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 14 ; Plateforme citoyenne pour une naissance respectée, *op. cit.*, pp. 9-12.

15 - Plateforme citoyenne pour une naissance respectée, *ibidem*, p. 9.

16 - L. Servais, R. Leach, *et al.*, « Sterilisation of intellectually disabled women », *European Psychiatry*, 2004, pp. 428-432.

8 - Afin de mieux cerner et rendre compte du phénomène en Belgique, le comité sénatorial s'est penché sur certaines pratiques largement répandues, qui se révèlent problématiques dans bien des cas. La Belgique figure parmi les trois États européens qui ont le plus haut taux de déclenchements. Cette pratique consiste à stimuler artificiellement l'utérus afin de faire démarrer le travail. Les taux sont de 32,2 % en Région de Bruxelles-Capitale¹⁷, de 31,3 % en Région wallonne¹⁸ et de 26,2 % en Région flamande¹⁹. Si cette pratique peut répondre à des considérations d'ordre médical, le comité sénatorial relève qu'un grand nombre de patientes « sont déclenchées » afin de coordonner le calendrier hospitalier des naissances et de faciliter ainsi l'organisation des maternités²⁰. Un autre facteur, mis en avant dans la demande d'établissement du rapport d'information, renvoie à un particularisme belge, à savoir la présomption que la grossesse arrive à son terme à quarante semaines d'aménorrhée, tandis que la France et de nombreux autres pays européens le fixent à quarante-et-une semaines²¹. Ces déclenchements, pour certains pratiqués sans réelles raisons médicales, peuvent avoir des effets iatrogènes - c'est-à-dire des effets indésirables ou des complications liés à l'intervention médicale elle-même. Ces situations peuvent donner lieu à d'autres interventions, parfois intrusives et lourdes pour la patiente ou le nouveau-né²².

9 - Le comité sénatorial constate également qu'un enfant sur cinq naît par césarienne en Belgique et que cette procédure chirurgicale invasive n'est pas toujours pratiquée pour des raisons médicales. La décision d'y recourir repose parfois sur des contraintes logistiques et organisationnelles au niveau de l'hôpital²³. Le taux de césariennes en Belgique est deux fois supérieur à celui recommandé par l'Organisation mondiale de la santé (OMS). L'agence onusienne indique qu'au-delà de 10 %, il n'y a plus de bénéfices périnataux²⁴. Or, en Belgique, le taux de naissances par césarienne oscille autour des 20 %²⁵.

10 - Un constat similaire est posé quant à la pratique des épisiotomies dans les maternités belges. Cette intervention implique de sectionner le périnée de la patiente afin de faciliter le passage de l'enfant pendant l'accouchement. L'OMS indique d'y recourir que pour des motifs de santé et de ne pas dépasser le taux de 20 %²⁶. Or, les maternités en Région flamande pratiqueraient une épisiotomie dans 40,6 % des cas. Le taux en Région wallonne serait légèrement supérieur à celui recommandé (20,2 %), alors qu'il avoisinerait les 15 % en Région de Bruxelles-Capitale²⁷. Cette procédure chirurgicale est loin d'être anodine et peut avoir des conséquences importantes sur la santé physique et psychologique des patientes. Certaines souffrent quotidiennement de vives douleurs pendant des mois, voire des années, et rencontrent des difficultés pour se déplacer, s'asseoir ou lors des rapports sexuels.

1.2. Un phénomène protéiforme à définir

11 - Comme relevé ci-dessus, le spectre des violences obstétricales et gynécologiques est large et flou. Le comité sénatorial a décidé, avec à-propos, d'inscrire sa démarche de définition dans le prolongement du travail de réflexion et de régulation mené au sein de plusieurs organisations internationales ou régionales.

17 - Rapport d'information, *op. cit.*, p. 7 ; CEPIP, *Santé périnatale en Région Bruxelloise - Année 2021*, disponible à l'adresse suivante : https://www.cepip.be/img/pdf/rapport_CEPIP_Bxl_2021-fr.pdf.

18 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 7 ; CEPIP, *Santé périnatale en Wallonie- Année 2021*, disponible à l'adresse suivante : https://www.cepip.be/img/pdf/rapport_CEPIP_Wal_2021-fr.pdf.

19 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 7 ; CEPIP, *Perinatale gezondheid in Vlaanderen - Jaar 2021*, disponible à l'adresse suivante : <https://vkindergeneeskunde.be/userfiles/files/Publicaties/SPE-Perinatale%20gezondheid%20in%20Vlaanderen-2021-FINAL.pdf>.

20 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 7.

21 - Demande d'établissement d'un rapport d'information, *op. cit.*, p. 10.

22 - Il n'est pas rare que le déclenchement du travail provoque une cascade d'interventions médicales et, en bout de chaîne, une césarienne pratiquée en urgence afin de sauver la vie de l'enfant (D. Roman, « Les violences obstétricales, une question politique aux enjeux juridiques », *Revue de droit sanitaire et social*, 2017, pp. 3-5 ; M.-H. Lahaye, *Accouchement. Les femmes méritent mieux*, Paris, Michalon, 2018, p. 77).

23 - Rapport d'information, *op. cit.*, p. 8.

24 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 8 ; Déclaration de l'OMS sur les taux de césarienne (2021), WHO/RHR/15.02.

25 - Voy. respectivement, pour chacune des régions, les rapports susmentionnés aux notes infrapaginales n° 17 à 19. Le rapport d'information souligne néanmoins que la Belgique fait figure de « bon élève » en ce que le recours à la césarienne dans ses maternités est inférieur à la moyenne européenne, qui est de 25,7%. Voy. rapport d'information, *ibidem*, p. 8 ; A. P. Betran, J. Ye, *et al.*, « Trends and projections of caesarean section rates : global and regional estimates », *BJM Global Health*, 2021, disponible à l'adresse suivante : <https://gh.bmj.com/content/bmjgh/6/6/e005671.full.pdf>. Comparativement, la Roumanie est l'État ayant le taux le plus élevé (46,9%). Le taux de césarienne en France est de 21,4%.

26 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 7 ; Recommandation de l'OMS sur les soins intrapartum pour une expérience positive de l'accouchement - Transformer le soin des femmes et des nourrissons pour améliorer leur santé et leur bien-être (2018), WHO/RHR/18.12.

27 - Voy. respectivement, pour chacune des régions, les rapports susmentionnés aux notes infrapaginales n° 17 à 19.

12 - Jusqu'à présent, les Nations Unies (ONU) et leurs organes ont fait le choix de ne pas recourir à l'expression de « violences obstétricales ou gynécologiques ». Ils empruntent d'autres voies pour appréhender ce phénomène. Celui-ci est repris, de manière plus globale, parmi les « violences de genre » ou les « violences contre les femmes » – comme dans la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, adoptée le 20 décembre 1993 par l'Assemblée générale de l'ONU²⁸. Dans d'autres hypothèses, le phénomène est désigné comme tel, mais de façon moins polémique. Ainsi, l'OMS le décrit comme une forme de « *manque de respect [ou de] mauvais traitement [dans le cadre] de l'accouchement dans les établissements de soins* »²⁹. Elle dresse, par ailleurs, une liste assez longue de comportements qui relèvent de telles situations. Sont notamment visés les agressions physiques, les humiliations graves, les agressions verbales, les procédures médicales imposées, l'absence de consentement éclairé, le manque de confidentialité, le refus d'anti-douleurs, la violation flagrante de l'intimité, etc.

13 - Au niveau européen, le rapport d'information s'appuie plus particulièrement sur les travaux réalisés par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Ces derniers ont notamment débouché sur l'adoption d'un texte portant spécifiquement sur les violences obstétricales et gynécologiques, la résolution 2306(2019) votée le 3 octobre 2019³⁰. Si cette assemblée ne propose pas une définition formelle de ces pratiques, ni même n'en dresse une liste à l'instar de l'OMS, elle en précise les principales caractéristiques tout en les situant dans un contexte sociétal plus global. Le phénomène y est appréhendé comme la résultante du croisement de deux types de violences, celles de genre et celles produites par les établissements de soins³¹.

14 - À partir de cette analyse du droit international et régional, le comité sénatorial identifie les éléments communs ou récurrents, mobilisés pour cerner les violences obstétricales et gynécologiques. Dans la foulée, il suggère une série de critères qui pourraient être employés pour donner une définition de ces violences qui soit « officielle » en Belgique. Il s'agit, en plus du non-respect des droits du patient consacrés par la loi du 22 août 2002 *relative aux droits du patient*, de : « *l'inutilité médicale des gestes pratiqués, l'omission ou l'abstention de soins, un manque de dignité et d'humanité à l'égard de la patiente, la non-prise en charge de la douleur, des comportements inadéquats dans une relation de soins* »³². Le rapport d'information cible ensuite une série de pratiques qui sont consensuellement identifiées comme des violences obstétricales et gynécologiques, notamment celle dite du « point du mari »³³ et de l'expression abdominale³⁴. Ces interventions n'ont aucun intérêt médical et sont intrinsèquement invasives. Elles sont susceptibles, en outre, d'entraîner des séquelles physiques et psychologiques graves dans le chef de la patiente.

15 - Si l'ampleur du phénomène et ses contours restent difficiles à saisir avec précision, la littérature scientifique et celle produite par les autorités publiques tendent à considérer que ces violences ont pour caractéristique de se situer à l'intersection de deux types de violences : les violences de genre, d'une part, et les violences institutionnelles, d'autre part – ce dernier aspect étant développé ultérieurement³⁵.

16 - Les violences obstétricales et gynécologiques s'inscrivent dans le *continuum* des violences de genre. Celles-ci sont profondément enracinées dans les rapports de savoir et de pouvoir entre les hommes et les femmes, qui caractérisent les sociétés occidentales contemporaines³⁶. Si elles font l'objet d'une attention toujours plus grande au niveau collectif, elles tendent à se perpétuer sous les mêmes formes ou d'autres. Dans le cadre très sexué et genré de la prise en charge gynécologique et obstétricale, ces rapports se traduisent notamment par le recours à des dispositifs de contrôle du corps des femmes et de leur capacité reproductrice. Ceux-ci vont notamment

28 - Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes (1993), A/RES/48/104.

29 - Déclaration de l'OMS sur la prévention et l'élimination du manque de respect et des mauvais traitements lors de l'accouchement dans des établissements de soins (2014), WHO/RHR/14.23.

30 - Résolution 2306(2019) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Violences obstétricales et gynécologiques*, 3 octobre 2019.

31 - Ce point est développé ultérieurement aux paragraphes 15 à 17.

32 - Rapport d'information, *op.cit.*, p. 6.

33 - Cette pratique est réalisée après une épisiotomie et consiste à rendre l'entrée du vagin plus étroit au moyen de sutures afin d'intensifier le plaisir masculin.

34 - L'expression abdominale est une technique médicale qui consiste à exercer une très forte pression sur l'abdomen de la femme en travail afin d'accélérer l'accouchement.

35 - Pour ce qui concerne la Belgique, voy. les paragraphes n° 30 à 34.

36 - Voy. notamment : S. Walby, *Theorizing Patriarchy*, Oxford, Basil-Blackwell, 1990 ; M. I. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University, 1990.

s'appuyer sur une série de stéréotypes sexistes suivant lesquels les corps féminins sont faibles et déficients. Cet ensemble de circonstances tend à favoriser une approche pathologique du corps des femmes, de la grossesse et de l'accouchement. Il induit, par la même occasion, une forme de soumission plus ou moins poussée de la patiente au corps médical³⁷.

17 - Le comité sénatorial partage cette vision du phénomène. Il recommande que ce dernier soit explicitement reconnu comme une « forme de violence liée au genre » (recommandation n° 2, p. 32). Ceci étant, si cette question des rapports entre hommes et femmes sous-tend l'ensemble du rapport d'information, on regrettera qu'elle n'y fasse pas l'objet de plus amples développements.

2. Les violences obstétricales et gynécologiques au prisme du droit

18 - Les violences obstétricales et gynécologiques ne constituent pas encore un objet à part entière du droit interne en Belgique. Il n'est reste pas moins que ce phénomène peut être appréhendé au départ de plusieurs branches juridiques, notamment le droit de la santé, le droit civil et le droit pénal. Ces violences ne manquent pas, par ailleurs, de soulever de nombreuses questions en termes de respect des droits de l'être humain et des libertés fondamentales. Les grandes lignes de ce cadre juridique sont analysées dans le rapport d'information, souvent de manière assez sommaire. L'enjeu est double à ce niveau. Il s'agit de faire état, d'une part, des droits des acteurs concernés, plus particulièrement des patientes, et, d'autre part, des voies légalement organisées qui leur sont ouvertes en cas de violences obstétricales ou gynécologiques.

2.1. Le cadre légal et ses limites

19 - Pour ce qui est du droit de la santé, le comité sénatorial accorde une grande importance à la loi du 22 août 2002 *relative aux droits du patient*, ainsi qu'à celle du 22 avril 2019 *relative à la qualité de la pratique des soins de santé*. La première législation s'articule pour l'essentiel autour de l'idée du respect de l'autonomie du patient et de sa dignité. Comme le rapport d'information le rappelle, elle lui reconnaît une série de droits qui sont de la première importance en matière de prise en charge obstétricale et gynécologique : le droit à des prestations de qualité répondant à ses besoins (art. 5), le droit à l'information sur son état de santé et l'évolution de celui-ci (art. 7), le consentement libre et éclairé à toute intervention (art. 8). D'autres dispositions auraient également pu être reprises dans le rapport d'information. En effet, la loi du 22 août 2002 consacre explicitement la protection de la vie privée du patient et le respect de son intimité (art. 10), de même qu'elle lui reconnaît spécifiquement un droit aux soins « les plus appropriés » pour ce qui est de la douleur (art. 11*bis*). Par ailleurs, le rapport d'information insiste sur les règles établies par la loi précitée du 22 avril 2019, qui imposent aux professionnels de la santé de « connaître précisément les limites de leurs compétences »³⁸. Ils doivent notamment s'assurer de disposer de l'encadrement nécessaire pour dispenser des soins de santé « avec un niveau de qualité élevé » (art. 14). Lorsqu'ils accomplissent des prestations à risque, ils ont l'obligation de prévoir à la fois une procédure d'urgence efficace en cas de complications et une seconde pour le transfert des patients (art. 18). À cet égard, le comité sénatorial pose le constat que l'intégration ou l'adossement des maisons de naissance aux hôpitaux est de nature à favoriser le respect de ces dispositions.

20 - Certaines violences obstétricales ou gynécologiques sont susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale. Le rapport d'information pointe plusieurs incriminations et en donne des illustrations³⁹. Ainsi, l'expression abdominale, déjà évoquée, pourrait être constitutive de coups et blessures involontaires (art. 418, C. pén.), alors que le professionnel de la santé qui pratiquerait une césarienne à vif ou suturerait sans anesthésie le périnée après une épisiotomie pourrait se rendre coupable de torture (art. 417*bis*, C. pén.). Le comité sénatorial évoque également dans son rapport d'information l'avis du GAMS⁴⁰, qui considère comme étant des mutilations génitales féminines (art. 409*bis*, C. pén.) les épisiotomies réalisées sans raison médicale et les interventions telles que celles dites du « point du mari ». De manière plus générale, on observera qu'en principe, les atteintes à l'intégrité physique

37 - M.-H. Lahaye, *op. cit.*, p. 180.

38 - Rapport d'information, *op. cit.*, p. 10.

39 - Rapport d'information, *ibidem*, pp. 25-26.

40 - « GAMS » est l'acronyme désignant le Groupe pour l'abolition des mutilations sexuelles féminines.

constituent des coups et blessures, volontaires ou non (respectivement art. 398 et s., et 418 et s., C. pén.), en ce compris dans le secteur des soins de santé⁴¹. Elles ne constituent toutefois pas des infractions si leur auteur peut invoquer une cause de justification objective, notamment une autorisation ou un ordre de la loi. Il en résulte que la plupart des interventions médicales réalisées sur des patients sont pénalement sanctionnables lorsque le cadre juridique n'est pas respecté – par exemple en cas de violation de la loi précitée du 22 août 2002. D'autres dispositions pénales contribuent à cadrer l'activité des professionnels de la santé, notamment lorsqu'il n'y a pas d'atteinte à l'intégrité physique des patientes. L'on peut mentionner, par exemple, la loi du 22 mai 2014 *tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public (...)*, qui pourrait justifier des poursuites et condamnations pour, entre autres, certains propos ou comportements inappropriés visant les patientes.

21 - Sur le plan civil, les professionnels de la santé et les établissements de soins doivent respecter leurs éventuelles obligations contractuelles⁴². Ils peuvent également engager leur responsabilité au niveau extracontractuel en cas de dommage causé à autrui par leur faute ou celle de personnes dont ils répondent. De manière sommaire, la faute aquilienne s'entend de la méconnaissance d'une norme de conduite préexistante – celle-ci ayant sa source dans une règle juridique ou dans une obligation générale de prudence et de diligence.

22 - Si ce cadre juridique apparaît comme relativement complet – quand bien même les violences obstétricales et gynécologiques n'en constituent pas un objet particulier, le comité sénatorial relève qu'il est insuffisamment connu ou peu mobilisé par une fraction importante des professionnels de la santé et des patientes. Cette situation constitue, selon le rapport d'information, un des facteurs qui expliquent le manque d'effectivité des dispositifs juridiques évoqués ci-avant⁴³. C'est la raison pour laquelle le comité sénatorial insiste, comme exposé ci-après, sur la sensibilisation et la formation de différents publics⁴⁴.

23 - Sur base de cette évaluation du droit applicable en Belgique, le comité sénatorial propose une adaptation du « cadre normatif » afin de mieux prévenir et lutter contre ces formes de violences. Elle invite le législateur à entamer une réflexion sur « l'opportunité et la faisabilité » de définir et de criminaliser expressément les violences obstétricales et gynécologiques (recommandation n° 24, p. 36). Les recommandations ciblent également certaines pratiques et proposent d'examiner la pertinence d'appréhender les épisiotomies réalisées sans motif médical comme des mutilations génitales féminines (recommandation n° 25, p. 36). En matière de responsabilité civile, il est suggéré d'évaluer si le non-respect du consentement libre et éclairé peut être réparé au titre d'un préjudice moral autonome (recommandation n° 27, p. 36). Le rapport d'information ne propose pas uniquement de modifier le cadre juridique, mais également, de manière plus large, d'autres instruments normatifs comme les protocoles d'hôpitaux, qui devraient être élaborés en concertation avec les patientes (recommandation n° 28, p. 36).

2.2. Les procédures et leurs limites

24 - Si le comité sénatorial identifie les nombreuses voies légalement organisées, précontentieuses ou contentieuses, qui sont ouvertes aux patientes, il observe que ces dernières les empruntent rarement. Au-delà de la méconnaissance du cadre juridique évoquée ci-avant, le rapport d'information pointe leur conviction que leur probabilité d'obtenir satisfaction via ces procédures est réduite⁴⁵.

25 - La première de ces voies est celle de la médiation. Notamment, les patientes ont le droit établi par la loi précitée du 22 août 2002, d'introduire une plainte auprès de la « fonction de médiation » de l'hôpital concerné ou, à défaut de celle-ci, auprès du service de médiation de la Commission fédérale « Droits du patient » (not. art. 11). Le recours à la médiation a lieu sur base volontaire des deux parties. Par ailleurs, les médiateurs intra-hospitaliers

41 - Les coups et blessures couvrent un vaste éventail de comportements. On notera notamment que la blessure vise « toute lésion interne ou externe apportée de l'extérieur au corps humain par une cause mécanique ou chimique ou une omission, agissant sur l'état physique ». Quant à la notion de coup, elle est définie comme « le choc qui résulte du mouvement d'un corps qui vient en frapper un autre et qui occasionne une certaine douleur, si légère et brève soit-elle, sans qu'existe nécessairement une lésion ; un rapprochement violent entre le corps humain et un autre objet physique » (M.-A. Beernaert, H. Bosly, *et al.*, *Les Infractions contre les personnes*, vol. 2. Bruxelles, Larcier, 2020, p. 622).

42 - On notera qu'en cas de relation contractuelle, les victimes bénéficient dans certains cas d'une « option de responsabilité », leur permettant de préférer la voie extracontractuelle. Il en va notamment ainsi lorsque le manquement à l'obligation contractuelle constitue aussi une infraction pénale, ce qui est assez fréquent en matière de soins de santé.

43 - Rapport d'information, *op. cit.*, pp. 9 et 11.

44 - Ce point est développé aux paragraphes 35 à 38.

45 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 23.

sont légalement tenus par un devoir de confidentialité, de neutralité et d'impartialité, imposé par l'arrêté royal du 8 juillet 2003 *fixant les conditions auxquelles la fonction de médiation dans les hôpitaux doit répondre*. Il n'en reste pas moins que les patientes doutent fortement de l'indépendance de la procédure dès lors qu'ils sont employés par les établissements de soins où exercent les professionnels de la santé mis en cause⁴⁶. Si le comité sénatorial considère que la médiation peut constituer un outil pertinent pour restaurer la communication dans les dossiers aux conséquences physiques « plutôt limitées », il considère cette voie comme peu adaptée pour, dans les cas plus lourds, établir des responsabilités ou fixer des indemnités financières⁴⁷. Aussi, plusieurs des recommandations visent à améliorer la qualité de ces services et leur crédibilité auprès des patientes (recommandation n° 35, p. 37). Dans cette perspective, il est notamment proposé d'informer davantage le grand public sur cette procédure, « afin de permettre une libération de la parole des patientes en toute confiance ». Le rapport d'information insiste également sur l'importance de garantir davantage l'indépendance des médiateurs intra-hospitaliers et d'assurer une prise en charge plus rapide des personnes concernées. On notera enfin que le comité sénatorial recommande l'adoption d'une base légale et la définition de critères précis permettant à tout médiateur d'attribuer le statut de violences obstétricales et gynécologiques à un dossier – ce qui doit contribuer à l'objectivation à la fois du phénomène et de sa prise en charge⁴⁸.

26 - Les procédures disciplinaires devant les ordres professionnels – plus particulièrement l'Ordre des médecins⁴⁹ – constituent une autre voie ouverte aux victimes de violences obstétricales et gynécologiques. Les médecins encourent des sanctions disciplinaires lorsqu'ils enfreignent le *Code de déontologie médicale*, qui a été réformé en 2018. Cette voie est toutefois loin d'être pleinement satisfaisante pour les victimes. Lors des auditions, plusieurs experts ont notamment pointé la composition des conseils de l'Ordre des médecins qui ne permet pas de garantir son indépendance et son impartialité⁵⁰. En effet, elle ne compte en son sein quasi exclusivement que des médecins. Depuis plus d'une décennie, des projets de réforme de cet ordre professionnel se succèdent, mais aucun n'a abouti. Outre un réexamen de la procédure disciplinaire et de ses modalités, le comité sénatorial suggère que, si nécessaire, les sanctions disciplinaires soient durcies en cas de faits graves ou de récidive (recommandation n° 36, p. 37).

27 - Les procédures pénales ou civiles devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire permettent également aux victimes de faire établir les responsabilités des auteurs de violences obstétricales ou gynécologiques. Selon le rapport d'information, rares sont les recours introduits et la plupart d'entre eux visent à obtenir la réparation de dommages corporels – et non moraux⁵¹. Une des explications serait la conviction des victimes de leur faible chance de succès. Cette crainte ne paraît pas dénuée de tout fondement, le taux de succès des victimes devant les cours et tribunaux étant très faible⁵². Le comité sénatorial identifie un ensemble de facteurs qui pourraient contribuer à rendre compte de cette situation. Il insiste, en effet, sur la charge de la preuve en matière médicale. Incombrant en principe aux victimes, elle est lourde et complexe, plus particulièrement celle concernant le lien de causalité entre l'acte fautif et le dommage⁵³. Cette difficulté est notamment liée à la circonstance que les accouchements impliquent souvent une « cascade d'actes médicaux »^{54,55}. De manière générale, d'autres facteurs pourraient être interrogés. Il en va ainsi, notamment, de la dimension patriarcale ou sexiste des sociétés occidentales contemporaines, en ce compris dans leurs manières de construire les savoirs juridiques⁵⁶ et médicaux⁵⁷. On peut également se demander dans quelle mesure les modes d'appréhension du monde et de ses réalités déterminent les pratiques

46 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 23.

47 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 24.

48 - Rapport d'information, *ibidem*, pp. 13-14.

49 - Dans le secteur de la santé, il existe d'autres ordres professionnels dont celui des psychologues – la Commission des psychologues.

50 - Rapport d'information, *op. cit.*, p. 24.

51 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 25.

52 - Plusieurs experts ont soutenu lors des auditions qu'en Belgique, aucune patiente n'avait jusqu'à présent obtenu la reconnaissance devant les cours et tribunaux civils des violences dont elle avait été victime (rapport d'information, *ibidem*, p. 26).

53 - Rapport d'information, *ibidem.*, p. 26.

54 - Sur ce phénomène de « cascade d'actes médicaux », voy. le paragraphe 8.

55 - La comité sénatorial donne pour exemple le cas d'un déclenchement « qui aura mené à une épisiotomie qui aurait pu être évitée sans accélération du travail » (rapport d'information, *ibidem*, pp. 26-27).

56 - Voy. notamment: K. T., Bartlett, A. L. Kennedy, *Feminist Legal Theory: Reading in Law and Gender*, Londres, Routledge, 1991.

57 - Voy. notamment: S. Harding, *The Science Question in Feminism*, Ithaca, Cornell University Press, 1986; L. Schiebinger, *Nature's Body: Gender in the Making of Modern Science*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1993.

professionnelles notamment dans le milieu de la justice – le rapport d'information pointant déjà le sexisme des professionnels de la santé, et plus largement leurs stéréotypes, comme l'une des causes des violences obstétricales et gynécologiques. Enfin, la mise en cause de la responsabilité des professionnels de la santé ne se trouve pas facilitée par la pathologisation de l'accouchement et la banalisation des interventions médicales sur le corps des patientes, bien au contraire – comme le montre la littérature⁵⁸.

28 - Les victimes de violences obstétricales et gynécologiques peuvent également s'adresser au Fonds des accidents médicaux créé par la loi du 31 mars 2010 *relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé*. Ce mécanisme d'indemnisation est innovant en ce qu'il permet, entre autres, d'obtenir la réparation de certains dommages « suffisamment graves » trouvant leur cause dans un « accident médical sans responsabilité » (art. 4 et 5). Ceci étant, si dans de tels cas de figure, les victimes ne doivent pas rapporter la preuve d'une faute, il leur incombe notamment de démontrer le lien de causalité entre les soins de santé reçus et leur dommage⁵⁹. Cet élément, comme il a déjà été indiqué, est difficile à prouver selon le rapport d'information, plus particulièrement en matière obstétricale.

3. Les soins de santé comme cause des violences obstétricales et source de solutions

29 - Partant de l'état des lieux de la problématique, dressé par ses soins, le comité sénatorial identifie également une série de causes possibles des violences obstétricales et gynécologiques⁶⁰. Elles peuvent être regroupées autour de trois axes. Il s'agit de l'organisation des soins de santé et de son fonctionnement, du travail de sensibilisation à mener autour de ces violences, ainsi que de la prise en charge des patientes dans le cadre du suivi obstétrical et gynécologique. Pour chacune d'entre elles, sont notamment identifiés les éléments de réponse apportés dans le rapport d'information.

3.1. L'organisation des soins de santé et son fonctionnement

30 - Le rapport d'information met également en évidence la dimension institutionnelle des violences obstétricales et gynécologiques. Cet aspect est reconnu comme l'une des « causes possibles des violences ». Il est avant tout lié, dans le rapport d'information, à des facteurs structurels ou fonctionnels. Sont visés le manque de personnel, l'insuffisance des ressources, les modes de financement qui peuvent conduire à favoriser l'acte technique au détriment de l'aspect relationnel ou, encore, des protocoles médicaux inadaptés aux attentes et besoins des patientes. A ce niveau, en s'appuyant sur des études internationales, le comité sénatorial pointe comme vecteur de violence les « processus d'agrandissement d'échelle, de standardisation, de maximisation de l'efficacité ou de rationalisation »⁶¹. On observera que la Belgique n'échappe pas à cette dynamique. En 2019, le KCE a recommandé aux autorités publiques la fermeture de dix-sept petites maternités.

31 - Par ailleurs, le comité sénatorial voit dans la culture professionnelle des différents acteurs de la santé un facteur qui contribue au phénomène des violences obstétricales et gynécologiques. En plus de la charge de travail importante à laquelle est soumis le personnel, le caractère fortement hiérarchisé du secteur tend à favoriser une « culture du silence » et constitue un obstacle à la remise en cause de certaines pratiques⁶².

32 - Si le rapport d'information souligne que le monde de la santé, dans ses modes actuels d'organisation et de fonctionnement, participe au phénomène des violences obstétricales et gynécologiques, il attire également l'attention sur l'incidence de ces dernières sur le vécu des professionnels de santé⁶³. Ces violences institutionnelles

58 - M. Borges, « A violent Birth : Reframing Coerced Procedures during Childbirth as Obstetric Violence », *Duke Law Journal*, 2018, pp. 839-840 ; P. Jassogne, *Les violences gynécologiques et obstétricales : médecine et droit sous le prisme du genre*, Faculté de droit et de criminologie, Université de Louvain, 2020 (prom. : J.-M. Hausman).

59 - Il convient également de prouver les éléments suivants : « la réalité et l'ampleur de son dommage [;] l'absence de lien avec son propre état et son évolution objectivement prévisible [;] la circonstance qu'il ne s'agit pas d'un échec thérapeutique [;] le caractère anormal du dommage éprouvé » (G. Génicot, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 534). Voy. également G. Schamps, « Le Fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé », *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 2014, p. 15036.

60 - Rapport d'information, *op. cit.*, pp. 11-13.

61 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 11.

62 - Rapport d'information, *ibidem*, p. 12.

63 - Rapport d'information, *ibidem*, pp. 22-23.

peuvent impacter profondément leur santé mentale, émotionnelle et relationnelle. Cet aspect s'avère d'une importance particulière dès lors que les réponses au phénomène des violences obstétricales et gynécologiques impliquent notamment d'instaurer ou de renforcer un cercle vertueux dans les relations entre toutes les personnes concernées, en ce compris avec les professionnels de la santé.

33 - Ces constats portant sur le caractère institutionnel des violences obstétricales et gynécologiques conduisent le comité sénatorial à envisager un ensemble de mesures à prendre en matière d'organisation et de financement du secteur. La recommandation la plus marquante concerne la suppression du « financement à la prestation » des activités de santé, ce qui implique notamment la mise en place d'un nouveau « cadre financier qui soit approprié tant pour les gynécologues que pour les sages-femmes » (recommandation n° 37, p. 38). Les autres mesures relèvent davantage de l'augmentation des moyens, humains et autres, du secteur ou sont formulées en des termes très généraux – ce qui tend à atténuer le caractère programmatique de ces recommandations. Elles ont notamment pour enjeu de « garantir aux soignants un rythme de travail respectueux et tenable, qui leur permette d'accompagner chaque patiente » (recommandation n° 38, p. 38) et de revoir les « normes de personnel dans les maternités et les salles d'accouchement » (recommandation n° 41, p. 38). Concernant ce dernier point, le rapport d'information insiste spécifiquement sur l'importance d'augmenter le nombre de sages-femmes (recommandation n° 41, p. 38) avec l'objectif d'atteindre le principe de « une femme = une sage-femme » (recommandation n° 59, p. 41). Le rapport d'information recommande également de modifier l'arrêté royal du 23 octobre 1964 *portant fixation des normes auxquelles les hôpitaux et leurs services doivent répondre* afin que, d'une part, ces établissements prennent en considération les différents modes d'accouchements, qu'ils soient physiologiques ou plus médicalisés, et que, d'autre part, ils garantissent un accès direct et facile à un bloc opératoire (recommandation n° 31, pp. 36 à 37).

34 - Enfin, conscient que la dimension institutionnelle des violences obstétricales et gynécologiques persistera malgré les mesures envisagées, le comité sénatorial entend en atténuer les effets négatifs sur les principaux intéressés. Pour les professionnels de la santé, le rapport d'information recommande la mise en place de « structure[s] d'accompagnement et d'entraide [...] afin [de les soutenir] en cas de surcharge de travail ». Quant aux victimes de violences obstétricales et gynécologiques, aucun accompagnement ou suivi spécifique n'est suggéré. Néanmoins, le rapport d'information encourage l'organisation systématique, par les professionnels de la santé, d'un entretien post-accouchement ou post-FIV et, si besoin, d'une consultation psychologique (recommandation n° 51, p. 39). Il met également l'accent sur un meilleur dépistage, diagnostic et traitement des dépressions post-natales et recommande à cette fin de renforcer les équipes de psycho-périnatalité dans tous lieux de naissance (recommandation n° 66, p. 41), de sensibiliser davantage les professionnels de la santé aux enjeux de la santé mentale et de soutenir « le suivi post-accouchement des mères et enfants par exemple avec des services de [...] soins de maternité » (recommandation n° 66, p. 42).

3.2. La sensibilisation des acteurs

35 - Le rapport d'information fait le constat alarmant qu'en tant que problème de santé publique, le phénomène des violences obstétricales et gynécologiques n'est que peu ou pas visible. Ces pratiques sont largement normalisées au sein du secteur et intériorisées par ses acteurs, que ce soit les professionnels de la santé ou les patientes. D'après l'enquête menée par la *Plateforme citoyenne pour une naissance respectée*, 95 % des victimes de violences obstétricales ne problématisent pas comme tels les comportements inappropriés dont elles ont été l'objet⁶⁴. Par ailleurs, cette normalisation du phénomène vient se doubler, selon le comité sénatorial, d'une méconnaissance généralisée des droits du patient dans le secteur de l'obstétrique et de la gynécologie, en ce compris dans le chef des professionnels de la santé.

36 - Ce double jeu de circonstances rend indispensable un réel travail de sensibilisation au phénomène des violences obstétricales et gynécologiques et aux droits des patientes (recommandations 10 à 22, pp. 34 à 35). Sa réalisation suppose, selon le comité sénatorial, de définir un ensemble de concepts juridiques ou éthiques, complexes pour certains, tels que la notion de « consentement éclairé » (recommandation n° 17, p. 35). Ce travail

64 - Plateforme citoyenne pour une naissance respectée, *op. cit.*, p. 10.

de sensibilisation est à mener tant auprès du public que des professionnels de la santé.

37 - Concernant la première catégorie, les recommandations visent surtout à davantage informer les patientes – et le grand public en général – de leurs droits ainsi que des voies de recours ouvertes en cas de violation. A ce niveau, le comité sénatorial appelle à renforcer les missions des médiateurs en matière d'information et de sensibilisation des patientes (recommandation n° 14, p. 34).

38 - Pour ce qui est des professionnels de la santé, les efforts de sensibilisation doivent porter, selon le comité sénatorial, non seulement sur les droits des patientes, mais aussi sur la réalité du phénomène en tant que tel. Il s'agira notamment de les conscientiser sur la nature violente de certaines de leurs pratiques (recommandations 18 à 20). Ces efforts impliquent également que soit menée une réflexion sur la formation des professionnels de santé, qui doit être à la fois « plus englobante et multidisciplinaire » et « moins hospitalo-centré [e] ». Dans cet ordre d'idées, le rapport d'information encourage un enseignement qui met davantage l'accent sur l'offre de soins non médicalisés (recommandation n° 86, p. 44) et sur le respect de « la physiologie de la grossesse, de l'accouchement et de la naissance afin d'appréhender la grossesse comme étant un processus physiologique avant d'être pathologique » (recommandation n° 81, p. 44). Un autre axe de l'apprentissage doit être, pour les futurs professionnels de la santé, l'acquisition de gestes, de comportements, d'éléments de langage permettant l'instauration d'un cadre de soins « bienveillant » et « bientraitant » (recommandation n° 63, p. 41).

3.3. Le respect des bonnes pratiques et la prise en charge globale de la patiente

39 - Au-delà de la sensibilisation des acteurs, le comité sénatorial formule une série de recommandations qui doivent conduire à opérer un ensemble de glissements plus ou moins importants dans la prise en charge des patientes. En effet, sont identifiées dans le rapport d'information comme autres « causes possibles » des violences obstétricales et gynécologiques, « des protocoles et pratiques archaïques [...] toujours appliqués couramment » ainsi que « des procédures standardisées » et non adaptées aux besoins individuels des patientes⁶⁵.

40 - Ainsi, le rapport d'information insiste sur une meilleure mise en œuvre et diffusion de certaines bonnes pratiques dans le secteur obstétrical. Une des recommandations (recommandation n° 45, p. 39) a pour objet l'interdiction « explicite » de l'expression abdominale, déjà évoquée ci-avant. Le respect des bonnes pratiques implique également la conformité de l'activité des professionnels de la santé aux législations protectrices des droits des patientes. À cet égard, le comité sénatorial insiste plus particulièrement sur la nécessité de n'intervenir sur la personne qu'avec son consentement éclairé et libre (recommandation n° 43, p. 38), tout comme de s'abstenir de tout acte dépourvu de justification médicale (recommandation n° 44, pp. 38 à 39).

41 - Le comité sénatorial ne se limite pas à recommander un changement de certaines pratiques. Plus fondamentalement, il invite à développer ou à renforcer une approche « intégrée » des patientes dans le secteur de l'obstétrique. Leur prise en charge doit être davantage globale et interdisciplinaire (recommandation n° 55, p. 40). Elle doit surtout faire l'objet d'une plus grande « individualisation ». Celle-ci implique de préférer à la standardisation des soins une approche plus en phase avec les choix des patientes, leurs attentes et leurs besoins (recommandation n° 54, p. 40). Elle passe, selon le comité sénatorial, par une continuité des soins basée sur une coopération renforcée entre les différents intervenants (recommandation n° 55, p. 40) et par leur coordination par un seul professionnel de la santé tout au long du parcours obstétrical (recommandation n° 58, p. 40). Dans cette perspective, le comité sénatorial préconise la systématisation d'une consultation de nature non médicale avec les professionnels de la santé pour permettre aux patientes d'identifier et d'exprimer leurs préférences quant aux modalités de l'accouchement (recommandation n° 49, p. 39). Dans le même ordre d'idées, le rapport d'information recommande l'établissement d'un projet de naissance qui vient en complément du dossier de la patiente (recommandation n° 50, p. 39). Défini en collaboration avec l'équipe médicale, il doit permettre de préciser les attentes et les besoins des patientes par rapport à l'accouchement : l'usage de dispositifs de gestion de la douleur, le recours aux techniques d'assistance médicale à l'accouchement (induction du travail, monitoring, épisiotomie, usage d'instruments d'extraction, etc.), la présence de proches, le lieu, etc. L'établissement de ce projet de naissance est vu par de nombreux professionnels de la santé et les associations de défense des droits des femmes comme

65 - Rapport d'information, *op. cit.*, p. 11.

susceptible de renforcer le caractère « positif » de l'expérience que constitue l'accouchement, de même que la prise de décision partagée entre la patiente et le corps médical.

42 - C'est dans ce contexte que le comité sénatorial insiste sur la nécessité d'éviter toute surmédicalisation des pratiques et, corolairement, invite à redéfinir le rôle des sages-femmes et leur statut. Les missions dont ces dernières sont chargées doivent être renforcées dans le cadre de l'accompagnement de la grossesse, de l'accouchement et de la période post-partum (recommandations n° 70 à 76, pp. 42 à 43). Ceci implique notamment, de manière très concrète, de redéfinir la liste des actes qu'elles peuvent poser (recommandation n° 76, p. 43) et de leur donner un meilleur accès aux plateaux techniques dans les maternités hospitalières (recommandation n° 71, p. 42). Le caractère effectif de ces mesures suppose entre autres, comme le souligne le comité sénatorial, d'apporter des éléments de réponse à la question de l'accessibilité financière des assurances professionnelles (recommandation n° 70, p. 42).

Conclusion

43 - Le rapport d'information du Comité d'avis pour l'égalité des chances sera soumis tout prochainement, le 23 juin 2023, au vote de l'assemblée plénière du Sénat. Son adoption, plus que probable, marquera une étape importante dans la prévention et la lutte contre les violences obstétricales et gynécologiques en Belgique. Cette initiative, qui est une première au niveau national, contribuera à visibiliser cette problématique, longtemps occultée, auprès des autorités politiques et publiques, mais aussi de la société civile, des professionnels de santé et des citoyens en général. Malgré l'absence de consensus politique et scientifique sur ce que recouvrent les « violences obstétricales et gynécologiques », les membres du comité sénatorial sont parvenus à dresser un état des lieux du phénomène en Belgique ainsi que de ses causes. Sur cette base, ils se sont accordés sur les grandes lignes d'action à mettre en œuvre.

44 - Si le comité sénatorial n'a pas eu la prétention de trancher la question de la définition des violences obstétricales et gynécologiques, il a identifié une série de critères qui pourraient servir à cette fin. Plus fondamentalement, le rapport d'information contient un ensemble de constats qui, même si certains ne sont pas scientifiquement établis, montrent à la fois la gravité et l'ampleur de ces violences en Belgique – ce qui contribue à les placer en haut de l'agenda politique et institutionnel. Par ailleurs, le comité sénatorial les a résolument caractérisées comme étant à la fois des violences de genre et des violences institutionnelles. Il a également souligné leur caractère intersectionnel ainsi que leur grande variabilité d'un établissement de soins à l'autre – en se gardant bien d'affirmer que d'aucuns échapperaient à ce phénomène.

45 - Cette manière de construire la problématique des violences obstétricales et gynécologiques n'est pas sans incidence et, comme en témoignent ses quelque nonante-deux recommandations, le comité sénatorial en prend parfaitement la mesure. Le chantier proposé est d'une ampleur considérable et sa bonne réalisation requerra une profonde transformation de certains modes de penser et d'agir.

46 - La sensibilisation et l'éducation sont primordiales que ce soit du public ou des professionnels de la santé, en activité ou en formation. Parallèlement, la prise en charge des patientes connaîtra des évolutions profondes. Globale et pluridisciplinaire, elle est amenée à s'inscrire dans une approche plus individualisée et holistique, en y intégrant davantage les aspects non médicaux. L'établissement des « projets de naissance » s'inscrit dans cette dynamique, tout comme l'accompagnement de la patiente par un professionnel de santé de référence. Par ailleurs, tant la légalité que la légitimité des pratiques du secteur de l'obstétrique et de la gynécologie devront être questionnées, avec une réelle prise de distance par rapport aux cadres de pensée dominants. Cette démarche devrait prendre place dans la logique retenue par le comité sénatorial, qui est celle de la démedicalisation du parcours périnatal. Il s'agit notamment d'éviter toute intervention qui ne soit pas médicalement justifiée, mais aussi, plus fondamentalement, d'offrir des soins obstétricaux et gynécologiques hors de leur cadre de référence qu'est l'hôpital. Il s'agit également de transformer les relations entre les professionnels de la santé. Au-delà de la nécessité de déconstruire les rapports hiérarchiques susceptibles d'alimenter une « culture silence », c'est surtout le statut de la sage-femme qui est appelé à être repensé, à la fois pour valoriser leurs compétences et pour rendre leur place plus centrale dans le secteur de l'obstétrique et de la gynécologie.

47 - Au niveau des droits des patientes, les défis et les enjeux sont, selon le comité sénatorial, énormes. Il pointe surtout une connaissance insuffisante, notamment par une part non négligeable des professionnels de la santé, des principes et règles juridiques applicables. Ce constat vient se doubler du manque flagrant d'effectivité des procédures ouvertes aux victimes de violences obstétricales et gynécologiques. Une réflexion juridique qui inclut un questionnement sur l'efficacité des dispositifs normatifs sur le terrain est, à cet égard, indispensable.

48 - Répondre de manière satisfaisante à la problématique des violences obstétricales et gynécologiques exigera des moyens organisationnels et financiers importants, mais surtout une réelle volonté « politique » de tous les acteurs concernés. Celle-ci requerra, faut-il insister, que toutes les parties acceptent la réalité du phénomène et assument sans faux-fuyants leurs parts de responsabilité.

49 - Les enjeux sont peut-être encore plus grands qu'ils n'y paraissent. Au travers de la prise en charge obstétricale et gynécologique des femmes se joue, pour partie, l'évolution des soins de santé du patient ou, du moins, de certains de ses aspects : l'autodétermination du patient et le respect de ses droits, les soins de santé comme projet de vie de l'individu, l'effectivité des dispositifs juridiques et des procédures en cas de manquement, la prévention et la sensibilisation du public aux enjeux de santé, la redéfinition du rôle de l'hôpital dans le secteur des soins, etc.

Anne-Isabelle Thuysbaert & Jean-Marc Hausman

Addendum

Le rapport d'information n'a finalement pas été soumis au vote en assemblée plénière lors de la séance du Sénat du 23 juin 2023. Ce dernier a décidé de le renvoyer en commission, et ce, suite à des courriers adressés par les deux principales associations de gynécologues obstétriciens - l'une francophone, l'autre flamande.

Les violences obstétricales et gynécologiques : l'appréhension par le droit en France et à l'étranger

Panorama de la violence obstétricale en Chine : facteurs et solutions

Xin Chen

Docteur en Santé publique, Directeur adjoint de l'Institut de recherche en santé industrielle de l'Université Jiao tong de Shanghai, Vice-Doyen de Santé Publique de l'Université de médecine et des sciences de la santé de Shanghai

Résumé

En Chine, le concept de « violence obstétricale » a été introduit il y a longtemps, mais le développement de solutions reste lent. Aujourd'hui, la violence obstétricale est un problème grave dans différentes régions de la Chine. Cet article présente un panorama de la violence obstétricale avec les différents facteurs qui y contribuent. Il donne une vision globale dudit problème et se termine aussi par six propositions de solutions afin d'améliorer la situation en matière de violence obstétricale en Chine.

Mots Clés

Violence obstétricale, Chine, facteurs, solutions

Abstract

In China, the concept of « obstetric violence » was introduced a long time ago, but the development of solutions is slow. Today, obstetric violence is a serious problem in different regions of China. This article presents an overview of obstetric violence and the various factors that contribute to it. It gives an overview of the problem and concludes with six proposals for solutions to improve the obstetric violence situation in China.

A. Contexte

La violence obstétricale fait référence aux violations des droits, de la dignité et de la vie privée des femmes perpétrées par le personnel médical pendant les services obstétricaux. Il s'agit d'une forme grave de violence basée sur le genre.

Dans le monde, il existe différentes définitions et formes de violence obstétricale. L'Organisation mondiale de la santé estime que les mauvais traitements pendant l'accouchement n'ont pas encore été définis ou mesurés de manière scientifique. Cependant, ces mauvais traitements sont généralement définis comme la négligence, les abus physiques et/ou le manque de respect des professionnels de la santé envers les femmes pendant l'accouchement. Cette forme de maltraitance est considérée comme une violation des droits des femmes¹. Les références bibliographiques sur la violence obstétricale sont disponibles aussi dans la base de données de l'Alliance francophone pour un accouchement respecté (AFAR). L'article du *Ladies Home Journal*, un magazine grand public américain datant de 1958, est considéré comme la première dénonciation des violences obstétricales².

1 - https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_eng.pdf;jsessionid=9C83577F785088E5C62FA0E77F0F528B?sequence=1

2 - Sheila Stubbs, « Cruelty in Maternity Wards », *Ladies Home Journal*, 1958.

En Europe, Marie-Hélène Lahaye, juriste et spécialiste de la question, donne sa définition : « *tout comportement, acte, omission ou abstention commis par le personnel de santé, qui n'est pas justifié médicalement et/ou qui est effectué sans le consentement libre et éclairé de la femme enceinte ou de la parturiente* »³. Elle a également lancé un mouvement de libération de la parole des femmes en ouvrant son blog *Marie accouche là*, qui a rapidement suscité des réponses positives. Le Haut Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes de France reconnaît que : « *Les violences gynécologiques et obstétricales sont les actes sexistes les plus graves qui peuvent se produire dans le cadre du suivi gynécologique et obstétrical des femmes* »⁴.

En Chine, l'origine du concept de violence en obstétrique n'est pas très claire. Les chercheurs spécialisés analysent souvent le contenu et les comportements de la violence en obstétrique à partir d'une perspective plus large telle que la violence médicale, ou se concentrent sur des domaines spécifiques tels que la violence lors des examens prénataux. En Chine, la violence médicale fait référence aux comportements violents liés aux activités médicales et est également appelée violence entre médecins et patients ou violence hospitalière.

Au cours des dernières décennies, en Chine, les litiges médicaux se sont multipliés, la violence obstétricale a augmenté et la relation entre médecins et patients n'a cessé de se détériorer. Ces conflits complexes et intenses sont devenus une caractéristique marquante de la période de transformation du système de santé. Ils ont un impact sérieux sur la stabilité de l'ordre social et suscitent une attention généralisée. Les événements liés à la violence non seulement portent atteinte aux droits légitimes des femmes mais également nuisent à la réputation de professionnels de santé. Par conséquent, il est nécessaire de renforcer la supervision et l'application des lois du point de vue juridique et de la santé publique, d'améliorer la compétence professionnelle et l'éthique des professionnels de la santé, de renforcer l'éducation du public et de garantir la santé et les droits des femmes.

Cet article étudiera et présentera la situation actuelle, les causes et les mesures de lutte contre la violence obstétricale en Chine du point de vue de la santé publique et du droit de la santé, dans le but de fournir une base pour que les professionnels comprennent le développement de la violence obstétricale en Chine et proposent des solutions.

B. Situation actuelle des rapports sur la violence obstétricale en Chine

En Chine, la violence obstétricale n'est pas un concept nouveau. Bien que l'origine de l'utilisation de ce terme ne soit pas claire, dans les milieux sociaux et universitaires, dès 2010, des chercheurs chinois ont proposé des concepts connexes.

En Chine, la violence obstétricale est définie comme englobant, sans s'y limiter, les comportements suivants : l'humiliation, les menaces, les intimidations, les examens forcés, les interventions forcées, les opérations non consenties, perpétrés par des médecins ou des infirmières à l'égard des femmes avant, pendant ou après l'accouchement, tant sur le plan physique que psychologique.

Bien que le service de soins obstétricaux en Chine ait connu des améliorations significatives au cours des dernières décennies, certaines femmes continuent de subir différentes formes de violence et de manque de respect lorsqu'elles reçoivent des soins à l'hôpital. De plus, certains médecins et infirmières, confrontés à des cas complexes, peuvent adopter des approches inappropriées en raison d'un manque d'expérience ou de personnel insuffisant et ainsi recourir à des pratiques telles qu'une utilisation excessive d'instruments, des césariennes forcées, des sutures forcées, etc. Ces comportements peuvent non seulement causer des douleurs physiques et des dommages corporels aux femmes en couches, mais aussi avoir un impact sur leur santé mentale et psychologique, pouvant entraîner des traumatismes psychologiques et des troubles tels que la dépression postnatale.

Ces dernières années, en Chine, la violence obstétricale a suscité de plus en plus d'attention dans les milieux universitaires et dans la conscience publique, grâce à une attention continue portée par les ménages à la qualité des services médicaux, à une prise de conscience accrue des droits des citoyens, à l'amélioration des lois et réglementations, ainsi qu'à l'attention accordée par l'opinion publique.

3 - Lahaye MH. *Accouchement, les femmes méritent mieux*, Paris : Michalon ; 2018.

4 - HCE, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical*, 2018.

Dans le domaine universitaire, des professionnels ont commencé à entreprendre des recherches sur la violence obstétricale, afin d'en comprendre les causes et de proposer des solutions. Cependant, après avoir examiné l'ensemble de la littérature publiée en Chine, nous avons constaté qu'il existe encore un nombre limité d'études spécifiquement axées sur la violence envers les femmes enceintes.

Dans les médias publics, les rapports sociaux continuent principalement de se concentrer sur la relation entre les médecins et les patients, en présentant les professionnels de la santé comme des victimes de cette relation. À partir de 2021, on observe une augmentation des rapports sur la violence obstétricale envers les femmes, et les médias grand public en Chine ont couvert certains cas de violence obstétricale dans les grandes villes. Cependant, une étude basée sur le suivi des rapports médiatiques a révélé que le concept de violence obstétricale reste en dehors des reportages grand public, avec un nombre limité de reportages et une couverture peu régulière.

C. Les facteurs contribuant à la violence obstétricale en Chine.

a) Structure du système de santé

Le système de santé chinois est un système relativement complexe après 60 ans de construction. Du point de vue des facteurs qui composent l'ensemble du système de santé, il comprend des éléments tels que la structure du système, la couverture médicale, la formation des professionnels de la santé, le système de diagnostic et de traitement, les lois et réglementations en matière de santé, le réseau de soins médicaux à trois niveaux, le développement des technologies médicales avancées, etc. Cependant, ce système présente des lacunes liées à sa centralisation.

Contrairement aux pays développés, les dépenses courantes de santé en Chine ne représentent que 6,5 % du PIB, et les dépenses de santé par habitant s'élèvent à 700 euros, bien en dessous du niveau des pays occidentaux. De plus, 95 % des ressources médicales en Chine sont concentrées dans les hôpitaux publics. Le financement d'hôpital public dépend pour 10 % des subventions publiques du gouvernement, pour 50 % des paiements de l'assurance maladie et pour 40 % des revenus liés aux services et produits hospitaliers⁵. Ce mode de financement des hôpitaux limite leur caractère à but non lucratif. Bien que la Chine ait adopté le système de tarification groupée à l'activité (DRG) pour les hospitalisations dans les hôpitaux publics ces dernières années, les consultations ambulatoires et les examens de routine en obstétrique et gynécologie sont toujours rémunérés selon des tarifs de base de frais de services et de biens simples. La présence de frais élevés pour les services de consultations ambulatoires et les produits médicaux, qui contribuent de manière significative aux revenus hospitaliers, rend difficile une approche axée sur la qualité pure et l'intérêt du patient dans les soins médicaux. Un grand nombre de diagnostics non nécessaires et de produits médicaux coûteux entraînent un sentiment de méfiance et de conflit entre les professionnels de santé et les femmes enceintes, contribuant ainsi à la formation de la violence obstétricale.

b) Service de soins

En Chine, la gestion de la qualité et de la sécurité des soins dans le domaine médical n'est ni systématique ni universelle. Les services de soins ne sont pas soumis à des normes strictes. Du point de vue des politiques de santé, cette lacune dans un domaine aussi important entraîne une qualité non standardisée des services médicaux. En matière de soins obstétricaux et gynécologiques, l'absence de normes de qualité entraîne indirectement une baisse de la qualité des services de soins, augmentant la probabilité de violence obstétricale.

Le gouvernement chinois a en réalité promulgué des documents assez clairs concernant le service et la qualité des soins de santé. Dans le domaine de l'obstétrique, la Commission nationale de la santé a défini de manière macroscopique la gestion de la qualité et de la sécurité des soins obstétricaux dans les grands établissements de santé en publiant des documents normatifs tels que la « Notification pour renforcer davantage la gestion de la qualité des soins obstétricaux ». Cependant, comme la Chine est un pays vaste avec des disparités importantes en matière de ressources de santé entre les différentes régions, il existe des écarts notables entre chaque ville

5 - http://qks.hbue.edu.cn/_upload/article/files/08/d3/7507724940bf95c8c48a7be750ce/e9967f18-99e8-47cc-9fc7-8e9dbce8f310.pdf

dans la mise en œuvre et l'efficacité des politiques de santé. Certaines régions interprètent et appliquent de manière stricte les politiques nationales de santé, tandis que d'autres régions publient des documents normatifs locaux pour mettre en œuvre les politiques nationales de santé en tenant compte des conditions de santé locales et des caractéristiques de leurs ressources de santé. Cependant, très peu de départements de santé locaux en Chine parviennent à établir des normes en obstétrique et des indicateurs d'évaluation de qualité, ce qui accroît la probabilité de violence obstétricale.

Cependant, nous devons reconnaître que dans les villes et régions plus développées de Chine, la promulgation et la mise en œuvre des politiques pertinentes sont très professionnelles et représentatives. Prenons l'exemple de Shanghai, où les autorités gouvernementales, d'une part, interprètent et mettent en pratique les politiques de santé nationales et, d'autre part, établissent des organismes spécialisés tels que le « Centre de contrôle de la qualité clinique en obstétrique de la ville de Shanghai » pour mettre concrètement en œuvre les politiques connexes. De plus, en utilisant des normes très professionnelles telles que le guide de vérification de la sécurité des accouchements de l'OMS et les indicateurs de contrôle de la qualité des soins obstétricaux en Chine, une référence clinique stricte est établie, ce qui permet d'améliorer globalement la qualité des services obstétricaux selon une approche « macro-méso-micro », réduisant ainsi la probabilité de violence obstétricale causée par les services de soins.

En Chine, les relations entre médecins et patients ont longtemps été tendues. Les patients se sentent souvent victimes d'un système médical injuste et insatisfaisant, tandis que les médecins font face à une énorme pression professionnelle et à des risques importants. Cette tension dans la relation médecin-patient entraîne un manque de confiance mutuelle et une communication insuffisante, ce qui peut donner lieu à des cas de violence obstétricale et de violence à l'encontre des femmes enceintes.

c) Violence obstétricale et santé publique

D'un point de vue de la recherche en santé publique, il existe actuellement peu d'études sur la violence obstétricale, tant de la part des organismes gouvernementaux de santé que des professionnels de la santé. En ce qui concerne les rapports de santé publique du gouvernement, la Commission nationale de la santé de Chine a publié en 2014 un rapport de mise en œuvre sur « L'Ébauche pour le Développement des Femmes Chinoises (2011-2020) », qui abordait les problèmes liés à la violation des droits à la santé des femmes.

Le rapport mentionnait que selon les données de l'Enquête nationale de 2010 sur la violence domestique, 70,6 % des femmes avaient été victimes de violence pendant la grossesse ou la période post-partum, les établissements médicaux étant l'un des principaux lieux où les femmes subissaient des violences. De plus, la Commission nationale de la santé a également mentionné dans son « Rapport sur le développement de la santé des femmes en Chine » publié en 2019, la question des femmes subissant des violences lors du processus d'accouchement mais n'a pas fourni de données spécifiques à ce sujet.

Selon un rapport de recherche académique, basé sur l'Enquête conjointement publiée en 2012 par la Fondation pour l'égalité des sexes et le développement des femmes en Chine et l'Association chinoise pour la planification familiale, 50 % des femmes ayant accouché ont déclaré avoir été victimes de violences de la part du personnel médical. Dans les études sur le contenu et les facteurs de risque de violence obstétricale, il a été constaté que la violence médicale et la violence verbale étaient très répandues et qu'il existait une corrélation significative entre un faible revenu, un faible niveau d'éducation et le risque de violence obstétricale⁶. Par ailleurs, des études sur les séquelles post-accouchement ont montré que la violence obstétricale envers les femmes est l'un des facteurs de risque importants de la dépression postnatale en Chine⁷.

Au cours du premier semestre de 2023, une équipe de Shanghai a mené une enquête dans la région de l'est de la Chine, auprès d'un consortium de 12 hôpitaux, à l'aide de questionnaires distribués à plus de 2 000 patientes en période périnatale, portant sur des aspects de santé publique. Les résultats ont montré que plus de 90,2 % des

6 - Wang, Y., Zhao, S., Zhu, X., Luo, H., & Guo, P., « Prevalence of obstetric violence in China: a systematic review and meta-analysis », *BMC pregnancy and childbirth*, 2021 21(1), 1-12.

7 - Dai, Y., Zhang, Y., Zhang, R., & Shen, X., « The prevalence of and risk factors for postpartum depression in China: a systematic review and meta-analysis », 2021, *Journal of affective disorders*, 281, 554-560.

patientes n'avaient jamais entendu parler ou ne comprenaient pas la notion de violence obstétricale envers les femmes (IC à 95 % : 84,7 % - 94,8 %). Cependant, au moins 71,8 % des patientes estimaient avoir eu une expérience médiocre lors de leur période périnatale (IC à 95 % : 67,5 % - 75,4 %). Les principales raisons de cette perception étaient le mauvais comportement du personnel médical (80,2 %), les temps de consultation trop courts (92,6 %), les examens médicaux non nécessaires (68,2 %) et les soins manquant de confidentialité (32,8 %), entre autres.

En Chine, en tant que principaux fournisseurs de services de santé publique, les centres régionaux de prévention et de contrôle des maladies en Chine ne fournissent pas de services professionnels et de gestion efficaces dans ce processus. Ces organismes de santé publique, chargés de la gestion en matière de prévention des maladies et de promotion de la santé, ne sont pas en mesure de coordonner efficacement les pratiques cliniques des hôpitaux, ce qui fait que les établissements de soins périnataux sont complètement centrés sur les hôpitaux. Les besoins importants en matière de soins périnataux au sein des hôpitaux entraînent une diminution de la qualité des services et une baisse de l'efficacité des traitements, ce qui favorise l'apparition de cas de violence obstétricale.

d) Protection sociale et ressources humaines

Le développement du système de protection sociale en Chine a été progressif, avec plusieurs réformes majeures sur une période de près de trente ans, ce qui a finalement abouti à la mise en place d'un système relativement complet. Néanmoins, l'assurance maladie en particulier est complexe, s'inspirant du modèle mixte de Singapour et de la Chine continentale qui intègre les approches de Bismarck et Beveridge. Ce système couvre 96,6 % de la population chinoise (régime de salarié et agricole). Cependant, les cotisations personnelles pour l'assurance maladie de base en Chine sont élevées. Pour les salariés, le taux de cotisation est généralement de 2 %, et le niveau de protection est relativement faible, ce qui entraîne des frais médicaux très élevés pour les ménages⁸. Prenons l'exemple du service d'obstétrique et de gynécologie dans la région de Shanghai : de nombreux services médicaux, dispositifs médicaux, médicaments et procédures médicales ne sont pas remboursés par l'assurance maladie, où le taux de dépenses pour les frais médicaux des patients hospitalisés pendant la période périnatale dépasse 25,69 %⁹. En effet, en Chine, la prise en charge par l'assurance maladie représente 41,9 % des dépenses courantes de santé, et celle des ménages atteint au moins de 27,8 %¹⁰. Les cotisations d'assurance maladie obligatoire ne garantissent pas suffisamment la couverture pour les soins de biens et services médicaux des résidents, d'autant plus que les systèmes d'assurance maladie complémentaire ne sont pas encore bien développés en Chine. Dans un contexte où les attentes des patients en matière de services médicaux sont élevées, la présence de nombreux soins obstétricaux non remboursés par l'assurance maladie augmente les coûts, réduit la satisfaction des patients, et nuit à la confiance entre les patients et les professionnels de santé, ce qui contribue à la violence obstétricale.

En Chine, les ressources humaines de santé sont insuffisantes dans les établissements, et il y a une pénurie de divers professionnels de santé face à une augmentation du nombre de patients et de la demande. Le nombre de médecins (y compris les médecins assistants) en Chine pour 100 000 habitants est de 290, le nombre d'infirmières autorisées pour 100 000 habitants est de 356, le nombre d'obstétriciens et de gynécologues pour 100 000 habitants est de 26,4 et le nombre d'anesthésistes pour 100 000 habitants est de 6,4 %. Le nombre annuel de naissances par obstétricien est élevé et la charge de travail a entraîné une pression au travail généralisée pour les obstétriciens, ce qui cause des erreurs de travail de professionnels de santé et contribue à la violence obstétricale.

En Chine, l'analgésie péridurale n'est pas une pratique courante lors de l'accouchement : le taux d'analgésie péridurale pendant le processus de travail ne dépassant pas 30 %. Cette pratique n'est en effet pas incluse dans la liste des services médicaux remboursables par l'assurance maladie obligatoire en Chine et les frais pour ce service sont généralement autour de 300 euros, représentant de 8 % du coût total de l'accouchement. Il existe une pénurie importante de médecins anesthésistes en Chine, et ceux compétents pour pratiquer l'analgésie péridurale sont de moins en moins disponibles dans les hôpitaux. Même lorsque les patients en font une demande pressante, il est

8 - LI Zhen, ZHANG Chu, « Reform of individual financing mechanism of residents' medical insurance from quota system to fixed ratio system », Chinese Journal of Health Policy, 2021, 14(7): 1-10.

9 - <https://www.zgyjbx.com/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=117&id=31>

10 - JIN Chun-lin, LI Fen, WANG Li-nan, et al., « Study of residents' health financing and medical expenses in Shanghai », Chinese Journal of Health Policy, 2013, 6(5): 32-36.

possible que ces ressources médicales rares ne soient pas disponibles en temps opportun. La présence généralisée de ces lacunes dans les ressources humaines de santé augmente considérablement la probabilité de violences obstétricales.

e) Lois, règlements et politiques

La réglementation concernant la violence obstétricale en Chine est une question complexe. Les discussions portent souvent sur la question de savoir si le système juridique chinois est adéquat et si les patients bénéficient d'une protection juridique appropriée dans le processus médical. En réalité, bien que le concept de violence obstétricale soit relativement récent en Chine, le pays dispose depuis longtemps de lois et de réglementations visant à protéger les droits des femmes, et ces lois sont constamment améliorées. Des lois et des documents normatifs pertinents sont disponibles tant au niveau national qu'au niveau local depuis longtemps. Cependant, il est certain qu'à l'heure actuelle, la Chine ne dispose pas de lois et de règlements spécifiques sur la violence obstétricale.

Au niveau national, les lois et réglementations pertinentes en Chine concernant la violence obstétricale sont principalement définies dans des chapitres spécifiques de la « Loi pénale », de la « Loi sur la planification familiale de la République populaire de Chine » et de la « Loi sur la protection des droits et intérêts des femmes ». Des documents normatifs, tels que les « Opinions sur le renforcement de la gestion de la qualité et de la sécurité des services de santé en obstétrique et gynécologie » et les « Directives de mise en œuvre pour renforcer la gestion des services d'examen prénatal », fournissent également des orientations.

Dans la « Loi pénale », certains crimes et sanctions liés à la protection des droits des femmes sont définis. Elle stipule que ceux qui utilisent leur position pour pratiquer illégalement une césarienne sur une femme enceinte, entraînant sa mort, des blessures graves ou d'autres conséquences graves, seront condamnés pour exercice illégal de la médecine (Article 123) et interdit les actes criminels tels que l'attentat à la pudeur et le viol (Article 237).

La « Loi sur la protection des droits et intérêts des femmes » stipule que les établissements médicaux et les professionnels de la santé ne doivent pas effectuer d'exams, de chirurgies et de traitements inappropriés liés à la santé des femmes. Ils ne doivent pas priver ou restreindre la liberté personnelle et la dignité des femmes, ni recourir à la violence, aux menaces, aux insultes, à la séduction, lors de l'examen et du traitement des femmes (Article 11 du chapitre 3).

La « Loi sur la planification familiale de la République populaire de Chine » stipule que pendant l'accouchement et la période postnatale, les femmes enceintes doivent bénéficier d'une protection et de soins nécessaires, et qu'il est interdit de procéder à des exams, à une contraception forcée et à des avortements forcés (Article 10).

De plus, la « Loi sur la médecine traditionnelle chinoise dans le secteur de la santé et de la planification familiale de la République populaire de Chine » stipule que les établissements de santé et les professionnels de la santé doivent respecter les droits personnels des femmes, protéger leur droit à la vie privée et à la dignité, et interdire les exams et les interventions forcés (Article 32).

La « Réglementation sur le traitement des accidents médicaux de la République populaire de Chine » stipule que les professionnels de la santé doivent respecter les droits personnels et la dignité des patients, ne pas effectuer d'exams, de traitements et de chirurgies inutiles, et ne pas intervenir de manière inappropriée ou coercitive (Article 6).

Ces lois et réglementations visent à protéger les droits et la dignité des femmes dans le domaine de la santé en général, mais il n'existe pas encore de lois spécifiques sur la violence obstétricale en Chine.

Au niveau national, le gouvernement chinois a publié aussi des documents normatifs comme l' « Avis sur le renforcement de la protection des droits des femmes » (Document n° 24, 2013), qui interdit et réprime les actes de violence à l'encontre des femmes enceintes, dont les mesures spécifiques comprennent : « éliminer la discrimination à l'égard des femmes et les tendances à la violence dans la culture et les croyances traditionnelles, renforcer la conscience du public en matière de protection des droits des femmes, améliorer le système juridique de protection des droits des femmes, établir un mécanisme de travail pour la protection des droits des femmes, renforcer la supervision et l'évaluation de la protection des droits des femmes, renforcer la sensibilisation à la protection des droits des femmes par le biais de la communication et de l'éducation, encourager tous les secteurs de la société à accorder une attention aux droits des

femmes, promouvoir une atmosphère sociale juste, égalitaire, civilisée et harmonieuse ».

Ces mesures visent à renforcer la protection des droits des femmes en général, y compris dans le domaine de la violence obstétricale.

Dans le cadre des réglementations locales, chaque province et ville en Chine a également promulgué des lois et des documents locaux pour garantir les droits des femmes et des femmes enceintes. L' « Avis de mise en œuvre sur le renforcement de la gestion des services de dépistage prénatal » de Beijing, l' « Avis de mise en œuvre sur le renforcement de la gestion des services de santé maternelle et infantile pour les femmes et les enfants » de Jiangsu (Article 24, n° 4 de l'Avis 2014), l' « Avis de contrôle de la qualité médicale en obstétrique » de Sichuan (Chapitre 5, n° 4 de l'Avis 2013) et le « Règlement sur le renforcement de la gestion des services de santé maternelle et infantile » de Shanghai (Article 11, n° 10 de Règlement 2013) stipulent que les établissements de santé doivent respecter les droits et la dignité des femmes enceintes, protéger leur vie privée et ne pas effectuer de dépistages et d'interventions non nécessaires. Ces mesures visent à renforcer la gestion des services de santé maternelle et infantile, en veillant à ce que les femmes bénéficient de soins respectueux de leurs droits et de leur dignité, et en empêchant les pratiques médicales inutiles ou intrusives.

Dans la province du Guangdong, en Chine, l' « Avis de mise en œuvre sur le renforcement de la gestion des services de santé maternelle et infantile » stipule que le département de la santé et de la planification familiale doit réglementer les pratiques médicales et la gestion de la sécurité lors des examens prénataux et des accouchements, conformément aux lois, règlements et directives pertinents, et renforcer la supervision et les inspections de ces pratiques et de cette gestion de la sécurité (Article 14, n° 3 de l'Avis 2013). Ces mesures visent à améliorer la qualité des services de santé maternelle et infantile, en garantissant des soins médicaux appropriés et une gestion sécurisée tout au long de la grossesse et de l'accouchement, dans le but de protéger la santé et les droits des femmes et des nouveau-nés.

Si l'on examine la protection et les limitations de la violence obstétricale uniquement du point de vue des lois et règlements ou des documents normatifs, la Chine a en réalité accumulé un certain nombre de textes, qui, bien que loin d'être parfaits, ont été élaborés tant au niveau national que local. Cependant, la mise en œuvre de ces mesures ne correspond pas toujours à la réalité. Les processus judiciaires en Chine sont soumis à de nombreuses contraintes, et le processus d'application et de gestion est très complexe, ce qui limite considérablement l'efficacité de la législation. Du point de vue de la violence obstétricale, il est très difficile de mettre en pratique les lois, règlements et documents normatifs déjà peu nombreux.

D. Les propositions de solutions à la violence obstétricale en Chine

De nos jours, avec la formation du concept de violence obstétricale en Chine, les problèmes qui y sont liés se manifestent progressivement. La violence obstétricale en Chine englobe de nombreux aspects, y compris la santé publique et le droit de la santé. Du système de santé aux ressources humaines, de la protection sociale aux services de soins, tous ces éléments sont étroitement liés à l'état actuel de la violence en Chine et aux problèmes qui en découlent. Par conséquent, à travers nos recherches, nous pensons qu'à l'heure actuelle, il est nécessaire d'améliorer les six aspects suivants, afin de prévenir et de résoudre le problème de la violence obstétricale en Chine.

a) Système de santé

Bien que le système de santé chinois soit l'un des plus distinctifs au monde, il ne peut être considéré comme un système de santé doté d'une structure complète, d'une capacité de protection, d'une qualité d'accès et d'offre de soins et d'une égalité de droits.

La prise en charge des frais élevés des ménages pour des biens et services médicaux ne correspondent pas nécessairement à la qualité des soins qui en découle, que ce soit pour les soins ambulatoires ou pour les hospitalisations qui aggravent la charge financière des ménages.

En Chine, bien que la violence obstétricale ne concerne que les disciplines médicales cliniques liées à l'obstétrique et à la gynécologie, elle englobe un large éventail de problèmes. Les services et qualité des soins, la protection

sociale, les réglementations ainsi que des ressources médicales aux compétences de professionnels de santé, sont précisément des aspects que le système de santé chinois actuel doit améliorer pour résoudre le problème de la violence obstétricale.

En réalité, ces problèmes d'envergure dans le système de santé ne peuvent pas être résolus intégralement à court terme. Cependant, la Chine a toujours besoin d'une planification en matière de politique de santé globale, en prenant des décisions éclairées par le biais d'analyses scientifiques approfondies et de recherches rigoureuses. Cela nécessite la contribution de l'ensemble du domaine de la santé en Chine.

b) Protection sociale

Le système de protection sociale chinois n'est pas parfait et le taux de dépense des patients pendant la période périnatale est élevé.

La Chine devrait accélérer la réforme du système d'assurance médicale obligatoire, afin de mieux répondre aux besoins de couverture médicale des femmes enceintes et de réduire la charge médicale des ménages pendant la période périnatale en augmentant le taux de remboursement, ce qui contribuerait effectivement à prévenir les conflits médicaux et la violence obstétricale.

De plus, étant donné le processus et la difficulté de la réforme du système d'assurance médicale obligatoire au niveau national, la Chine peut mettre en place des politiques d'assurance maladie différentes dans chaque province pour la prise en charge de dépenses médicale obstétrique en combinant l'assurance maladie et l'assurance maternité, avec l'objectif de réduire le fardeau financier des ménages pendant la période périnatale.

Enfin, il convient d'accroître l'introduction de l'assurance médicale privées pour les familles résidentes, afin d'améliorer la couverture de l'assurance médicale pendant la période périnatale grâce aux mécanismes flexibles de l'assurance commerciale, de compléter efficacement le système d'assurance médicale obligatoire et de réduire la pression sur les dépenses de la sécurité sociale.

c) Services et qualité de soins

Les services de santé en Chine ne disposent pas d'un système complet de normes, et l'efficacité de mise en œuvre des normes existantes est également faible. La Chine devrait améliorer la qualité des services médicaux et la satisfaction des patients à l'égard des services de soins.

La Chine devrait aussi prêter attention au fait que les normes ne sont pas assez appliquées, et que les inspections de contrôle de la qualité des services de soins ainsi que les sanctions pour les violations sont souvent formelles, ce qui conduit directement à l'ineffectivité des normes.

De plus, pour les hôpitaux qui concentrent la plupart des ressources médicales en Chine, il n'existe pas de système de certification hospitalière au niveau national ou local, similaire à celui de la France. Cette absence empêche une évaluation complète de l'efficacité de la qualité de soins délivrée par les hôpitaux. Par conséquent, il est crucial de renforcer la mise en œuvre des normes de service de soins clinique en obstétrique et gynécologie dans différentes régions de la Chine ainsi que d'établir un système de certification national ou local pour les établissements de la santé afin d'améliorer la qualité des soins. Cela revêt une importance capitale pour prévenir la violence obstétricale.

d) Ressources humaines en santé

Les ressources humaines en santé maternelle et obstétricale en Chine sont très limitées. Le nombre de professionnels spécialisés tels que les obstétriciens, les anesthésistes et les infirmières dans le domaine de l'obstétrique est très restreint à l'échelle nationale, et la part des dépenses nationales d'éducation consacrée aux talents en santé reste encore faible. Parallèlement, les mécanismes de formation des médecins, des infirmières et autres professionnels spécialisés ne sont pas uniformisés dans tout le pays, avec des différences importantes en termes de durée de formation et de normes de formation, entraînant des écarts considérables en matière de qualité de formation. Ces facteurs limitent les ressources humaines disponibles et entraînent des inégalités de compétences parmi les professionnels de santé directement en contact avec les femmes enceintes.

Par conséquent, il est essentiel que la Chine investisse davantage dans la formation de talents médicaux et de santé. Il est nécessaire d'accroître les investissements dans la formation d'obstétriciens, d'anesthésistes obstétricaux, d'infirmières en obstétrique, voire de professionnels de la santé publique. De plus, il convient d'uniformiser la durée de formation des professionnels de la santé et d'établir des normes de formation unifiées afin de réglementer la formation des talents médicaux et de santé à l'échelle nationale. Cela permettra d'accroître la quantité et la qualité des ressources humaines en santé maternelle et obstétricale, d'éliminer les inégalités régionales en matière de ressources humaines en santé maternelle et obstétricale, et de réduire la possibilité de violence obstétricale liée aux ressources humaines.

e) Législation et réglementation

Bien que la Chine dispose déjà d'une législation et de réglementations directement ou indirectement liées à la violence obstétricale, il reste encore des améliorations à apporter au système juridique. La Chine est confrontée à de graves litiges médicaux, et les problèmes juridiques découlant de ces litiges sont difficiles à résoudre dans les différentes régions, villes et institutions médicales du pays. Cela constitue un facteur défavorable pour les établissements de santé, les professionnels de santé, les patients et leurs familles. Il est nécessaire d'améliorer la législation relative à la violence obstétricale à tous les niveaux, du niveau national au niveau local, afin de protéger les intérêts des patientes en période périnatale et de leurs familles.

Il convient de mettre l'accent sur les travaux concernant l'application des réglementations existantes. En Chine, les réglementations sont souvent restreintes à leur aspect formel et rencontrent des difficultés d'application dans la pratique. Par conséquent, il est également important de mener des études sur l'exécution et l'efficacité des lois, des réglementations et des documents normatifs déjà promulgués concernant la violence obstétricale. Cela contribuera à améliorer la perfection du système juridique relatif à la violence obstétricale.

f) Dimension sociale culturelle et pouvoir des organismes

Le statut défavorisé des femmes dans la société est l'une des raisons qui contribuent à la violence obstétricale et à la violence envers les femmes en période périnatale. Il est essentiel que la Chine accorde une attention particulière à la position et aux droits des femmes dans la société, afin de prévenir efficacement et de réduire l'incidence de la violence obstétricale et de la violence envers les femmes en période périnatale.

En Chine, en raison des influences des concepts traditionnels et du contexte culturel, les femmes se trouvent souvent dans une position de vulnérabilité pendant les services de soins, ne recevant pas l'attention et les soins appropriés, ce qui entraîne des traitements injustes et des préjudices pour certaines femmes. Cette inégalité dans les services contribue souvent à l'émergence de problèmes tels que la violence obstétricale et la violence envers les femmes en période périnatale. De plus, en raison de la culture traditionnelle qui valorise la préservation de l'honneur familial, de nombreuses victimes peuvent hésiter à révéler publiquement leur expérience de violence obstétricale. La violence obstétricale peut aussi impliquer des relations de pouvoir, des contextes culturels et des traditions sociales, qui limitent la capacité des femmes victimes de violence obstétricale à s'exprimer. Dans certaines régions, des conceptions traditionnelles et des préjugés persistants existent toujours concernant le corps des femmes enceintes et leur capacité de procréation. Par exemple, certaines régions ont une mentalité de « priorité à l'accouchement vaginal », et certains professionnels de santé peuvent recourir à des moyens violents pour favoriser ou forcer un accouchement vaginal, ce qui peut entraîner des préjudices pour les femmes enceintes.

Avec le développement de la société et les progrès de la technologie, de plus en plus de femmes enceintes en Chine commencent à prendre conscience des droits des femmes en matière de maternité et de la violence obstétricale. Certaines femmes qui ont subi des violences obstétricales cherchent activement de l'aide, encouragées par les membres de leur famille. Parallèlement, ces dernières années, des associations et des groupes de femmes auto-organisés ont émergé dans les régions développées et les grandes villes de Chine. Ils s'engagent activement à « protéger les droits des femmes » et à faire entendre la voix des femmes victimes de violence obstétricale. Ils utilisent les canaux médiatiques pour obtenir le soutien social et la justice pour ces femmes. En 2010, la Fondation pour le développement des femmes en Chine et le Fonds des Nations Unies pour la population ont lancé l'initiative « Promouvoir la santé maternelle, refuser la violence obstétricale ». L'émergence de ces organisations et groupes

sociaux constitue une force sociale pour lutter contre la violence obstétricale, défendre les droits des femmes en période périnatale et promouvoir l'attention et la résolution des problèmes de violence obstétricale.

E. Conclusion

En Chine, le concept de « violence obstétricale » a été introduit il y a longtemps, mais son développement a été lent. Le gouvernement et les organismes de santé manquent de ressources et de volonté pour investir dans la recherche sur la violence obstétricale et la nature complexe de ce domaine d'étude, qui implique plusieurs disciplines, limite la participation des chercheurs spécialisés. Cependant, la réalité est que la violence obstétricale est un problème grave dans différentes régions de la Chine, mais qu'en raison de l'exactitude limitée des informations sur les cas et du manque de compréhension du concept par les femmes enceintes, cette question n'a pas reçu l'attention nécessaire des autorités gouvernementales, du milieu universitaire et de la société.

Les causes de la violence obstétricale sont multiples et complexes en Chine. Les principaux facteurs liés directement aux soins de santé comprennent l'insuffisance du système de santé, l'inefficacité des services de soins, l'absence de normes uniformes, un faible taux de remboursement de l'assurance maladie et une pénurie de ressources humaines en santé. Du point de vue juridique, l'absence d'un cadre complet concernant la violence obstétricale et la protection des droits des femmes, ainsi que les difficultés rencontrées dans l'application des lois et réglementations existantes, sont également les principales raisons de la persistance de la violence obstétricale et de l'insuffisance de la réglementation. La Chine, en raison de son vaste territoire, est également influencée par divers facteurs socioculturels et coutumes locales, ce qui constitue un autre facteur indirect de violence obstétricale.

Cependant, malgré la complexité de ces multiples facteurs, la protection des droits des femmes et la lutte contre la violence obstétricale sont de plus en plus reconnues en Chine, en parallèle avec le développement du système de santé du pays. Le gouvernement, le milieu universitaire et les acteurs de la société civile continuent de fournir une aide et des conseils pour prévenir la violence obstétricale et garantir la protection des patients. En santé publique, la Chine devrait renforcer la protection des femmes enceintes en rectifiant son système de santé, en réformant l'assurance maladie, en améliorant la qualité des services de santé et en augmentant ses ressources humaines en santé. Une amélioration de la construction juridique et une augmentation de l'efficacité de l'application des lois sont également des moyens efficaces de prévenir la violence obstétricale. Enfin, l'émergence continue d'organisations sociales et de forces de la société civile soutient également la protection des droits des femmes en Chine.

Xin Chen

Personnes et santé

Les 3 articles qui vont suivre font suite au colloque sur le thème de « l'accès à la santé en prison » organisé le 30 mars 2023 par la Master 2 « Activités de santé et responsabilités » de la Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion de l'Université Paris Cité et l'Institut Droit et Santé (IDS)

Soigner en prison

Car les personnes détenues ont aussi besoin de soins !

Valérie Kanoui

Vice-présidente de l'APSEP, cheffe de l'UCSA de la Maison d'Arrêt de Fleury-Mérogis

Association des Professionnels de Santé Exerçant en Prison (APSEP)

C'est une association loi 1901 née en 1997 au décours de la loi du 18 janvier 1994 ayant créée les Unités de Consultations et de Soins Ambulatoires. Elle est ouverte à tout professionnel de santé exerçant en prison. Ses missions sont d'assurer et de promouvoir, auprès des professionnels de santé exerçant en milieu pénitentiaire l'échange d'informations, les réflexions sur les problématiques de leur exercice ainsi que leur formation. Elle est aujourd'hui reconnue par les institutions comme un interlocuteur incontournable et concoure à l'égalité des soins dedans-dehors.

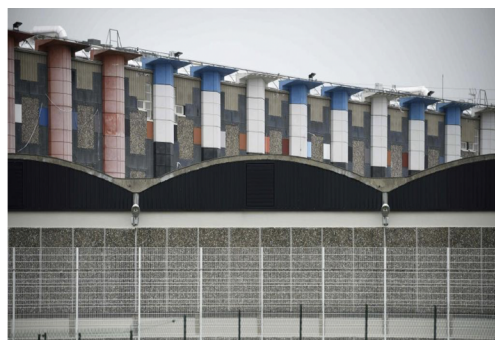
Qu'est-ce que la prison en France ?

Les établissements pénitentiaires sont les lieux d'exécution des peines privatives de liberté.

- 186 établissements pénitentiaires très hétérogènes (locaux, capacité d'accueil, surpopulation, profil pénal...)
- 73699 personnes incarcérées au 30 juin 2023 (66571 en 2017) dont 3,6 % de femmes et 0,8 % de mineurs
- durée moyenne d'incarcération en augmentation autour de 11 mois.

Les maisons d'arrêt

Seul type d'établissement à accueillir toutes les catégories de personnes détenues et donc à pouvoir être en surpopulation. On peut y trouver des prévenus et des détenus condamnés à de plus ou moins longues peines.



Les établissements pour peine

Centre de détention

Personnes condamnées

(Reliquat de moins de 10 ans lors du transfert)

Régime de détention orienté vers la réinsertion des détenus (formation et travail)



Maisons centrales

Personnes condamnées longues peines

(Reliquat de plus de 10 ans lors du transfert)

Sécurité renforcée



Les Etablissements pour mineurs (EPM)

Établissements réservés aux mineurs âgés de 13 à 18 ans. Leur vocation est de continuer à éduquer les jeunes alors qu'ils sont enfermés. À l'intérieur de ces établissements, on trouve des pôles d'enseignement général et technique, socioculturel, sportif et de santé.



Zoom sur Fleury-Mérogis

C'est une prison gigantesque née en 1968, la plus grande d'Europe érigée sur un domaine de 160 hectares.

Elle accueille près de 4000 personnes détenues dont 3800 hommes et 200 femmes, issus de tous les départements de la région parisienne du fait de sa vocation régionale.

6000 à 8000 personnes y sont incarcérées chaque année, soit environ 600 entrants et 600 sortants par mois.

Son taux de surpopulation était de 130 % début 2023.

Un quartier pour mineurs de 13 à 18 ans compte actuellement 70 garçons, tandis que 12 filles sont incarcérées à la maison d'arrêt des femmes.

Enfin, 30 cellules pour Personnes à Mobilité Réduite (PMR) y sont disponibles.

Avec l'ouverture à l'automne 2023 d'un centre de détention de 407 places, cet établissement change de nom et devient un centre pénitentiaire.

Les soins en milieu pénitentiaire

Loi du 18 janvier 1994 : l'hôpital entre en prison avec l'obligation légale d'une équivalence de traitement dedans-dehors

Des conventions lient chaque établissement pénitentiaire à un établissement hospitalier public qui devient alors responsable de la prise en charge sanitaire des détenus. Toutes les personnes incarcérées bénéficient d'une couverture sociale durant leur détention.

La création des UCSA puis des 8 UHSI dont l'EPSNF va permettre d'assurer la prise en charge somatique.

La prise en charge psychiatrique est effectuée par les 26 Services Médicaux Psychologiques Régionaux (SMPR) depuis 1977 puis Secteurs de Psychiatrie en Milieu Pénitentiaire (SPMP) à partir de 1986 avant la création des Unité Hospitalières Spécialement Aménagées en 2002.

Enfin, l'entrée dans les prisons des Centres de Soins, d'Accompagnement et de Prévention en Addictologie (CSAPA) vient compléter l'organisation des soins en détention avec la prise en charge des conduites addictives.

Peut-on soigner en prison ?

NON

La prison n'est pas un hôpital, ce n'est pas un lieu de soins mais un lieu où l'on soigne !

Et le temps de l'incarcération est heureusement le plus souvent limité.

En cas de pathologie grave ou d'handicap sévère le médecin doit saisir les autorités judiciaires compétentes dans le strict respect du secret médical pour qu'une expertise soit ordonnée : « *J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité* ».

La Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 permet aux magistrats de suspendre l'incarcération

« *quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, hors les cas d'hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux...* ».

ET OUI : Certains sont mieux soignés en prison que dehors car

- La vie carcérale, plus régulière et structurante, aide à une certaine « observance ».
- Certains détenus « profitent » de l'incarcération, pour prendre soin de leur corps et de leur esprit, d'autres se reposent, dorment et mangent sans avoir besoin de se cacher ou d'errer partout pour chercher un abri, de l'argent, la came...
- La plupart retrouve un état dentaire « supportable » faute d'être parfait, parce que les soins dentaires sont trop chers dehors.
- Accès aux soins facilité, gratuité

Le parcours d'une personne détenue de l'entrée à la sortie vu par les soignants

A l'arrivée : la consultation d'accueil comporte :

- des dépistages :
 - * de la tuberculose,
 - * d'éventuelles pathologies virales chroniques,
 - * d'un choc à l'incarcération
- L'évaluation de l'état clinique pour organiser la continuité des soins
- Le dépistage et la prise en charge des addictions

Pendant la détention

L'UCSA, le SMPR et le CSAPA prennent en charge les principales pathologies rencontrées en détention

- **Somatiques** : Addictions, maladies virales, cutanées (eczéma, gale, éruption), dentaires, petite traumatologie
- **Psychiques** : Anxiété, dépression, troubles du comportement, GDF, automutilations, tentative de suicide

Avant la sortie

L'UCSA, le SMPR et le CSAPA, à condition d'en être avertis, organisent la continuité des soins après la détention :

- des ordonnances
- des prises de rendez-vous à l'extérieur
- la mise en relation avec un réseau de soins (Parcours VHC)
- la recherche d'hébergement (service social)

Relations des soignants avec les familles et les différents partenaires**Avec les familles**

COMMENT ?

- Beaucoup moins présentes qu'à l'hôpital
- Directement à condition d'y être autorisées par le magistrat ou via le SPIP pour les personnes majeures - Via la PJJ pour les personnes mineures (obligatoire pour consentement)

QUAND ?

- À l'entrée pour obtenir les informations sanitaires (traitements, pathologies, comptes-rendus).
- En cas d'hospitalisation pour prévenir avant le parloir ; pas toujours possible mais on essaie via CPIP
- Avant la sortie pour la poursuite de la prise en charge ou en cas d'aménagement de peine (hébergement)

Avec les acteurs sanitaires toujours avec l'accord du patient

- Hôpitaux pour CRH/CRO
- Médecin/dentiste traitants
- Spécialistes
- Pharmacie habituelle
- Centre de soins/usagers de drogues

Avec le système judiciaire

Le moins possible et selon le contexte.

Les soignants ne sont pas des auxiliaires de justice, ils ne participent pas au parcours d'exécution de la peine et sont tenus au secret médical dont la violation est réprimée selon le Code de Procédure Pénale de 15 000€ d'amende et 1 an d'emprisonnement.

MAIS il existe

- Des dérogations obligatoires (Décès, affections longue durée, maladie à déclarations obligatoires)
- Des dérogations facultatives (sévices, viols ...)
- La possibilité de remettre au patient des certificats :
 - * de constat de lésions pour les victimes de coup et blessures
 - * de demande de suspension de peine
 - * descriptif de leur état de santé

ET il est aussi possible de

- * Saisir le dossier (magistrat, commission rogatoire),
- * Transmettre une copie du dossier au patient, au médecin traitant ou à une personne mandatée.

Avec l'administration pénitentiaire**Obligatoires mais prudentes, réduites au minimum opérationnel**

Les soignants sont tenus au secret médical (CPP : 15 000€ d'amende, 1 an de prison)

MAIS parfois indispensables

- Sévices
- Prévention du suicide
- Grèves de la faim et/ou de la soif
- Maladies contagieuses, régimes, handicap...

Il est cependant nécessaire de mettre en place des réunions de suivi pour optimiser l'organisation et l'articulation des soins avec les acteurs de terrain.

Le secret médical**Notions fondamentales**

- C'est un droit du patient détenu
- Il permet le soin : « *Pas de soins sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret* »
- Sa violation est punie par la loi
- Il est total : « *tout ce qui a été vu, entendu ou compris* »
- Le patient ne peut nous en délivrer, ni sa mort

**Et en pratique ?**

- les dossiers doivent être protégés, les consultations faites porte fermée, les pochettes de médicaments remises seulement et directement au patient, et il ne faut pas identifier le soignant effectuant la consultation (psychiatre, addictologue, spécialiste VIH...)
- les échanges d'informations avec des non soignants sont strictement opérationnels
- aucun staff n'est effectué en présence de personnel non soignant
- le secret est opposable
 - * aux psychologues de la Protection Judiciaire de la Jeunesse (PJJ), du Quartier d'Évaluation de la Radicalisation (QER), de l'Unité pour Détenus Violents (UDV)
 - * aux médecins experts, aux avocats
 - * à la famille (sauf mineurs, personne de confiance, mandataires)

Conclusions**Les principes du soin aux patients détenus**

La personne détenue est uniquement privée de liberté d'aller et venir.

Malgré un contexte souvent défavorable voire hostile du fait :

- **Du « statut » de détenu**, généralement incompatible avec cette équivalence de soins (moyens de contraintes, escortes, isolement, fouilles à corps...)
- **De l'influence de l'actualité** sur les mesures sécuritaires appliquées sur le territoire et *a fortiori* dans les prisons
- **De la coexistence de deux institutions** dont les missions très distinctes ont des logiques qui s'affrontent fréquemment

Il faut

- Maintenir le droit fondamental à la protection de sa santé réaffirmé par la loi du 18/01/1994
- Respecter le secret (confidentialité), son intimité et sa dignité
- Préserver notre indépendance professionnelle
- Ne jamais dispenser de soins sous la contrainte sauf exceptions prévues par la loi
- Ne jamais faire d'autocensure : recours aux soins à l'extérieur (...) au moindre doute

=> Intérêt du guide méthodologique, circulaire interministérielle Santé-Justice visant à harmoniser les pratiques entre les partenaires pénitentiaires et hospitaliers

Et toujours se demander « comment j'agis si je soignais ce patient dehors ? »

Nos préoccupations et nos craintes

- **Partagées** avec les professionnels de santé hors les murs : **attractivité et fidélisation** en contexte de pénurie de soignants

- **Spécifiques** à l'exercice en milieu carcéral

- * Disparition progressive de l'application de la loi de 1994 dans un contexte où le sécuritaire prime
- * Remise en cause des fondamentaux du soin au patient détenu instaurant peu à peu un droit à la santé dérogatoire
- * Non-respect de la déontologie et de l'éthique médicale
- * Évolution vers des soignants devenant prestataires pour la justice, corvéables à merci, ayant perdu l'indépendance professionnelle indispensable à des soins de qualité.

Valérie Kanoui

La santé à la Maison d'Arrêt des Femmes de Fleury Mérogis

Mariem Lachheb

UCSA Maison d'arrêt de Fleury Mérogis, Centre Hospitalier Sud Francilien. 91106 Corbeil Essonnes Cedex

Rose Nguyen Tan Lung

UCSA Maison d'arrêt de Fleury Mérogis, Centre Hospitalier Sud Francilien. 91106 Corbeil Essonnes Cedex

Céline Marchand

Service de Gynécologie Obstétrique, Centre Hospitalier Sud Francilien. 91106 Corbeil Essonnes Cedex

Anne Lecu

UCSA Maison d'arrêt de Fleury Mérogis, Centre Hospitalier Sud Francilien. 91106 Corbeil Essonnes Cedex

Valérie Kanoui

UCSA Maison d'arrêt de Fleury Mérogis, Centre Hospitalier Sud Francilien. 91106 Corbeil Essonnes Cedex

Généralités

63 établissements pénitentiaires sont habilités à recevoir des femmes

Etablissements pénitentiaires disposant de quartiers femmes



DAP/Service communication
Février 2016

Depuis la loi du 19 janvier 1994, la santé des détenues dépend du CH le plus proche. En ce qui concerne la Maison d'Arrêt de Fleury Mérogis, l'hôpital de référence est le Centre Hospitalier Sud Francilien de Corbeil Essonnes

Quelques chiffres :

Maison d'Arrêt des Femmes de Fleury Mérogis

235 places

213 détenues au 1^{er} mars 2023*, soit un taux d'occupation de 90,6 %, très inférieur à celui de la MA des Hommes (133,5 %)

Centre Hospitalier Sud Francilien

Hôpital de 1000 lits

La maternité de Type III, c'est à dire pouvant accueillir des prématurés ≥ 24 sa et/ou ≥ 600 g, est une des plus grandes de la région Ile-de-France, avec une moyenne de 5000 naissances par an (4812 naissances en 2022)

Les femmes en prison

- Femmes : 3,7 % de la population carcérale (au 1^{er} mars 2023) *
- Population jeune : 70 % entre 18 et 40 ans, et 25 % ont moins de 25 ans
- Environ 30 % sont de nationalité étrangère
- Niveau d'instruction : 13 % d'illettrées ou n'ont pas dépassé le niveau primaire

Particularités liées à l'environnement carcéral

- La patiente détenue ne peut pas choisir le médecin ou la sage-femme.
- Le respect du secret médical est parfois difficile (femmes étrangères, interprètes, consultations identifiées (infectiologie)).
- Les détenues n'ont pas souvent un suivi antérieur à l'incarcération ou bien il est difficile à récupérer.
- Les extractions pour raison médicale sont parfois difficiles à organiser.
- Le suivi ultérieur est également compliqué par la non connaissance de la date de libération.

Textes législatifs de référence

Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale a posé le **principe du transfert de la prise en charge sanitaire des personnes détenues au ministère de la Santé**. (et donc aux CH les plus proches de l'établissement pénitentiaire)

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

Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire

Elle réaffirme le droit des personnes détenues au **secret médical, au secret de la consultation, ... et le droit de s'entretenir, hors la présence du personnel pénitentiaire**, avec les personnes de confiance, les personnes majeures accompagnant les personnes mineures ou les bénévoles intervenant auprès des malades en fin de vie.

Article 52

« *Tout accouchement ou examen gynécologique doit se dérouler sans entraves et hors la présence du personnel pénitentiaire, afin de garantir le droit au respect de la dignité des femmes détenues* ».

Extrait du Guide Méthodologique : Prise en charge sanitaire des personnes placées sous main de justice 2019, page 61

Fiche 4. RESPECT DES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES LORS DE L'ORGANISATION DES RENDEZ-VOUS ET LA RÉALISATION DES SOINS

« Que ce soit au sein ou à l'extérieur des locaux de l'unité sanitaire en milieu pénitentiaire (USMP), l'examen d'une personne détenue est réalisé dans des conditions respectant sa dignité, le secret professionnel et les préconisations d'usage en matière d'hygiène.

La réalisation d'un acte de soin se déroule hors de la présence de tout personnel pénitentiaire. Néanmoins, lorsque la sécurité d'un personnel de santé est menacée et que le soin ne peut pas être reporté, ce professionnel peut solliciter la présence d'un personnel pénitentiaire... »

Article 708-1 du Code de Procédure Pénale (version du 1^{er} décembre 2017)

Lorsque doit être mise à exécution une condamnation à une peine d'emprisonnement concernant une femme enceinte de plus de douze semaines, le Procureur de la République ou le juge d'application des peines s'efforcent par tout moyen soit de différer cette mise à exécution, soit de faire en sorte que la peine s'exécute en milieu ouvert.

Le **secret médical** ne peut être partagé selon le code de déontologie des médecins, sages femmes, infirmiers, dentistes, qu'entre professionnels de santé ou membres de l'équipe hospitalière.

Le secret professionnel

- Le **secret médical** ne peut être partagé selon le code de déontologie des médecins, sages femmes, infirmiers, dentistes, qu'entre professionnels de santé ou membres de l'équipe hospitalière.

- La connaissance du **dossier pénal** n'est généralement pas nécessaire pour les soins somatiques, sauf dans certains cas pour préparer la sortie de l'établissement pénitentiaire.

Suivi gynécologique et obstétrical

Toutes les arrivantes sont reçues par une infirmière qui recueille

- antécédents
- constantes (taille, poids, pression artérielle...)

Des dépistages sont proposés

- Prise de sang : VIH, VHB, VHC, Syphilis, β hCG, prélevées dans les 10 jours
- Radiographie du thorax

Le médecin généraliste pratique un bilan somatique et une évaluation psychologique et peut ensuite orienter la détenue vers les spécialistes intervenant à la MAF

- Addictologue
- Endocrinologue
- Gastro-entérologue
- Gynécologue ou sage-femme
- Infectiologue
- Orthopédiste
- Psychiatre ou psychologues

Suivi gynécologique

Les détenues peuvent donc accéder à la consultation de gynécologie, soit en écrivant un courrier, ou après orientation du médecin ou de l'infirmière. Si le test sanguin de grossesse est positif, elles sont adressées à la sage-femme.

Statistiques 2016 – 2020

ANNEE	CS GYNECO	CS OBST	FCV	COLPOS COPIE	ECHO	MAMMO GRAPHIE
2016	479	561	72	5	39	
2017	685	385	73	3	58	
2018	621	340	86	5	70	
2019	668	501	81	1	54	
2020	592	257*	53	**	57	16

Les statistiques plus récentes ne nous sont pas parvenues en raison de la cyberattaque subie par le CHSF en août 2022.

Suivi obstétrical

En France, environ 50 enfants par an naissent de mères détenues.

Les enfants peuvent rester auprès de leur mère incarcérée jusqu'à 18 mois (parfois 24 mois).

La nurserie de Fleury-Mérogis

Nurserie :

13 cellules réservées aux femmes enceintes

13 cellules réservées à des couples mère-enfant

Personnel :

Administration pénitentiaire : une douzaine de surveillantes, toutes volontaires

Unité sanitaire : 1 gynécologue + 1 sage-femme + 1 psychologue

Pédiatrie : équipe de la PMI + SOS médecins

Présence de l'équipe médicale de la Maternité à Fleury Merogis

JOUR	LUNDI	MARDI	MERCREDI	JEUDI	VENDREDI
MATIN		Sage-femme Psychologue	Gynécologue obstétricien		Sage-femme
APRES MIDI		Sage-femme	Gynécologue obstétricien		

Suivi de la grossesse

Selon les recommandations HAS (Haute Autorité de Santé), une consultation par mois, (SF ou médecin) est programmée, ainsi que les bilans biologiques, les vaccinations (hépatite B et coqueluche) et les échographies recommandées.

Par contre les extractions sont nécessaires pour les consultations de diagnostic anténatal (si une anomalie est détectée), d'anesthésie ou de pédiatrie.

Les demandes d'IVG sont gérées par la sage-femme qui travaille à mi-temps à la planification familiale du CHSF.

Échographie : l'acquisition d'un échographe (subvention Région Ile de France), sur place à la MAF, permet de mieux programmer les examens.



Statistiques 2003-2021

Année	FE	Acct	FCS	IVG/ IMG	GEU	Refus de suivi
2003	43	18				
2004	41	7				
2005	30	14				
2006	44	14	1			1
2007	39	15				
2008	31	15	2			
2009	31	12	2			
2010	25	9				
2011	14	12				
2012	53	13	1			3
2013	49	11	2			
2014	47	11	1	3	1	
2015	46	18	1			
2016	34	13	3	1		
2017	34	16	2	1		
2018	30	16				2
2019	27	8		3		
2020	24	11	1	1		
2021	31	15		1	1	
2022	22	6		3		
TOTAL	618	222	15	8	1	6
MOYENNE	36	13	2	2	1	2

La promotion de la santé sexuelle

Partenaires intervenant à Fleury Mérogis

Le Mouvement Français du Planning Familial (MFPF) informe les jeunes détenues.

Le Conseil Départemental intervient en sensibilisant les détenues à la santé sexuelle.



Prévention, Dépistage des IST*Prévention*

Sont proposées systématiquement la vaccination Hépatite B et largement proposée la vaccination HPV (Subvention ARS DD 91).

Dépistage

Les sérologies VHB, VHC, VIH sont systématiquement proposées, rarement refusées (exhaustivité de 93,05 %).

Frottis à proposer à toutes les femmes de > 25 ans

Chlamydiae, Gonocoques à proposer à toutes les femmes < 25 ans

La promotion de la santé reproductive

Des ateliers de discussion autour de la santé sexuelle ont été animés par un médecin généraliste et une sociologue de l'Ecole Normale Supérieure.

Puis, des entretiens individuels sur les connaissances des détenues sur la santé sexuelle (menstruations, infections sexuellement transmissibles, contraception, grossesses, dépistage des cancers du sein et du col de l'utérus, violences sexuelles) ont été proposés.

Les résultats sur la contraception ont été présentés

- au Congrès des UCSA de septembre 2021

- à la 15^{ème} journée des Réseaux en Santé Périnatale, le 18 novembre 2021.

<https://www.perinat-nef.org/15eme-journee-des-reseaux-de-sante-de-perinatalite-didf/>

Le projet a été poursuivi dans le cadre d'une thèse de doctorat en médecine générale : « État des lieux des connaissances et des pratiques de prévention en santé sexuelle chez les femmes en milieu carcéral dans la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis »

L'objectif est d'adapter de futurs ateliers d'information en fonction des résultats des questionnaires.

Mariem Lachheb, Rose Nguyen Tan Lung, Céline Marchand , Anne Lecu & Valérie Kanoui

Personnes et santé

La santé en prison – vue par la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH)

Ana Zelcevic-Duhamel

Maître de conférences HDR en droit privé à l’Université Paris Cité, membre de l’Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

« **La justice ne saurait s’arrêter aux portes des prisons** », affirmait la Cour européenne des droits de l’homme dans le célèbre arrêt **Campbell et Fell c/ Royaume-Uni**¹. Au-delà des règles de droit, se trouve l’idée de la justice ou, d’une certaine justice, valeur vers laquelle tendent les sociétés démocratiques. Celle-ci est étroitement liée au concept de la dignité de la personne humaine. Le message de la juridiction européenne est sans appel : priver une personne de sa liberté ne signifie pas que l’on puisse la priver de sa dignité. La dignité, c’est ce qui nous reste lorsque nous avons perdu l’essentiel. Il n’y a pas de justice sans dignité.

Si la Cour européenne a pu déduire de l’article 2 de la Convention, garantissant le droit à la vie, l’existence d’un droit à la santé (**Kalender c/ Turquie**, 15 déc. 2009, req. n° 4314/02), s’agissant des détenus, la question de leur santé a été, en principe, placée sur le fondement de l’article 3 de la Convention, interdisant la torture, les traitements inhumains et dégradants, autrement dit, garantissant la dignité de la personne humaine.

Ce « glissement » du fondement juridique n’est pas anodin. En effet, la dignité est inhérente à l’existence même de la personne humaine, comme le prévoit le préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976. Si le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit formellement, dans son article 10 §1, que « **toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine** », tel n’est pas le cas de la Convention européenne des droits de l’homme. En effet, la Cour européenne des droits de l’homme a utilisé le mécanisme dit de la « **protection par ricochet** » afin de consacrer le droit de bénéficier des conditions de détention conformes à la dignité humaine. Ce droit comprend aussi l’accès aux soins des personnes détenues.

L’arrêt de principe en la matière est **Kudla c/ Pologne**². La Cour a pu décider, en l’espèce, s’agissant d’un détenu souffrant de troubles psychiatriques, que la dignité de la personne humaine impose aux États-parties d’assurer les soins et traitements médicaux, lesquels font partie des conditions et du traitement des personnes détenues³. Il ne convient pas pour autant de considérer qu’avant l’arrêt **Kudla**, les détenus étaient privés de toutes garanties relatives à la dignité de la personne. La juridiction strasbourgeoise avait ainsi déjà consacré notamment le droit de ne pas subir des violences de la part des gardiens⁴, tout comme elle avait jugé en 1977, dans l’affaire **X c/ Suisse**⁵ que les conditions de détention pouvaient « **tomber sous le coup de l’article 3** ». L’arrêt Kudla effectue cependant un changement radical puisqu’il consacre, à l’occasion d’une affaire relative à la santé d’une personne, par une **interprétation constructive** de l’article 3 de la Convention, un droit nouveau – celui de bénéficier des conditions conformes à la dignité humaine. En transformant une interdiction, en l’occurrence, de torture et d’acte inhumains et dégradants, en un droit positif, la Cour a enrichi le dispositif européen protégeant la personne humaine.

1 - CEDH, 28 juin 1984, n° 7819/77.

2 - V. CEDH, gr. ch., 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96; *RTD civ.* 2001, 442, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2001, I, 291, n° 6, chron. F. Sudre.

3 - V. CEDH, 31 octobre 2013, *Jetzen c/ Luxembourg*, req. n° 56054/12 ; CEDH, 9 juill. 2009, *Khider c/ France*, req. n° 39364/05 ; CEDH, 25 avr. 2013, *Canali c/ France*, req. n° 40119/09.

4 - V. CEDH, gr. ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, req. n° 1999-V, 203 ; *JCP G* 1999, II, 10193, note F. Sudre ; *RGDIP* 200, 181, note G. Cohen Jonathan ; v. aussi CEDH 6 avr. 2000, *Labita c/ Italie*, req. n° 26772/95.

5 - V. CEDH, 9 mai 1977, req. n° 7994/77.

Ce droit est reconnu non seulement au profit des personnes purgeant des peines de prison, mais encore, par analogie, au profit de toutes les personnes privées de liberté, telles que celles placées en détention administrative⁶, en zone de transit en attente d'une mesure d'éloignement⁷, dans un centre de rétention pour migrants⁸ ou en transfèrement cellulaire⁹.

Les États-parties sont, en conséquence, tenus d'apporter des soins médicaux appropriés. La Cour rappelle de façon récurrente¹⁰ que l'article 3 impose aux États d'assurer que tout prisonnier est détenu dans les **conditions compatibles avec la dignité** humaine et que les modalités d'exécution de la mesure n'excèdent le **niveau inévitable de souffrance, inhérent à la détention**. Par ailleurs, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, **la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate**, notamment par **l'administration de soins médicaux requis**.

En conséquence, les **soins médicaux doivent être appropriés**, ce que la juridiction européenne apprécie au cas par cas (I). De même, la violation de l'article 3 de la Convention suppose une souffrance dont l'intensité excède le niveau inhérent à la détention (II).

I. Le devoir des États-parties d'assurer des soins médicaux appropriés

Les soins médicaux peuvent concerner la **santé physique (A)** ou **psychique des détenus (B)**.

A. Les soins relatifs à la santé physique des détenus

La Cour européenne s'est prononcée à plusieurs reprises sur le devoir de prodiguer les soins appropriés aux détenus souffrant de maladies physiques. Ainsi, dans une affaire contre la Grèce (**aff. Serifis c/ Grèce**)¹¹, elle relève le manque de soins appropriés et, plus généralement, la détention dans les conditions inadéquates. En l'espèce, le requérant, militant d'extrême gauche, ayant commis des actes criminels, **souffrait d'une sclérose en plaque**. Il a été établi qu'il ne bénéficiait pas de traitements nécessaires à sa maladie durant les deux premières années de sa détention. Par la suite, le requérant a pu obtenir une libération conditionnelle, ce qui n'a pas empêché la Cour de constater une violation de l'article 3 de la Convention. L'accès aux soins médicaux appropriés fait partie des conditions de la détention ; il doit exister tout au long de celle-ci.

L'obligation d'assurer les soins médicaux adaptés suppose **l'administration des soins au sein de l'établissement pénitentiaire**, d'une part, et, si cela n'est pas suffisant, **le transfert du détenu dans un établissement spécialisé**, d'autre part.

Pour ce qui est des soins administrés au sein de l'établissement, la Cour a condamné la Russie (**aff. Metchenkov c/ Russie**) pour ne pas avoir fait bénéficier un détenu d'un traitement médical permettant de soigner l'**hépatite C**¹². A l'occasion de la même affaire, la Cour a précisé que la charge de la preuve de l'administration des soins médicaux adéquats incombe à l'État. L'absence de documents attestant que le détenu a été diagnostiqué rapidement a permis de déduire que la Russie a été défaillante sur ce point. En conséquence, elle a été condamnée sur le fondement de l'article 3 de la Convention pour traitement inhumain et dégradant.

6 - V. CEDH, 27 juill. 2004, *Slimani c/ France*, req. n° 57671/00.

7 - V. CEDH, 24 janv. 2008, *Riad et Idiab c/ Belgique*, 24 janv. 2008, req. n° ; *Z.A. et al. c/ Russie*, gr ; ch., 21 nov. 2019.

8 - V. CEDH, gr. ch., 15 déc. 2016, *Khlaifia et al. c/ Italie*, req. n° 16438/12.

9 - V. CEDH, 12 juin 2008, *Vlassov c/ Russie*, req. n° 78146/01 ; 9 avr. 2019, *Tomov c/ Russie*, req. n° 18255/10 et cinq autres.

10 - V. CEDH, gr. ch. , 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96 ; CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c/ France*, req. n° 67263 (détenu atteint de leucémie) et CEDH, 11 juillet 2006, *Rivière c/ France*, req. n° 22834/03 (impossibilité de se présenter en audience pour des raisons médicales).

11 - V. CEDH, 2 nov. 2006, *Serifis c/ Grèce*, req. n° 27695/03.

12 - V. CEDH, 7 fév. 2008, *Metchenkov c/ Russie*, req. n° 35421-05.

De même, lorsque les conditions de détention ne sont pas adaptées à la situation médicale du détenu, il convient d'effectuer un **transfert vers un établissement pénitentiaire mieux équipé**¹³. La France a ainsi été condamnée à l'unanimité pour ne pas avoir prodigué des soins médicaux adéquats, ce qui en l'espèce comprenait aussi les **soins de rééducation**, à un détenu devenu paraplégique à la suite d'une tentative d'évasion de prison et de ne pas l'avoir transféré dans un établissement adapté à sa situation¹⁴.

Il peut aussi arriver que le décès du détenu survienne après sa sortie de prison en raison d'une pathologie non traitée pendant la détention. Par arrêt du 14 mars 2013 (**aff. Salakhov et Islyamova c/ Ukraine**)¹⁵, la juridiction européenne condamne l'Ukraine en raison de l'insuffisance des soins médicaux dispensés au sein de l'établissement pénitentiaire et à l'hôpital à un détenu, **malade du sida**. Précisons aussi que le détenu est resté menotté pendant tout son séjour à l'hôpital, ce qui a été constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention¹⁶.

Quant au refus d'effectuer le transfert d'un détenu vers un établissement spécialisé, la Cour a jugé, dans l'affaire **Xiros c/ Grèce**¹⁷, qu'une telle carence était contraire à l'article 3 de la Convention. En l'espèce, il s'agissait d'un refus de transfert d'un détenu, condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour appartenance à un groupe terroriste et participation à ses actes criminels, vers un **établissement ophtalmologique spécialisé**, malgré l'avis favorable de plusieurs médecins, préconisant un suivi systématique et continu au sein d'un centre ophtalmologique spécialisé. La condamnation de la Grèce est justifiée non seulement par la gravité de l'état de santé du détenu (lequel, selon les médecins, ne pouvait pas accomplir les actes de la vie quotidienne), mais encore par la dégradation de l'acuité visuelle de celui-ci, tout au long de son incarcération. Les autorités pénitentiaires avaient, pour autant, assuré un suivi médical du détenu. Celui-ci, cependant, avait été jugé insuffisant par la CEDH.

De même, la juridiction européenne a condamné la France pour traitements inhumains et dégradants pour ne pas avoir prodigué des soins adéquats à une **détenue anorexique**, atteinte de multiples pathologies, dont l'asthme et le syndrome de *Munchausen*¹⁸. Plus précisément, malgré le transfert de la requérante dans un établissement de santé, il n'a pas été établi que ce dernier disposait de la structure nécessaire pour prendre en charge la détenue, souffrant, notamment de troubles de personnalité graves. La **complexité de la situation médicale de la détenue** (ex. tendance à affabuler) **rendait une prise en charge adéquate difficile**, ce qui peut expliquer l'absence de condamnation de la France au paiement des dommages et intérêts à la requérante.

Cette dernière espèce est révélatrice des difficultés que rencontrent aussi bien les autorités nationales dans le suivi médical des personnes privées de liberté que les juges européens lors de l'appréciation de l'exécution par les autorités nationales du devoir de prodiguer des soins adéquats à ces personnes. Les difficultés d'interprétation des symptômes apparaissent encore plus importantes en matière de soins de nature psychiques.

B. Les soins relatifs à la santé psychique des détenus

Les soins de nature psychique qu'il convient d'apporter aux personnes détenues peuvent, d'une manière générale, concerner deux groupes de situations. Il peut s'agir de pathologies **dont souffrait déjà** la personne incarcérée, d'une part, et de pathologies **développées en prison**, d'autre part.

Pour ce qui est des pathologies dont le **détenu était déjà atteint**, il convient de mentionner notamment les affaires **G. / France**¹⁹ et **Ketreb c/ France**²⁰. Il existe, en effet, **un devoir de vigilance renforcé** s'agissant des **détenus souffrant de pathologies psychotiques**, dont le non-respect peut être constitutif, non seulement de la

13 - V. CEDH, 10 juin 2008, *Scoppola c/ Italie*, req. n° 50550/06 (s'agissant d'un détenu en fauteuil roulant) ; v. aussi, CEDH, 22 juin 2010, *Gavrilita c/ Russie*, req. n° 10921/03 (détenu souffrant d'une syphilis latente et d'une tuberculose) ; absence de condamnation, opinion dissidente de la juge anglaise, Anne Power, estimant que la syphilis avait été, vraisemblablement contractée en prison.

14 - V. CEDH, 19 fév. 2015, *Helhal c/ France*, req. n° 10401/12.

15 - V. CEDH, 14 mars 2013, *Salakhov et Islyamova c/ Ukraine*, req. n° 28005/08. En l'espèce, le requérant est mort du sida peu de temps après sa libération.

16 - V. aussi, CEDH, 26 mars 2013, *Györgypal c/ Roumanie*, req. n° 29540/08, au sujet, notamment, des soins dentaires. La requérante n'avait pas fourni de preuve suffisante sur ce point, permettant de condamner la Roumanie de ce chef.

17 - V. CEDH, 9 septembre 2009, req. n° 1033/07.

18 - V. CEDH, 21 déc. 2010, *Raffray Taddei c/ France*, req. n° 36435/07.

19 - CEDH, 23 fév. 2012, req. n° 27244/09.

20 - CEDH, 19 juin 2012, req. n° 38447/09.

violation de l'article 3 de la Convention, mais encore de l'article 2 de celle-ci, consacrant le droit à la vie.

Dans la première affaire, la France a été condamnée pour traitement inhumain et dégradant pour avoir infligé à un détenu, atteint d'une **psychose chronique de type schizophrénique générant des troubles hallucinatoires et délirants ainsi que des conduites agressives et addictives**, une alternance entre séjours en institut psychiatrique et séjours en milieu carcéral. En effet, après avoir mis le feu dans une cellule qu'il partageait avec un autre codétenu, souffrant lui aussi de troubles psychopathologiques (ce dernier avait été grièvement blessé, puis est décédé quelques jours après les faits), le détenu a fait l'objet d'une expertise psychologique ayant déduit qu'il était « préférable » qu'il soit placé en unité de soins. Les expertises réalisées par la suite précisaient que le sujet était peu curable et préconisaient un placement en UMD (unité pour malades difficiles – services hospitaliers pour personnes incarcérées, particulièrement dangereuses, souffrant de maladies psychiques). La demande de mise en liberté, cependant, fut rejetée. La Cour EDH a estimé que le maintien en détention de l'incarcéré a entravé la mise en œuvre du traitement médical dont celui-ci avait besoin et a aggravé son état, ce qui a valu à la France une condamnation à l'unanimité sur le fondement de l'article 3 de la CEDH.

Quant à l'affaire **Ketreb c/ France**, la condamnation de la France a été prononcée aussi bien sur le fondement de l'article 2 (droit à la vie – condamnation à 6 voix contre une) que sur l'article 3 (condamnation à l'unanimité) de la Convention. Le détenu, **polytoxicomane**, a mis fin à ses jours en prison, par pendaison. Les requérantes, ses sœurs, reprochaient aux autorités pénitentiaires françaises **le manque de surveillance**, d'une part, et **le caractère inadapté de la peine disciplinaire prononcée** à l'encontre de leur frère, d'autre part. La raison de la condamnation sur le fondement de l'article 2 est le manquement au devoir de vigilance puisqu'il s'agissait, en l'espèce, d'un prisonnier vulnérable, qui avait mis fin à ses jours.

Il convient toutefois de préciser que, s'agissant **des détenus vulnérables**, la responsabilité de l'État peut être engagée **si le risque a été connu**, autrement dit, lorsque les autorités nationales ont été prévenues du caractère vulnérable du détenu, **présentant un risque de suicide**²¹. Ainsi, dans l'affaire, **Renolde c/ France**²², le détenu, souffrant de **troubles psychiques graves** avait déjà commis une **tentative de suicide** sans que les autorités pénitentiaires n'envisagent son placement dans une unité spécialisée. Ce manquement était constitutif d'une violation de l'article 2 de la CEDH. Quant à la violation de l'article 3, les juges strasbourgeois ont considéré que la sanction disciplinaire (quarante-cinq jours d'isolation disciplinaire avec privation de toute activité et contact²³ en raison de l'agression d'une surveillante) qui avait été infligée au détenu était trop lourde par rapport à son état de santé, ce qui a valu à la France une condamnation à l'unanimité sur le fondement des deux articles invoqués. La difficulté d'une prise en charge correcte et adéquate des détenus atteints de maladies psychiques concerne, bien évidemment, d'autres États que la France²⁴. D'une manière plus large, on peut s'interroger sur la pertinence des sanctions disciplinaires et la nécessité de leurs adaptations aux personnes atteintes de maladies psychiques.

Il est possible, enfin, que les **troubles psychiques apparaissent en détention**, plus précisément, qu'ils se **développent en raison des conditions dans lesquelles se déroule** cette dernière. Cela a pu être observé notamment dans l'affaire **Cyril Khider c/ France**²⁵. En l'espèce, il s'agissait d'un détenu particulièrement surveillé (DPS) appartenant au grand banditisme et à la criminalité organisée, qui faisait l'objet d'un régime carcéral spécial, comportant notamment de fréquents changements d'établissements pénitentiaires (que l'on appelle des « rotations de sécurité »). Si, en effet, il n'est pas en soi contraire à la CEDH de soumettre un détenu particulièrement dangereux, présentant des risques d'évasion, à un régime carcéral plus strict, les **modalités d'exécution** de ce dernier peuvent produire des **conséquences néfastes pour la santé psychique du détenu**, telles que **les angoisses**, pouvant être

21 - V. CEDH, 9 juin 1998, *LCB c/ Royaume-Uni*, req. n° 23413/94 ; v. aussi, CEDH, 8 oct. 2015, *Sellal c/ France*, req. n° 32432/13.

22 - V. CEDH, 16 oct. 2008, req. n° 5608/05.

23 - V. CEDH, *Keenan c/ R.U.*, req. n° 27229/95 ; en l'espèce, une sanction disciplinaire d'une durée de sept jours et vingt-huit jours de détention supplémentaire (en raison de l'agression de deux gardiens), infligé à un détenu schizophrène, qui s'est suicidé en prison, avait été considérée comme trop longue et contraire à l'article 3 de la Convention. Si le Royaume Uni n'a pas été condamné sur le fondement de l'article 2 de la CEDH (doute quant au diagnostic, aucun médecin au sein de la prison n'avait la formation de psychiatre), la Cour l'a condamné sur le fondement de l'article 3.

24 - S'agissant de la Belgique, qui rencontre des problèmes systémiques à ce sujet puisque les détenus malades sont situés dans les ailes des prisons ordinaires et non dans les établissements spécialisés, v. notamment CEDH, 6 sept 2016, *W.D. c/ Belgique*, req. n° 73548/13 ; CEDH, *Venken et autres c/ Belgique*, 6 avr. 2021, req. n° 46130/14 et 4 autres.

25 - V. CEDH, 9 juill. 2013, *Cyril Khider c/ France*, req. n° 39364/05.

constitutives de violation de l'article 3 de la Convention²⁶.

Pour répondre à la question de savoir si vraiment il y a eu violation d'un droit protégé par la Convention, en l'occurrence de l'article 3, il convient de procéder aussi à une analyse *in concreto* de tous les éléments pertinents afin de savoir si l'absence de soins médicaux adéquats a eu comme conséquence **une intensité insupportable, considérée comme incompatible avec la Convention**, comme nous l'enseigne l'arrêt de principe en la matière – *Kudla c/ Pologne*.

II. Une souffrance dont l'intensité excède le niveau inhérent à la détention

L'absence de soins médicaux appropriés doit avoir pour conséquence des souffrances dont l'intensité **dépasse le seuil des souffrances inhérentes à la détention**. Autrement dit, la détention est, par définition, une source de souffrances. Pour déclencher l'application de l'article 3 de la Convention, les mauvais traitements doivent atteindre un « **minimum de gravité** », dont l'appréciation est « **relative par essence** », comme l'a précisé la Cour EDH dans le célèbre arrêt *Enea c/ Italie*²⁷. En conséquence, au-delà d'un niveau d'intensité, il y a violation de la Convention pour motif inhumain et dégradant²⁸.

On peut également observer ici qu'il est difficile de faire totalement abstraction des faits qui sont à l'origine de l'incarcération. S'il est acquis que les détenus ont le droit de bénéficier des conditions conformes à leur dignité, nonobstant les actes qui ont provoqué leur détention, la nature de ces actes et leur gravité peuvent avoir des incidences sur le régime de leur détention (comme on vient de le voir au sujet d'un DPS – affaire *Khider*)²⁹. La CEDH contrôle, cependant, au cas par cas (*in concreto*), le respect de la Convention et sanctionne les autorités nationales lorsque les souffrances résultant des conditions de la détention dépassent une intensité tolérable. En conséquence, une peine de prison est « **susceptible de soulever un problème, sous l'angle de l'article 3, par la manière dont est les exécutée et par sa durée** »³⁰.

Dès lors, l'intensité, attentatoire à la Convention, peut résulter non seulement des modalités d'exécution, à savoir de la **nature de la peine (A)**, mais encore de la **durée de celle-ci (B)**.

A. Les atteintes résultant de la nature de la peine

Les faits à l'origine d'une condamnation sont parfois d'une gravité telle que des mesures exceptionnelles s'imposent, comme **les mises à l'isolement**. Celles-ci peuvent alors causer des troubles psychiques et être constitutives d'atteintes au droit de bénéficier des conditions conformes à la dignité de la personne humaine. Le degré des souffrances joue alors un rôle décisif dans la détermination de la responsabilité des autorités nationales.

La détention et, encore davantage, l'isolement sont, par définition, une source de souffrances. Le traitement inhumain et dégradant existe lorsque l'intensité des souffrances dépasse ce qui est considéré comme « **inhérent** » à la mesure d'incarcération.

La Cour européenne a très rapidement opéré la distinction entre **l'isolement absolu**³¹, qui est prohibé par la Convention, et **l'isolement relatif**, autrement dit, **l'exclusion d'un détenu pour des raisons de sécurité, de discipline ou de protection**, laquelle n'est pas, *a priori*, constitutive d'une violation de la Convention³².

26 - V. CEDH, 3 nov. 2011, *Cocaign c/ France*, req. n° 32010/07 (au sujet d'un DPS, absence de violation de l'article 3 de la Convention).

27 - CEDH, gr. ch., 17 déc. 2009, req. n° 74912/01.

28 - V. arrêt *Serifis c/ Grèce*, préc.

29 - V. notamment arrêt *Cocaign c/ France*, préc. En l'espèce, il s'agissait d'un détenu particulièrement dangereux (DPS), ayant tué son codétenu et, ensuite, ouvert son torse afin de manger une partie de son poumon. Son placement en cellule disciplinaire, accompagné d'un suivi médical approprié, était jugé conforme à l'article 3 de la CEDH.

30 - CEDH, arrêt *Kudla*, préc.

31 - V. CEDH, 8 juill. 1976, *Ensslin, Bader et Raspe c/RFA*, n° 7572/76. La Cour a précisé en l'espèce que l'isolement total (à la fois sensoriel et social) « *peut détruire la personnalité et constitue un traitement inhumain qui ne saurait se justifier par les exigences de sécurité ou toute autre raison* ». V. aussi, CEDH, 9 oct. 2012, *X. c/ Turquie*, req. n° 24626/09, l'isolement total aurait été décidé afin de protéger un détenu homosexuel. Au sujet d'une garde à vue, d'une durée excessive, en isolement total, v. CEDH, 8 avr. 2004, *Sadak c. Turquie*, req. n° 25142/94 et 27099/95.

32 - V. CEDH, 16 déc. 1982, *Kröcher et Möller c/ Suisse*, req. n° 8463/78.

Afin d'apprécier si l'isolement est compatible avec l'article 3, la Cour tient compte de sa durée, de sa rigueur, de l'objectif poursuivi et des effets que l'isolement produit sur le détenu, notamment sur la santé de celui-ci³³. En conséquence, si l'isolement se prolonge durablement, cela peut être constitutif d'une atteinte à l'article 3 de la Convention. La Cour a progressivement affiné les critères d'appréciation. Ainsi, dans l'affaire **Christophe Khider/ France**³⁴, elle déduit que « **les conditions de détention du requérant à l'isolement n'ont pas atteint le seuil minimal de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3** ». En l'espèce, la Cour a pris en considération quatre groupes d'éléments : le caractère discontinu de l'isolement, le fait que le requérant ait été soumis à un isolement seulement relatif et non total, l'absence de répercussions physiques ou psychiques sur sa santé et le caractère, en l'espèce, mon strict auquel a été soumis le détenu par rapport aux conditions qu'ont pu rencontrer d'autres personnes dans des cas similaires.

On peut observer que la Cour européenne apprécie plus sévèrement la situation de certains détenus, dont « **la personnalité et dangerosité hors norme** » justifiant des « **mesures extraordinaires de sécurité** », ce qui est le cas du **terroriste Carlos**, qui est resté en isolement pendant plus de huit ans³⁵. Si, en l'espèce, la mise en place des mesures extraordinaires ne surprend pas, on peut s'interroger sur la durée de l'isolement et sa compatibilité avec l'article 3 de la Convention.

La Cour a justifié sa décision notamment par le fait que, l'avocate du requérant, qui est aussi son épouse, lui rend régulièrement visite en prison et que le détenu a également reçu la visite de cinquante-sept autres avocats. Elle a déduit que **le maintien en isolement (en soi regrettable), n'a pas causé au détenu, vu son âge et son état de santé, des souffrances atteignant le seuil requis pour que l'article 3 soit méconnu**. La décision cependant n'a pas été prise à l'unanimité ; cinq juges ont exprimé une opinion dissidente dans laquelle ils critiquent de façon très circonstanciée la décision prise, notamment le fait que leurs collègues « *regrettent* » l'isolement d'une telle durée sans en tirer les conséquences.

Outre la nature de la peine, les difficultés relatives au respect du droit de bénéficier des conditions conformes à la dignité humaine peuvent résulter de **la durée de la détention** ; nul ne peut nier que les peines de prison de longue durée et, à plus forte raison, à perpétuité, ne rejaillissent pas sur la santé des personnes incarcérées.

B. Les atteintes résultant de la durée de la peine

Les peines de prison à perpétuité et les peines de longues durée produisent nécessairement des effets sur la santé mentale des détenus. Ceux derniers, en vieillissant, rencontrent inévitablement des problèmes de santé inhérents à l'âge.

Si la réclusion criminelle à perpétuité ou de très longue durée n'est pas en soi contraire à la Convention³⁶, la Cour a cependant précisé que, pour être compatibles avec la Convention, ces peines doivent être **compressibles « de iure et de facto »**³⁷. De même, par une interprétation constructive de l'article 3 de la Convention, la Cour a jugé que le caractère compressible, dans le sens de l'article 3, supposait que la peine perpétuelle devait offrir, à la fois, « **une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen** »³⁸.

Ainsi, malgré une condamnation à la réclusion criminelle à **perpétuité** et après avoir passé **quarante et un an en détention** pour l'enlèvement et le meurtre par étranglement d'un enfant, **Lucien Léger** a été libéré quelques mois avant l'audience publique devant la Cour européenne, à l'âge de soixante-huit ans. En effet, pendant de nombreuses années, les autorités françaises refusaient ses demandes en liberté conditionnelle en raison de sa dangerosité potentielle et du risque de récidive. La Cour a, certes, pris en considération l'âge et l'état de santé du détenu. Elle a reconnu que la condamnation à perpétuité avait nécessairement entraîné des **angoisses et incertitudes auprès du détenu**. Pour autant, elle n'a pas considéré que la peine du requérant avait atteint le seuil

33 - V. CEDH, 8 juin 1999, *Messina c/ Italie*, req. n° 8463/78 (absence de violation de l'article 3).

34 - V. CEDH, 1^{er} octobre 2013, req. n° 560454/12.

35 - V. CEDH, gr. ch., 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, req. n° 59450/00.

36 - V. CEDH, gr. ch., 12 fév. 2008, *Kafkaris c/ Chypre*, req. n° 21906/04 ; CEDH, 11 avr. 2006, *Léger c/ France*, req. n° 19324/02 ; v. aussi, CEDH, 17 janv. 2017, *Hutchinson c/ Royaume-Uni*, req. n° 57592/08 et CEDH, gr. ch., 26 avr. 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, req. n° 10511/10 ; JCP G 2016, act. 569, F. Sudre.

37 - V. arrêts *Kafkaris* et *Léger*, préc.

38 - V. CEDH, gr. ch., 9 juill. 2013, *Vinter et a. c/ Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10 ; JCP G 2013, act. 918, F. Sudre.

de gravité requis par l'article 3 de la Convention³⁹. La Cour, en conséquence, a conclu à la non violation de l'article 3 par la France, à cinq voix contre deux. On peut se poser la question de savoir si, en l'absence de la libération par les autorités françaises, la Cour aurait rendu la même décision.

En revanche, dans l'arrêt **Contrada c/ Italie**⁴⁰, les juges strasbourgeois ont estimé, se fondant sur l'âge et l'état de santé du détenu, qu'il y avait violation de l'article 3 de la Convention. Le requérant, âgé de quatre-vingt-trois ans et ayant des problèmes de santé, avait présenté des demandes d'aménagement de peine, lesquelles étaient refusées par les autorités italiennes, ce qui, selon la Cour, était constitutif d'un traitement inhumain et dégradant. Les **pathologies graves et complexes** dont souffrait le requérant (**ischémie cérébrale, problèmes de vision, de prostate, d'arthrose, cardiopathie, hypo-nutrition, dépression**) tout comme le temps écoulé entre le rejet de ses demandes et la mise en œuvre de la détention à domicile, pendant lequel son état s'aggravait, justifiaient la condamnation de l'Italie.

Le grand âge du détenu cependant n'est pas ipso facto un motif permettant de considérer qu'il existe une atteinte à l'article 3 de la Convention⁴¹. Dans l'affaire **Papon c/France**, la Cour avait jugé que le détenu, âgé de plus de quatre-vingt-dix ans et ayant des problèmes cardiaques, **bénéficiait des soins adéquats et que l'intensité de ses souffrances n'atteignaient pas le niveau constitutif d'une violation de l'article 3** de la Convention.

L'étude de la jurisprudence de la Cour EDH montre qu'il existe un souci croissant relatif aux conditions de détention et à l'accès à la santé des personnes détenues. On observe toutefois la difficulté de faire abstraction des faits qui sont à l'origine de la condamnation. La dignité est-elle la même pour tous ? Enfin, l'incarcération met en exergue les fragilités de certains individus, surtout d'ordre médical, préexistantes à la détention. Il est difficile de s'empêcher de croire qu'une prise en charge appropriée, dans la vie civile, aurait pu, ne serait-ce que dans certains cas, briser le cercle vicieux que constituent les souffrances personnelles, familiales et sociales.

Terminons par le message exprimé dans l'avis n° 94 de 2006 du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), « **La santé et la prison** », qui recommande de chercher « **hors des murs de la prison des solutions pour que les personnes âgées, les grands handicapés et les personnes souffrant de graves troubles psychiques quittent à jamais la prison** ».

Ana Zelcevic-Duhamel

39 - V. CEDH, *arrêt Léger*, préc.

40 - V. CEDH, 11 fév. 2014, req. n° 7509/08.

41 - V. CEDH, 7 juin 2001, *Papon c/France*, req. n° 64666/01.

Personnes et santé

Améliorer la prise en charge des frais de santé menstruelle : les règles comme risque social

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé, Université de Rennes, chercheuse attachée à l'IODE, UMR CNRS 6262 et chercheuse associée à l'IDS, Inserm UMR_S 1145

Résumé

En faisant l'hypothèse que les menstruations pourraient être considérées comme un risque social à part entière ou comme une composante de la santé menstruelle, cet article envisage plusieurs pistes de réflexion pour améliorer la prise en charge des frais de santé qui sont liés aux cycles menstruels. Il s'agit alors de considérer la santé menstruelle de manière générale, y compris en dehors des règles douloureuses et/ou du diagnostic d'une endométriose, avec une amélioration de la sécurité sanitaire des produits de protection hygiéniques et la mise en place de leur remboursement pour toutes.

Abstract

Based on the hypothesis that menstruation could be considered a social risk in its own right, or as a component of menstrual health, this article considers a number of avenues for reflection to improve the coverage of healthcare costs associated with menstrual cycles. The aim is to consider menstrual health in general, including outside the context of painful periods and/or the diagnosis of endometriosis, with an improvement in the safety of sanitary protection products and their of reimbursement for all.

À l'occasion du 8 mars 2023, journée internationale des droits des femmes, plusieurs annonces ont été faites par des hommes et femmes politiques à propos des menstruations. Du côté du gouvernement, la Première ministre, Elisabeth Borne, a communiqué sur le remboursement des protections périodiques réutilisables pour les moins de 25 ans à partir de 2024. Du côté des élus locaux, la mairie de Saint Ouen a, quant à elle, médiatisé la mise en place, à titre expérimental, d'un congé menstruel pour les agentes de la commune¹.

Ces deux mesures s'inscrivent dans un contexte plus général de prise en compte croissante des menstruations comme un enjeu en termes de santé publique et de droits fondamentaux². Au niveau international, la thématique de la santé menstruelle a nettement gagné en visibilité ces dernières années. Il est d'ailleurs possible de définir la santé menstruelle, comme l'a proposé un groupe de travail dédié à ce sujet, à la suite de la définition de la santé de l'organisation mondiale de la santé (OMS) comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social et qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité, en lien avec le cycle menstruel*³ ». En appréhendant les menstruations sous le prisme de la santé plutôt que sous l'angle de l'hygiène comme c'était auparavant le cas, les organisations internationales telles que l'OMS ou l'UNICEF élaborent des recommandations beaucoup plus larges à l'égard des États. Ces derniers sont ainsi invités à mettre la santé menstruelle à l'agenda politique. Plusieurs axes d'actions leur sont proposés : un premier volet concerne l'accès, notamment des personnes les plus précaires

1 - Delphine Cervelle, « Entretien. Le congé menstruel expérimenté pour les agentes de la mairie de Saint-Ouen », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 17, 2 mai 2023, act. 295.

2 - Babbar K, Martin J, Ruiz J, Parray AA, Sommer M. Menstrual health is a public health and human rights issue. *Lancet Public Health*. 2022 Jan;7(1):e10-e11. doi: 10.1016/S2468-2667(21)00212-7. Epub 2021 Oct 28. PMID: 34717798; PMCID: PMC8552814.

3 - Hennegan J, Winkler IT, Bobel C, et al. Menstrual health: a definition for policy, practice, and research. *Sex Reprod Health Matter*. 2021;29(1):31-38.

(jeunes, sans domicile fixe, personnes incarcérées...), aux produits d'hygiène menstruelle ; un deuxième aspect est, quant à lui, relatif à une meilleure prise en charge médicale de l'inconfort et des douleurs menstruelles et l'adaptation en conséquence des environnements de travail (école et entreprise) ; le troisième volet concerne enfin la normalisation des règles comme enjeu de santé et l'intégration de cette problématique à toutes les politiques publiques, y compris en matière d'aide humanitaire.

Au niveau national, les menstruations deviennent également un sujet d'intérêt général. L'association Règles élémentaires, créée en 2015, a fortement contribué à démocratiser l'expression « précarité menstruelle », qui peut être définie comme les difficultés économiques dans l'accès aux protections périodiques. Les parlementaires se saisissent, de manière croissante, de la question : lors de la dernière législature, deux rapports ont été rendus, l'un de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes de l'Assemblée nationale⁴ et l'autre, par la sénatrice Patricia Schillinger ; et en parallèle, plusieurs propositions de loi ont également été déposées sur cette thématique. Depuis juin 2022, de nouvelles propositions de loi ont été enregistrées à l'Assemblée nationale et au Sénat sur ces sujets, avec des approches différentes en fonction des parlementaires qui portent le texte : les règles sont envisagées tour à tour sous l'angle de la précarité menstruelle ([AN, Proposition de loi n° 1158 visant à mieux lutter contre la précarité menstruelle](#)) ou d'un enjeu spécifique de santé qui peut conduire à une incapacité de travail ([AN, Proposition de loi n° 1219 relative à la prise en compte de la santé menstruelle ; Proposition de loi n° 1386 portant diverses mesures relatives à la reconnaissance de la santé menstruelle et gynécologique dans le monde du travail ; Sénat, Proposition n° 537 rect. de loi visant à améliorer et garantir la santé et le bien-être des femmes au travail](#)). Afin de prendre en compte ces deux dimensions, à savoir l'accès aux protections périodiques ainsi qu'à certains antidouleurs d'un côté et l'incapacité de travail qui résulte de règles douloureuses ou d'autres pathologies menstruelles de l'autre, nous pensons qu'il serait opportun d'appréhender les menstruations comme un risque social à part entière et de l'intégrer au sein de la sécurité sociale.

La notion de risque social est intrinsèquement liée à la sécurité sociale, même si certains risques sont couverts en dehors de son giron (le risque chômage, la pauvreté et l'exclusion par exemple). La sécurité sociale couvre les risques liés à l'état de santé (maladie, maternité, invalidité, vieillesse, décès), les risques professionnels (accident du travail et maladie professionnelle), l'aide aux familles et depuis peu, la perte d'autonomie. Ces différents risques sociaux ont en commun d'affecter la situation économique des individus, en augmentant leurs charges (dépenses de santé, liées à la naissance et à l'éducation d'un enfant...) et/ou en baissant leurs revenus (incapacité temporaire de travail du fait de la maladie, d'une invalidité ou d'un accident du travail...). Dans cet article, il s'agit de se demander si les menstruations ne pourraient pas être appréhendées comme un risque social à part entière et quelles en seraient les conséquences en termes de prise en charge des frais de santé. En effet, les règles concernent la moitié de la population pendant la moitié de leur vie, de la puberté à la ménopause : cela représenterait en France 15,5 millions de femmes âgées de 13 à 50 ans, qui doivent chaque mois, acheter des protections périodiques. Le coût estimé par l'association Règles élémentaires, entre 8 000 et 23 000 euros, est jugé un peu élevé par le rapport parlementaire qui avance, quant à lui, un coût d' « environ 4 500 euros à l'échelle d'une vie menstruée »⁵. Quelle que soit la fourchette retenue, il est indéniable qu'il s'agit d'une charge financière importante, régulière et indispensable. Par ailleurs, les menstruations peuvent être très douloureuses rendant l'activité professionnelle impossible, notamment en cas d'endométriose : dans le cas de dysménorrhées, les règles deviennent incapacitantes conduisant la personne, qui ne peut pas ou plus travailler, à perdre ses revenus. En cas d'arrêts de travail, ces derniers sont indemnisés par l'assurance maladie uniquement après un délai de carence de trois jours, ce qui n'est que peu compatible avec les douleurs liées aux cycles menstruels.

Les menstruations pourraient être appréhendées comme un risque social à part entière ou incluses au sein du risque maladie. Cette intégration des menstruations parmi la liste des risques sociaux pris en charge par la sécurité sociale permettrait de lutter plus efficacement contre la précarité menstruelle et de proposer à toutes les salariées un congé menstruel. Dans cette perspective, les menstruations pourraient être ajoutées à l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale qui dispose que « *La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. Elle*

4 - Laëtitia Romeiro et Bénédicte Taurine, [Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les menstruations](#), Assemblée nationale, XVe législature, 13 février 2020.

5 - Laëtitia Romeiro et Bénédicte Taurine, [Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les menstruations](#), Assemblée nationale, XVe législature, 13 février 2020.

assure, pour toute personne travaillant ou résidant en France de façon stable et régulière, la couverture des charges de maladie, **de menstruations**, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille et d'autonomie. Elle garantit les travailleurs contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leurs revenus. Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés à un ou plusieurs régimes obligatoires ». Il conviendrait ensuite de procéder à certains ajustements afin d'adapter les règles de prise en charge des frais de santé aux enjeux de santé liés aux cycles menstruels. En effet, la prise en charge des frais de santé par l'assurance maladie permet aujourd'hui de couvrir, pour les personnes souffrant de dysménorrhées uniquement, une partie du coût des consultations médicales, examens d'imagerie et de biologie médicales ainsi que les médicaments contre la douleur **(I)** mais sans prise en compte des spécificités liées aux cycles menstruels **(II)**.

I) L'insuffisance de la prise en charge actuelle des frais médicaux de santé menstruelle

Pour les personnes qui souffrent de règles douloureuses et d'endométriose, l'assurance maladie assure la prise en charge de leurs frais de santé comme pour toutes les autres dépenses de santé **(A)** tant que la maladie n'est pas reconnue comme une affection longue durée **(B)**.

A. Une prise en charge insuffisante des frais de santé

Comme pour l'ensemble de la population, travaillant ou résidant de manière stable et régulière **(1)**, les frais de santé en matière de maladie, y compris liées aux cycles menstruels, sont prises en charge de manière partielle **(2)**.

1. Universalisation de la couverture des frais de santé

Depuis la mise en place de la protection universelle maladie (PUMA) par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016, l'assurance maladie couvre l'ensemble de la population et pas seulement les personnes qui travaillent. Depuis lors, la prise en charge des frais de santé est ainsi assurée, sur le fondement de la solidarité nationale, pour « toute personne travaillant ou, lorsqu'elle n'exerce pas d'activité professionnelle, résidant en France de manière stable et régulière » (art. L. 160-1 CSS). La PUMA a remplacé le système dual qui existait auparavant et qui consistait à couvrir les personnes d'abord du fait de leur travail, en tant qu'assuré social, puis leur famille, en tant qu'ayant-droit, et ensuite, subsidiairement, du fait de leurs faibles ressources, au titre de la couverture universelle maladie (CMU) instaurée en 1999⁶. La PUMA a été créée pour pérenniser l'ouverture des droits à l'assurance maladie et éviter que les changements de situation personnelle et/ou professionnelle conduisent à une rupture administrative de droits, notamment pour les femmes. Compte tenu du périmètre personnel de la couverture des frais de santé, il serait opportun d'y intégrer les enjeux de santé menstruelle.

2. Prise en charge partielle des frais de santé

Les frais qui sont pris en charge par l'assurance maladie sont listés dans le code de la sécurité sociale : il s'agit d'une prise en charge partielle du coût des consultations médicales, des examens d'imagerie et de biologie médicales ainsi que des médicaments remboursés en fonction du service médical rendu. La prise en charge financière de l'ensemble de ces soins rendus nécessaires par des douleurs menstruelles importantes n'est que partielle du fait de l'existence d'un ticket modérateur et des participations forfaitaires qui forment un reste à charge pour les patientes. Si les salariées disposent d'une complémentaire santé et qu'il existe un dispositif de complémentaire santé solidaire (C2S) pour les personnes à faibles revenus, près de 5 % de la population ne dispose pas d'une telle couverture⁷. En l'absence de complémentaire santé ou si celle-ci n'offre qu'une couverture limitée, le coût représenté par le reste à charge pour l'ensemble de ces services en santé peut être élevé.

6 - Didier Tabuteau, « La protection universelle maladie (PUMA) : une transfiguration législative de l'assurance maladie (première partie) », RDSS, n° 6, 2015, p. 1058.

7 - Voir sur l'articulation de l'assurance maladie obligatoire et complémentaire, HCAAM, « [Quatre scénarios polaires d'évolution de l'articulation entre Sécurité sociale et Assurance maladie complémentaire](#) », Rapport, janv. 2022.

B. L'endométriose, une affection longue durée hors liste

C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il existe un régime spécifique pour les affections longue durée (ALD), c'est-à-dire les « affections comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse » (art. D. 160-4 CSS). Avec ce régime, les frais de santé en lien avec l'affection sont pris en charge à 100 % sur la base du tarif de la sécurité sociale. Il existe une liste définie par le pouvoir réglementaire de ces affections « susceptibles d'ouvrir droit à la suppression de la participation des assurés sociaux aux tarifs servant de base au calcul des prestations en nature de l'assurance maladie » (art. D. 160-4 CSS). L'endométriose ne fait pas partie de cette liste alors qu'il s'agit pourtant d'une maladie gynécologique chronique, évolutive et incurable qui peut être invalidante. Une résolution visant à reconnaître l'endométriose comme une affection longue durée a été adoptée par l'Assemblée nationale le 13 janvier 2022 : au regard des caractéristiques de l'endométriose et de l'« inégalité dans la prise en charge des soins en rapport avec la maladie en fonction du lieu de résidence et un important non-recours », les parlementaires invitent le Gouvernement à entamer une réflexion sur ce sujet⁸. Force est de constater que cette résolution n'a pas encore été suivie d'effet. En réponse à une question parlementaire écrite, le ministère en charge de la santé a, plus récemment, expliqué que l'endométriose ne figurait pas sur la liste des affections de longue durée comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse (ALD 30) du fait de « la présentation, la gravité et l'évolution de [la maladie,] très variables »⁹. En revanche, il est mis en avant que l'exonération du ticket modérateur peut être demandée au titre d'affection hors liste (ALD 31) pour les formes évolutives ou invalidantes nécessitant un traitement d'une durée prévisible supérieure à 6 mois, et particulièrement coûteux, en raison du tarif ou de la fréquence des actes, prestations et traitements. La reconnaissance de l'endométriose comme une ALD hors liste reste ainsi soumise à une appréciation médicale, présentée par la députée Isabelle Santiago à l'origine de la question écrite au gouvernement comme « un acte discrétionnaire qui dépend de la gravité des symptômes ». Il nous semble qu'il pourrait être intéressant d'inscrire l'endométriose, voire l'existence de règles douloureuses, sur la liste des ALD afin de permettre le diagnostic d'une maladie et la prise en charge de la douleur.

À notre sens, la santé menstruelle pourrait être mieux prise en compte par les pouvoirs publics et mieux prise en charge par l'assurance-maladie.

II. La nécessité de mieux prendre en charge les frais de santé menstruelle

Afin de mieux saisir les enjeux en matière de santé menstruelle, il pourrait être proposé un certain nombre de mesures nouvelles, telles que la prise en charge financière des protections périodiques **(A)** et la mise en place de consultations spécifiques dédiées à la prise en charge des douleurs menstruelles et des modifications liées à la ménopause **(B)**.

A. L'absence de prise en charge financière des protections périodiques

Le régime actuel de prise en charge des frais de santé par l'assurance maladie ne concerne pas les protections hygiéniques, pourtant indispensables, pour assurer l'hygiène et la santé menstruelle. À travers la lutte contre la précarité menstruelle, plusieurs dispositifs visent à la mise à disposition gratuite de protections hygiéniques. Ces mesures sont toutefois isolées **(1)** et font l'économie d'une réflexion sur la qualification juridique des protections hygiéniques **(2)** et leur prise en charge universelle **(3)**.

1. Une approche aujourd'hui limitée à la lutte contre la précarité menstruelle

L'action du gouvernement en matière de santé menstruelle se limite aujourd'hui à la lutte contre la précarité menstruelle. Les plus jeunes constituent en particulier le cœur des cibles des mesures qui ont pu être adoptées jusqu'à présent. Depuis septembre 2021, il a ainsi été mis à disposition des étudiantes des protections menstruelles

8 - Assemblée nationale, [Résolution n°742, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à reconnaître l'endométriose comme une affection longue durée](#), 13 janv. 2022.

9 - [Question écrite n° 4599](#) de Isabelle Santiago, « Reconnaissance de l'endométriose en affection de longue durée 30 », publiée au JO le 10/01/2023, p. 180 et réponse du ministère de la santé et de la prévention, publiée au JO le 07/02/2023, p. 1182.

dans les résidences universitaires des CROUS, les services de santé universitaires et les restaurants universitaires¹⁰. À l'occasion du 8 mars 2023, la première ministre a annoncé le remboursement des protections périodiques réutilisables pour les moins de 25 ans à partir de 2024. Une telle mesure, qui n'est pas encore mise en œuvre, interpelle à plusieurs titres : selon nous, les protections périodiques concernées ne devraient pas être uniquement réutilisables (coupes et culottes menstruelles, serviettes lavables), ni le remboursement assuré par la sécurité sociale limité aux seules jeunes de moins de 25 ans. Dans leur rapport consacré aux menstruations, les députées Laëticia Romeiro Dias et Bénédicte Taurine identifient les femmes en situation d'extrême précarité comme les publics prioritaires. Il s'agit notamment des personnes sans-domicile fixe pour qui l'accès à des sanitaires est limité rendant difficile voire impossible le fait de laver leurs culottes ou coupes menstruelles. Il est également question, dans le rapport, de la population carcérale et des jeunes.

Les mesures mises en œuvre par les pouvoirs publics sont aujourd'hui très limitées et témoignent de l'absence de réflexion d'ensemble sur ces questions dans une perspective de santé menstruelle. Une telle approche permettrait pourtant, à notre sens, de réfléchir à la qualification juridique des protections hygiéniques et à leur prise en charge pour toutes.

2. Les enjeux autour de la qualification juridique des protections hygiéniques

Le premier enjeu tient à la manière dont les protections hygiéniques sont définies juridiquement : il s'agit de produits de grande consommation ou de consommation courante et non de produits de santé. À ce titre, la composition des protections hygiéniques n'est pas présentée sur les produits, ni les éventuels résidus qu'elles peuvent contenir. Après avoir été alertée notamment par des consommatrices, l'Agence Nationale de Sécurité Sanitaire Alimentaire Nationale (Anses) a été saisie en 2016 pour réaliser une étude sur la sécurité des produits de protection intime. Dans son rapport d'Évaluation de la sécurité des produits de protections intimes publié le 19 juillet 2018 et mis à jour en 2019, l'Anses fait plusieurs recommandations. Par exemple, les fabricants sont invités à préciser la nature des matériaux (coton, viscose, etc.) composant ces produits sur les emballages afin d'informer les utilisatrices, à supprimer les substances parfumantes dans les protections intimes et à améliorer leurs procédés de fabrication « *afin de réduire autant que possible la présence de substances chimiques dangereuses dans les matériaux constituant les protections intimes, comme les dioxines et furanes ou les HAP¹¹* ». Du côté de la réglementation des produits intimes, il est rappelé à titre liminaire qu'en Europe seuls les produits d'incontinence (serviette, couche d'incontinence) sont concernés par la directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux. Ainsi, les serviettes hygiéniques ne sont pas définies comme un dispositif médical, ni en droit européen, ni en droit français. Pourtant, certains pays considèrent les produits d'hygiène féminine comme des dispositifs médicaux. Tel est par exemple le cas des États-Unis où, depuis 1976, les tampons et serviettes hygiéniques sont considérés comme des dispositifs médicaux ou encore du Canada. D'autres pays européens prévoient des dispositions particulières pour les produits d'hygiène féminine : en Allemagne, ils sont considérés comme « commodités » en contact prolongé avec le corps ; en Autriche, ils sont intégrés dans le Codex alimentarius et en Suisse, ils sont réglementés comme des objets usuels. Ces réglementations spécifiques assurent un plus haut degré de sécurité sanitaire en précisant des règles de bonnes pratiques en matière de fabrication mais aussi des exigences en matière d'étiquetage et de critères microbiologiques à respecter¹². Au terme de son étude, l'Anses recommande de mettre en place une nouvelle réglementation à propos de la composition, l'utilisation et la fabrication des produits de protection intime. Un cadre réglementaire plus strict devrait être adopté afin de limiter la présence de substances chimiques dangereuses identifiées à la suite de la mission d'expertise et pour cela, il est nécessaire de définir les essais à réaliser en amont en termes de matériau. L'Anses suggère enfin de « *s'inspirer de réglementations actuellement en vigueur pour les dispositifs médicaux et les matériaux en contact avec les denrées alimentaires¹³* ».

Cette réglementation des protections hygiéniques comme relevant davantage des produits de santé pourrait être faite en parallèle d'une prise en charge de ces produits au titre de la solidarité nationale.

10 - Clément Cadoret, « De la crise sanitaire à la crise sociale : regards sur le rôle des Crous pour venir en aide aux étudiants », RDSS, n° 2, 2021, p. 232.

11 - ANSES, Sécurité des produits de protection intime, [Avis révisé et rapport révisé d'expertise collective](#), déc. 2019, pp. 12-13.

12 - ANSES, *op. cit.*, pp. 30-31.

13 - ANSES, *op. cit.*, p. 15.

3. Vers une universalisation de la prise en charge des protections périodiques

Plutôt que de se concentrer uniquement sur des publics particuliers au nom de la lutte contre la précarité menstruelle, il serait intéressant de réfléchir aux menstruations comme un risque social et d'envisager par conséquent une prise en charge des protections périodiques par la solidarité nationale. Les protections périodiques pourraient rester, lorsqu'elles le seront effectivement, gratuites pour les moins de 25 ans et prise en charge, au moins partiellement, au-delà de cet âge. À notre sens, une grande variété de protections hygiéniques devraient faire l'objet de cette prise en charge : il ne devrait pas s'agir uniquement, au regard de considérations écologiques, des protections réutilisables, c'est-à-dire des culottes et coupes menstruelles ou des serviettes lavables. En effet, nous pensons que, comme pour la contraception, la meilleure protection périodique est celle que l'on choisit. Tous les produits n'auraient pas besoin de faire l'objet d'un tel remboursement, tant qu'un choix est proposé en termes de type de protections intimes, aux bénéficiaires de la PUMA. Cette approche fondée sur la prise en compte des menstruations comme un risque social à part entière nous met à même de lutter plus efficacement contre la précarité menstruelle, en n'oubliant aucune catégorie de personnes.

B. La mise en place de consultations complexes en santé menstruelle

Dans une approche plus universelle de la santé menstruelle, il pourrait également être proposé de manière systématique à toutes les personnes, au cours de leur vie, deux consultations médicales complexes de prise en charge des douleurs menstruelles et des enjeux de santé liées à la ménopause. De telles consultations, mieux tarifées que les consultations médicales classiques, permettraient aux médecins notamment généralistes de prendre le temps d'écouter les patientes et de coordonner leur prise en charge de manière à leur proposer des solutions adaptées à leur situation. Notre proposition s'inspire de la consultation complexe qui existe pour la première contraception (CCP) et qui est proposée, aussi bien aux hommes qu'aux femmes, pour la première consultation de contraception et de prévention des maladies sexuelles transmissibles jusqu'à 25 ans. Cette consultation fait l'objet d'une cotation à 46 euros et est prise en charge à 100 % pour tous les patients. Il serait intéressant, selon nous, d'élargir la conception que l'on a de la santé en intégrant les enjeux de santé sexuelle et reproductive mais aussi de santé menstruelle et gynécologique. La mise en place de ces deux consultations médicales complexes de prise en charge des douleurs menstruelles et des enjeux de santé liées à la ménopause permettraient de mieux accompagner les personnes dans la prise en charge de leur santé menstruelle.

Il nous semble en définitive que les menstruations pourraient tout à fait être intégrées au sein des risques sociaux pris en charge par la sécurité sociale, y compris dans une nouvelle branche dédiée à la prise en charge des risques liés à la fertilité. Nous avons d'ailleurs soutenu une telle perspective dans notre travail de thèse en 2018¹⁴ et nous constatons, que d'autres autrices et auteur, défendent aujourd'hui la socialisation du risque à l'occasion de la constitutionnalisation de l'IVG. À propos de ce dernier sujet, il a été proposé de « *comprendre le droit à l'avortement dans une perspective plus ambitieuse et transformative, comme le droit à la socialisation d'un risque : si vraiment il s'agit de faire œuvre constitutionnelle pionnière, il y a un intérêt fort qui s'attache au fait d'affirmer l'avortement non pas (seulement) comme un droit d'autonomie et de vie privée, articulé à titre principal à une décision des femmes, mais comme l'une des conditions de la pleine égalité entre les personnes : c'est seulement si les femmes se voient reconnaître une autonomie reproductive et si les coûts de la reproduction humaine sont socialement équitablement distribués que tous et toutes pourront authentiquement prendre part à parts égales à la vie sociale, politique, économique et civile*¹⁵ ».

Rappelons qu'il est affirmé, dès les premiers articles du code de la sécurité sociale, à propos de l'assurance maladie que « *La Nation affirme son attachement au caractère universel, obligatoire et solidaire de la prise en charge des frais de santé assurée par la sécurité sociale* » (Art. L. 111-2-1 CSS). La santé ne devrait-elle pas inclure la santé menstruelle et gynécologique ? Penser les menstruations comme un risque social permettrait non seulement, comme nous le

14 - Marie Mesnil, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn, collection Neuchâteloise : Monographies et thèses, 2018, voir les développements à propos de « Socialiser les risques liés à la fertilité », pp. 528 et s.

15 - Stéphanie Hennette-Vauchez, Diane Roman et Serge Slama, « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 juillet 2022, consulté le 10 juillet 2023. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/14979>.

proposons dans cet article, de penser une meilleure prise en charge des frais de santé mais également de réfléchir, pour les assurées sociales, à l'indemnisation des arrêts de travail en lien avec les cycles menstruels. Certaines entreprises proposent déjà, par la voie d'accord collectif ou de décision unilatérale de l'employeur, un congé menstruel et plusieurs propositions de lois visent à généraliser cette pratique.

Ces perspectives nouvelles permettraient en outre de revitaliser la sécurité sociale, à un moment où la tentation semble grande de s'en défaire et de renvoyer aux acteurs privés, complémentaires santé et entreprises, la tâche de prendre en charge les besoins de santé de la population. Ne serait-il pas au contraire opportun d'affirmer que la santé menstruelle fait partie des risques sociaux couverts par la sécurité sociale ?

Marie Mesnil

Professionnels et institutions de santé

Refonte de la formation infirmière : et si on passait directement aux travaux pratiques ?

10 orientations-clés proposées au ministre de la Santé et de la Prévention

Stéphane Le Bouler

Président de LISA¹



Notes et Projets

22 mai 2023

Synthèse opérationnelle

Tout le monde en convient : les infirmiers-ères sont un pilier de notre système de santé. Il importe donc de conforter la place, le rôle et l'attractivité de cette profession. Cela passe par une meilleure reconnaissance, notamment pécuniaire, en ville et à l'hôpital, mais aussi par des évolutions réglementaires des missions et par une révision substantielle du cadre de formation.

Certains sujets ont besoin de concertation, au sein de la profession ou avec les autres professions. D'autres n'ont besoin « que » d'un engagement politique (ré)affirmé et d'une action puissante en termes de mise en œuvre.

Tout cela peut être résumé à travers 10 orientations clés :

1. Consolider l'analyse des besoins, réformer la régulation quantitative des effectifs en formation et renforcer les moyens de cette formation dans la durée ;
2. Prolonger la revalorisation de la profession infirmière, en ville comme à l'hôpital ;
3. Revoir l'encadrement réglementaire de la profession dans le sens d'une affirmation de son rôle aux côtés des médecins et des autres professions de santé et d'une plus grande flexibilité ;
4. Moderniser la fabrique de la formation en privilégiant les logiques d'accréditation et d'évaluation en vigueur dans l'enseignement supérieur ;
5. Développer les possibilités d'accueil en stage en rénovant le cadre réglementaire, en reconnaissant l'engagement des tuteurs et en renforçant la coordination territoriale ;
6. Préserver la diversité sociale de la profession en renforçant les moyens de formation pour les publics fragiles et en développant l'alternance et l'apprentissage ;
7. Réaffirmer l'objectif d'intégration universitaire de la formation infirmière et fixer une échéance pour parachever le processus, en matière de droits des étudiants, de soutien à la recherche, de diplomation universitaire, de contractualisation, de formation des formateurs notamment ;
8. Renforcer la dimension universitaire des sites de formation en soins infirmiers ;
9. Revoir le statut des instituts de formation en renforçant leur autonomie pédagogique, en lien avec l'Université ;
10. Rénover le pilotage État-régions de ces formations dans le cadre d'un dialogue permanent et équilibré.

Alors, engageons la concertation sur les sujets où celle-ci paraît nécessaire (orientations 2, 3 et 9 notamment) mais passons vite aux travaux pratiques pour tout le reste.

1 - contact.lisalab@gmail.com

Résumé

Au moment où le ministre de la Santé et de la Prévention a annoncé la « refonte complète » de la formation infirmière, Lisa a souhaité mettre en avant un ensemble de dispositions clés pour conduire cette transformation, en cohérence avec l'évolution du métier infirmier et avec le souci d'ancrage de cette formation dans l'Enseignement supérieur. Notre conviction est que le succès de la réforme dépendra pour une large part du respect des standards universitaires contemporains, en termes de droits des étudiants, d'évaluation des formations, d'accréditation, de contractualisation.

Abstract

At a time when the French Minister for Health and Prevention has announced a « complete overhaul » of nursing training, Lisa wished to highlight a number of key provisions for this transformation, in line with the evolution of the nursing profession, and with the concern to anchor this training in Higher Education. We are convinced that the success of the reform will depend to a large extent on compliance with contemporary academic standards in terms of student rights, training assessment, accreditation and contractualization.

Le ministre de la Santé et de la Prévention, François Braun, a annoncé le 12 mai une « grande concertation » en vue de la rénovation de la profession infirmière et de la « refonte complète » de la formation à l'horizon de la rentrée 2024.

Un tel calendrier, comportant concertation, travaux pratiques, évolution de la réglementation et des organisations de formation, apparaît *a priori* peu réaliste, d'autant qu'avec Parcoursup le cadre de formation doit pouvoir être décrit de longs mois avant la rentrée.

Sauf à considérer que, sur nombre de sujets, il s'agit avant tout de passer à l'acte.

Donc, plutôt que de partir dans un vaste processus de dialogue tous azimuts², peut-on humblement suggérer au ministre de la Santé de fixer fermement le cadre de discussion, voire de passer aux travaux pratiques sur tous les sujets qui ont déjà été largement instruits, notamment, dernièrement, par le rapport de l'Inspection générale des affaires sociales et de l'Inspection générale de l'éducation, du sport et de la recherche³.

Pour plus de clarté, nous avons rangé les questions auxquelles il nous semble nécessaire de répondre d'emblée dans trois catégories : la place et le rôle de la profession infirmière, les caractéristiques pédagogiques et les moyens de la formation, les questions institutionnelles.

I. Quelle place et quel rôle pour la profession infirmière ?

L'IGAS et l'IGESR le rappellent sans perfidie : la question de l'évolution du décret d'actes infirmier et l'idée de raisonner sur des missions ne sont pas nouvelles. Elles étaient déjà présentes en 2008 au moment de la préparation de la *Loi relative à l'hôpital, aux patients et aux territoires* (dite « HPST ») et l'idée avait dû être abandonnée à l'époque, faute de consensus parmi les acteurs.

D'où sans doute l'idée de « grande concertation » pour franchir aujourd'hui le cap alors qu'on entend faire évoluer le rôle des infirmiers-ères dans le sens d'un élargissement de leurs compétences, que l'évolution du système de santé requiert.

Un certain nombre d'acteurs ont sans doute la crainte de lâcher la proie (une prescription réglementaire très précise et détaillée à travers le décret d'actes) pour l'ombre (des missions), au risque que la latitude donnée aux organisations de terrain tire la profession vers le bas, en fonction des besoins.

Le corollaire de cette transformation, que nous appelons de nos vœux, est donc d'être parfaitement clair sur le rôle et la place de la profession infirmière.

2 - Depuis la Grande conférence de santé de 2015-2016 notamment, les concertations n'ont pas manqué.

3 - IGAS, IGESR, Évolution de la profession et de la formation infirmières, octobre 2022 https://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/2022-030r_-_rapport_infirmiere.pdf.

1. Faut-il et peut-on former plus d'infirmier-ères ?

Le mouvement de desserrement des quotas a été enclenché en 2020 quelques mois après le déclenchement de la crise Covid, devant les difficultés de recrutement croissantes des hôpitaux et des établissements médico-sociaux.

En plusieurs vagues, ce sont plus de 6 500 places qui ont été ou vont être ajoutées pour les entrées en formation. Contrairement à ce qu'ont pu avancer certaines organisations⁴, cette augmentation des quotas ne s'est pas faite sans moyens⁵. L'État a même opéré un transfert massif de moyens aux régions (responsables de ces formations, rappelons-le) pour consolider les ressources mises en œuvre sur le terrain⁶ : en rythme de croisière, +273 millions par an de dotations de l'État aux régions.

Ces organisations ont en revanche raison lorsqu'elles soulignent que les dispositifs d'accueil en stage n'ont pas été revus en conséquence (cf. infra).

Autrement dit, si les besoins à venir sont importants, les capacités de formation sont actuellement au bord de la saturation, notamment en raison de la pénurie de professionnels en exercice. Cela rend la question particulièrement sensible.

Si on se concentre sur les effectifs à former, comment faire en sorte :

1) de conduire une analyse rationnelle et prospective des besoins (c'est l'objet du travail engagé récemment par l'Observatoire national de la démographie des professions de santé, qui devra être poursuivi dans la durée et étayé par une vision prospective en matière d'innovations et d'organisation des soins et par la consolidation des données statistiques sur les carrières et la mobilité)

2) d'adapter les outils de régulation (comment sortir des quotas définis au niveau national ?)

3) de garantir une évolution en continu des moyens en fonction des effectifs en formation (pour assurer une formation de qualité) ?

2. Quelle place assigne-t-on aux infirmiers-ères à l'hôpital, dans le secteur médico-social et en ville ?

Le *Ségur de la santé* a apporté des revalorisations aux salariés. C'est un élément important en termes d'attractivité mais cela ne semble pas avoir, pour l'heure, enrayer les formes de désaffection pour le métier ou pour l'exercice salarié.

Le sujet des conditions de travail et du coût de la vie, la reconnaissance des sujétions particulières (travail de nuit ou le week-end), les problèmes d'hébergement et de transport doivent être pris à bras le corps et commencent à l'être – tardivement – par les organisations hospitalières et les fédérations d'employeurs.

Au-delà, quel rôle assigne-t-on à cette profession intermédiaire dans la définition des projets d'établissement et dans l'organisation du système de santé ? Comment maintenir la qualité de la formation tout en répondant aux urgences des recrutements ? Comment associe-t-on des perspectives de carrière (cf. infra la promotion professionnelle) à cette reconnaissance ?

Comment reconnaît-on enfin le rôle essentiel des infirmiers libéraux dans le maintien du tissu de prise en charge de proximité ? Après l'échec des conventions avec les masseurs-kinésithérapeutes et avec les médecins, il ne faudrait pas commettre les mêmes erreurs avec les infirmiers libéraux. Les infirmiers en pratique avancée sont importants et ce n'est pas Lisa qui dira le contraire pour avoir toujours soutenu les progrès en la matière, mais ce sont les infirmiers libéraux qui tiennent littéralement le soin à domicile aujourd'hui... et ils ont joué un rôle essentiel, on le sait, dans le temps du Covid. Leurs préoccupations doivent être entendues... en laissant de côté la vieille méfiance des « budgétaires » vis-à-vis de l'exercice libéral infirmier.

4 - https://www.cefiec.fr/communiqu%C3%A9_presse/augmentation-des-places-en-ifs-lex%C3%A9cution-de-la-formation-infirmi%C3%A8re-communiqu%C3%A9-fnesi-cefiec/.

5 - Et les 2 000 places en plus à la rentrée 2023, évoquées par la Première ministre dans sa *Feuille de route*, présentée le 26 avril 2023, ne sont que la dernière tranche d'augmentation prévue, non une mesure nouvelle.

6 - Protocole État-régions signé le 14 mars 2022 par le Premier ministre, Jean Castex, et la présidente de Régions de France, Carole Delga. https://www.gouvernement.fr/upload/media/default/0001/01/2022_03_communique_de_presse_de_m_jean_castex_premier_ministre_-_le_gouvernement_et_les_regions_renforcent_leur_engagement_commun_en_faveur_des_formationen_sanitaires_et_sociales_-_14.03.2022.pdf.

3. Quel encadrement réglementaire veut-on réellement bâtir ?

L'IGAS et l'IGESR ont bien posé les termes du débat décret d'actes / définition de missions. C'est un débat légitime et sérieux, qui ne doit pas être instruit de façon manichéenne. « *L'exercice professionnel des infirmiers est fondé aujourd'hui sur un décret d'actes qui constitue, par son degré de précision, une spécificité française. Dans la plupart des pays, la profession infirmière est généralement définie par grandes missions. Ce système du décret d'actes entre en tension avec l'évolution continue des besoins de santé, qui appelle au développement de missions plus globales comme la coordination du parcours ou la prévention, pour lesquelles les infirmiers jouent d'ores et déjà un rôle important. En outre, l'évolution de la démographie médicale oblige à repenser l'organisation et la répartition des compétences entre professionnels de santé. [...] Au vu de l'attachement de nombreux acteurs au décret d'actes, il convient de ne pas négliger une première approche s'inscrivant dans la structure actuelle de ce décret pour identifier quels actes seraient susceptibles d'être intégrés dans le socle de compétences des infirmiers. La seconde approche consiste à déterminer les missions à développer en se fondant d'une part sur les besoins insuffisamment couverts dans le système actuel et d'autre part sur la capacité de la profession infirmière à y répondre en lien avec les autres professions de santé.* »

C'est sur cette alternative que la mission IGAS-IGESR recommande de conduire une concertation pour envisager les missions à définir autour du triptyque prévention-coordination-soins de proximité, pour traiter les questions frontalières avec l'exercice médical de la consultation et de la prescription, pour envisager la meilleure façon de sécuriser l'exercice des compétences (à travers la qualité de la formation socle acquise en formation initiale et les expertises complémentaires acquises en formation continue, avec des certifications transférables donc structurées en blocs de compétences), pour travailler aussi les articulations entre les professions et les formes de coordination et revoir enfin la définition législative de la profession infirmière.

Bel objet en vérité pour une grande consultation, nécessairement ouverte aux autres professions.

La construction réglementaire de la profession emporte aussi des conséquences en matière de formation (pas seulement la formation continue). Et sur ces sujets non plus, on ne part pas d'une page blanche.

II. Quelle formation voulons-nous ?

L'annonce du ministre de la Santé s'est faite à l'occasion de la *Journée internationale de la profession infirmière*. On finit par penser que ces « journées internationales » définissent désormais les agendas ministériels sur tout un tas de sujets, dans le champ de la santé en particulier, mais passons...

Elle s'est faite aussi concomitamment à la sortie d'une étude de la DREES⁷ relative aux défections en cours de formation. Certains verront le verre à moitié plein, d'autres le verre à moitié vide. Le titre de la publication prend cette deuxième option et force même le trait : on est passé de 3 % de défection en première année en 2011 à 10 % en 2021 (année fortement impactée par le Covid, faut-il le rappeler ?) ; les défections sur les trois années de scolarité sont quant à elles passées de 11 % à 14 %, soit trois points en plus, dégradation sérieuse mais qui n'a rien d'une défection massive. On se préoccupe – légitimement – de ces défections, tant les besoins sont importants, mais les chiffres n'ont rien à voir avec ceux qu'on connaît dans les premiers cycles des universités ou même en IUT⁸. Dans un autre secteur, un récent rapport parlementaire évoquait la situation des armées, avec des taux de résiliation des contrats avant la fin de la formation de 32 % pour l'armée de terre⁹. Pour une fois, s'agissant des armées, Parcoursup n'est pas en cause !

Dans un monde où les opportunités d'emploi sont importantes, où la mobilité s'accroît, où la concurrence sur les rémunérations est forte, ces phénomènes ne doivent pas nous étonner. Il faut cependant s'efforcer de fidéliser les apprenants et davantage écouter leur parole, quand ils évoquent leur malaise ou leur mal être.

Parmi les étudiants qui « craquent » en première année, certains se rendent compte qu'en raison de la pénurie

7 - DREES, *Études et résultats* n° 1266, « Les étudiantes en formation d'infirmière sont trois fois plus nombreuses à abandonner en première année en 2021 qu'en 2011 », mai 2023. <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/publications-communique-de-presse/etudes-et-resultats/les-etudiantes-en-formation-dinfirmiere-sont>.

8 - Les étudiants d'IUT étaient en 2020 82% à poursuivre dans la même filière à l'issue de la première année.

9 - « Les armées confrontées à des départs massifs », *Le Monde*, 10 mai 2023.

de soignants, des responsabilités trop lourdes leur incombent. D'autres découvrent la somme de connaissances à mémoriser à long terme et à intégrer vraiment. D'autres encore observent dans les services de soins des pratiques trop éloignées des valeurs enseignées. Cette dureté du monde du travail, dans un univers qui les confronte par ailleurs à la maladie et à la mort, peut entraîner leur éloignement. D'autres étudiants, plus optimistes peut-être, persévèrent. Le moment du diplôme est alors, pour eux, un accomplissement et une forme de délivrance... Pas étonnant là encore qu'ils n'aient pas envie d'enchaîner immédiatement avec l'entrée dans la vie active ou qu'ils préfèrent des formes d'engagement éphémères (ce que permettait jusqu'à présent l'intérim, au-delà de l'avantage pécuniaire).

4. Comment renforcer l'adaptation des formations aux besoins du système de santé ?

L'IGAS et L'IGESR ont mis des mots sur les excès de l'encadrement réglementaire de la formation infirmière. « *Le référentiel de formation de 2009, prescriptif et excessivement détaillé, n'est plus adapté aux évolutions du métier. Il doit être révisé en tenant compte des arbitrages relatifs à l'exercice de la profession infirmière, organisé en blocs de compétences et en respectant trois grands principes : la délivrance du diplôme de licence, un caractère moins prescriptif et une évaluation par le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES)* ».

Au-delà même du résultat décrit par la mission, la construction des « réingénieries » (nom donné aux processus de refonte des formations conduits depuis 2009), c'est-à-dire la fabrication de référentiels métier / compétences / formation-évaluation a plusieurs conséquences :

- ce sont des processus extrêmement lourds et chronophages ; ils ne peuvent donc être renouvelés fréquemment, d'autant qu'il y a une longue file d'attente parmi les professions¹⁰ ; peu à peu, les référentiels de formation s'éloignent donc de la pratique des métiers (le référentiel infirmier a aujourd'hui quinze ans) ;

- ce sont des processus conduits profession par profession, en « silos » selon l'expression consacrée : ils ne préparent donc pas à la coopération entre professions et ne ménagent guère de possibilités d'enseignements communs.

Les référentiels de formation ainsi définis constituent des carcans pour les acteurs de la formation sur le terrain, s'agissant des enseignements théoriques comme des stages.

Carcans paradoxaux cependant dans la mesure où les référentiels nationaux, détaillés à l'excès, sont réputés mis en œuvre sans guère de vérification ou d'assurance qualité, pour ne même pas parler d'évaluation.

La question posée au ministère de la Santé au moment d'engager cette « refonte complète » de la formation est donc simple : entend-il suivre les recommandations de l'IGAS et de l'IGESR et changer radicalement de logique et de méthode en allégeant le cadre réglementaire national et en mettant en place une logique d'accréditation et d'évaluation des formations, en vigueur dans l'ensemble de l'enseignement supérieur universitaire et déjà mise en place pour la formation d'infirmier en pratique avancée (cf. infra le point 7) ?

C'est là un changement majeur et cela transforme évidemment le processus annoncé de refonte de la formation... et la possibilité de tenir le calendrier de mise en œuvre évoqué par le ministre.

5. Comment consolider l'accueil en stage ?

La qualité de l'accueil en stage est un argument essentiel de la réussite en formation et de la façon dont les étudiants perçoivent celle-ci. Elle retentit, on le sait, sur le maintien en formation *versus* les défections.

Par ailleurs, on ne peut pas développer les effectifs en formation si on ne déverrouille pas les possibilités d'accueil en stage. C'est une lapalissade, justement rappelée par les acteurs de terrain et les organisations professionnelles.

Or qu'est-ce qui a été fait depuis que l'on augmente les effectifs en formation ? Pour ainsi dire, rien. Ce n'est pas faute d'avoir alerté les pouvoirs publics sur le sujet au moment où ils se lançaient dans l'augmentation des quotas¹¹.

10 - Le *Séjour de la santé* de 2020 avait fortement relancé les revendications en matière de réingénierie, faute pour les professions concernées de se voir proposer d'autres perspectives.

11 - Ce sujet a été largement présent et instruit dans le cadre de la concertation préparatoire au *Protocole État-Régions* de mars 2022.

Il y a plusieurs axes à travailler de front :

Au titre des problèmes capacitaires :

- Assouplir la réglementation : les prescriptions réglementaires strictes concernent aussi bien l'organisation des temps d'enseignement théorique que les temps de stage tout au long du cursus, on l'a dit. Elles encadrent aussi la typologie des stages. Ces prescriptions, qui ne sont pas régulièrement actualisées, peuvent être en décalage par rapport aux réalités de terrain : il en va ainsi de la simulation, en plein développement, dont le potentiel n'est pas forcément pris en compte dans la réglementation. Les évolutions de l'organisation des soins retiennent par ailleurs sur les possibilités et l'opportunité de telle ou telle mise en situation pratique. Il faut donc maximiser le potentiel d'accueil en stage ou optimiser l'apprentissage pratique en adaptant la réglementation ou en se donnant plus de flexibilité par rapport à celle-ci, sans altérer les caractéristiques essentielles de la formation en soins infirmiers.

Pour cela, il convient de revoir la typologie des stages dans le cadre d'une approche par compétences et de mieux utiliser les amplitudes journalières (jour/nuit), hebdomadaires (week-end), annuelle (temps de vacances), en revalorisant les indemnités en conséquence, tout en préservant la qualité de l'encadrement des stagiaires ;

- Revoir l'organisation des stages au long des trois années de formation : moins de stages en première année (mais plus de travaux pratiques et de simulation) et une plus forte concentration des stages en 3^{ème} année. Une telle réorganisation permettrait en outre des pré-recrutements en 3^{ème} année, sous le format de l'apprentissage (avec une alternance bien travaillée, qui respecte les impératifs liés aux études), avec pour bénéfice connexe de limiter le coût des formations pour les étudiants, tout en concourant à fidéliser les professionnels au bénéfice des établissements engagés dans la formation ;

- Déployer toutes les possibilités d'accueil en stage et mobiliser les acteurs de terrain. La mobilisation de toutes les structures d'accueil possibles doit être recherchée : établissements hospitaliers, quel que soit leur statut, établissements médico-sociaux, maisons de santé ou autres structures de regroupement des professionnels de santé, cabinets libéraux, structures de santé publique (santé scolaire et universitaire, protection maternelle et infantile – PMI, santé au travail, lutte contre les addictions...). Il convient de développer les incitations à cette fin (politique d'accréditation, financement des structures de ville, subvention aux associations impliquées dans les politiques de santé) et de renforcer la coordination territoriale pour optimiser le potentiel d'accueil en stage et mieux prendre en compte les conditions matérielles (transport et hébergement), contrainte essentielle pour les étudiants stagiaires. Une coordination territoriale plus systématique organisée par l'Agence régionale de santé, en partenariat avec la Région, paraîtrait opportune ;

Au titre de la qualité des stages :

- Mettre en place une plateforme d'évaluation de la qualité des stages, avec une vraie grille d'appréciation mettant en exergue les objectifs d'apprentissage, dans le but d'entendre la parole des étudiants et d'accompagner les équipes encadrantes. Un tel dispositif devrait aller de pair avec une procédure d'agrément des stages comme cela se fait à l'Université. Les stages considérés comme non formateurs auraient ainsi vocation à perdre leur agrément ;

- Enfin, bien entendu, consolider les conditions d'encadrement par les personnels en poste au sein des services d'accueil : il faut avancer sur la reconnaissance des fonctions de tutorat mais, au-delà, on ne traitera pas les questions de formation pratique sans considérer que l'encadrement des stagiaires fait partie des missions fondamentales des soignants et qu'il convient donc d'en tenir compte en termes de présence dans les services.

Il faut donc un travail de fond sur l'apprentissage pratique, technique et réflexif, sur une véritable alternance intégrative, qui ne se limite pas à la question des stages.

Plus qu'une consultation, on attend des engagements très forts du ministère sur ces questions et sur les moyens afférents.

6. Comment préserver la diversité sociale de ces formations ?

Le recrutement socialement diversifié de la profession infirmière fait sa richesse et doit être préservé. Cela distingue cette profession de la plupart des professions de santé post bac. Cette diversité se construit en formation initiale et en formation continue (autre particularité).

En formation initiale, l'admission dans les formations concerne des étudiants aux profils social et scolaire dispersés (du bac professionnel au bac scientifique). Cette diversité n'est pas formellement prise en charge par les tutelles et par les institutions de formation alors qu'il conviendrait à l'évidence de ménager *a priori* des rythmes de formation et des moyens à mobiliser différents selon les profils. Ce que le « oui si », prévu par la *Loi de mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants* (loi *ORE*) mais jamais mis en œuvre pour les IFSI, permet de proposer aux étudiants. Les redoublements sont aujourd'hui une variable d'ajustement quand le rythme de formation apparaît trop intense pour certains publics. Des dispositifs de consolidation sont aussi bâtis localement mais on gagnerait à mieux organiser tout cela sans attendre que les difficultés surgissent.

L'autre versant de la diversité tient à la place de la promotion professionnelle. Il importe de renforcer le travail de gestion des compétences au niveau de l'encadrement de proximité et des services de Ressources humaines. Mais il faut aussi se préoccuper davantage des conditions pratiques de l'accès aux formations. Comment peut-on devenir infirmier-ère quand on a commencé sa carrière comme aide-soignant-e ? La promotion professionnelle est un objectif assumé par les organisations hospitalières mais le coût de la formation¹² dans un registre classique apparaît dissuasif, d'où une pratique malthusienne qui n'offre pas de perspectives de carrière à un grand nombre de postulants, avec de grandes disparités en la matière entre les territoires.

En pareil cas, deux possibilités existent pour réduire les coûts : réduire le temps de formation ou transformer l'organisation. La première option peut être explorée s'il s'agit de mieux reconnaître les acquis de l'expérience, dans un processus bien réglé et fluide (ce qu'il n'est pas aujourd'hui) et est à éviter s'il s'agit de dégrader les objectifs de formation. La seconde option est à privilégier en développant l'alternance : il faut permettre à beaucoup plus d'aide-soignants-es d'entrer dans la formation infirmière sous le régime de la formation en alternance, c'est-à-dire en conciliant maintien dans l'emploi et études, ce qui suppose de travailler l'ingénierie pédagogique au sein des IFSI pour permettre l'organisation en parallèle de plusieurs types de cursus. Un peu de complexité à gérer pour un grand bénéfice social !

III. Quelle organisation institutionnelle des formations ?

Le choix a été fait il y a bientôt quinze ans d'arrimer la formation infirmière à l'Université. Un autre choix aurait pu être fait alors en consolidant l'ancrage professionnel de ces formations élevées au grade licence. Cela aurait supposé un investissement spécifique et important du secteur hospitalier, sauf à s'en remettre à l'enseignement supérieur privé, comme dans d'autres filières.

Le choix de l'Université a été fait mais *a minima* : sans guère toucher aux organisations et en assurant une division du travail prudente entre les instituts de formation et les universités, le tout étant couvert par une convention peu contraignante entre les hôpitaux supports des instituts, les universités et les régions.

Pour ne pas rester éternellement au milieu du gué, le gouvernement a décidé, en 2017-2018, de pousser les feux et de se rapprocher des standards universitaires en termes d'accès aux formations (à travers la plateforme Parcoursup, tel que le prévoyait la loi *ORE* de mars 2018, et par la suppression des concours), de droits des étudiants, de rapport à la recherche (avec la création des sections de qualification aux fonctions d'enseignants chercheurs du Conseil national des universités, en sciences infirmières, en sciences de la rééducation et de la réadaptation et en maïeutique), de diplomation et de fabrique des formations. Sur ces deux derniers registres, essentiels, les évolutions sont à concrétiser et il va bien falloir, par ailleurs, tirer un jour les conséquences organiques du rapprochement avec les universités.

7. Confirme-t-on la dimension universitaire de la formation infirmière ?

Pour la plupart des formations paramédicales de grade licence ou *a fortiori* de grade Master, la dimension universitaire des formations ne fait plus guère de doute. Elle est fortement revendiquée par les étudiants, les formateurs et les professions. C'est le cas en particulier dans le champ de la réadaptation : même si les évolutions

12 - De l'ordre de 140 000 euros pour assurer le coût d'une formation sur trois ans et, surtout, remplacer la personne partie en formation sur son poste.

ne se sont pas faites du jour au lendemain, il ne viendrait pas à l'esprit des responsables des filières de masso-kinésithérapie ou d'ergothérapie par exemple de renier cet ancrage.

En dira-t-on autant dans la filière infirmière ? Le syndicat étudiant (la FNESI) milite de longue date pour l'intégration universitaire. Il en va de même des organisations de formateurs (CEFIEC et ANDEP) mais qu'en est-il des formateurs de terrain ? L'adhésion a progressé mais on est loin de l'unanimité. Quant à la profession, elle est assez peu mobilisée sur cet enjeu.

De sorte que le politique, lui aussi, peut être amené à se poser des questions voire à osciller.

La question est donc posée aujourd'hui : confirme-t-on l'engagement réaffirmé avec force et au plus haut niveau¹³ en 2017-2018 en faveur de l'intégration universitaire de la formation infirmière ?

Un tel engagement ne signifie pas seulement aujourd'hui maintenir l'existant mais suppose de franchir quelques étapes clés en termes de fabrique des formations¹⁴ : à savoir un encadrement réglementaire rénové (en finir avec les référentiels définissant tout dans le moindre détail au plan national. Cf. point 4. ci-dessus), pour mettre en place une logique d'accréditation et d'évaluation des formations par le truchement des universités partenaires des instituts (autrement dit, les universités porteraient les dossiers des instituts aussi bien pour la phase d'accréditation que pour l'évaluation quinquennale), avec à la clé la diplomation universitaire (autrement dit, le fait que le diplôme d'État serait désormais délivré par le président d'université).

Derrière ces dispositions d'apparence technique, se déploierait un changement radical, non pas quant à l'organisation physique des formations (les instituts restant là où ils sont et les étudiants aussi) mais quant à l'organisation et à la régulation pédagogiques.

Dans ce cadre rénové, la capacité élective conférée aux étudiants des formations paramédicales¹⁵ prendrait tout son sens.

La relation à l'Université concerne aussi les formations de spécialité et désormais les formations de pratique avancée. Pour ce qui est de ces dernières, leur ancrage universitaire a été construit à l'origine. Ce sont de plein droit des formations universitaires.

Il n'en va pas de même, on le sait, des formations de spécialité. Les formations d'infirmiers-ères anesthésistes et, plus récemment, d'infirmiers-ères de bloc opératoire ont été élevées au grade Master et arrimées à l'Université mais le travail reste à conduire pour les infirmiers-ères de puériculture et pour les cadres de santé. L'ensemble de ces formations, bâties dans des organisations séparées de l'Université et dépendantes, pour beaucoup, des CHU, ont vocation à rejoindre pleinement l'Université. Les expérimentations permises par la *Loi relative à l'organisation et à la transformation du système de santé* de juillet 2019 et organisées par le décret n° 2020-553 du 11 mai 2020 ont montré la voie en la matière.

À l'évidence, la consolidation, dans un cadre universitaire, de la formation des formateurs apparaît ici stratégique. Le référentiel a près de 30 ans et même si les écoles de cadres et les universités ont, fort heureusement, multiplié les partenariats au fil du temps, le fait que cette formation ne soit pas à la pointe de l'intégration à l'Université est un signal fâcheux.

Il est important de susciter des vocations d'enseignants-chercheurs parmi les infirmiers-ères et de prévoir les postes dans les universités en conséquence mais il est encore plus urgent sans doute de refonder la formation des formateurs en instituts, avec, en outre, le souci de la bi-appartenance enseignement-soin pour ceux-ci.

La « refonte complète » de la formation annoncée par le ministre ira-t-elle jusqu'à concrétiser enfin, de façon systématique et sans barguigner, l'intégration universitaire de l'ensemble des formations infirmières ?

13 - Notamment dans le discours du Président de la République, dit « Ma santé 2022 », du 18 septembre 2018.

14 - Parmi les orientations récemment prises par les ministères en charge de la santé et de l'enseignement supérieur, on mentionnera la mission sur l'universitarisation confiée au Pr. Christine Ammirati et les nombreuses missions confiées à l'IGAS et à l'IGESR sur des sujets touchant à ces formations.

15 - Décret n° 2020-1467 du 27 novembre 2020 modifiant les conditions d'exercice du droit de suffrage aux conseils des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel prévues à l'article D. 719-14 du code de l'éducation.

8. Comment préserver l'ancrage territorial de ces formations ?

On l'a dit, la diversité sociale du recrutement en IFSI en fait la force. Cette diversité est aussi et corrélativement géographique. Les quelque 330 IFSI sont disséminés sur le territoire, très au-delà évidemment des implantations universitaires. Les régions, collectivité organisatrice, sont très attachées à ce maillage.

Cette proximité a plusieurs avantages.

Elle assure la diversité du recrutement, en limitant les barrières à l'entrée de l'enseignement supérieur que peuvent constituer l'éloignement des sites par rapport au domicile des parents – avec les conséquences financières inhérentes – ou une forme d'autocensure par rapport à la poursuite d'études. D'où une des critiques faites à Parcoursup d'ailleurs, lorsque la plateforme conduit à éloigner les étudiants de leurs « bases ».

Elle est censée « sécuriser » le recrutement des structures hospitalières de proximité, en leur donnant l'opportunité de retenir les étudiants qu'elles ont contribué à former (pour autant qu'elles ne considèrent pas cette « fidélité » comme un acquis...).

Elle participe enfin d'une politique d'aménagement du territoire dans la mesure où ces structures amènent de l'activité et « fixent » les étudiants sur le territoire.

Cette dispersion ne va pas sans difficultés évidemment.

Elle complique l'engagement des universités auprès des instituts. Il est en effet parfois difficile de trouver des enseignants pour faire des cours en présentiel loin des métropoles universitaires, d'où le recours aux moyens numériques, plus ou moins élaborés, d'où aussi de part et d'autre un ressenti pas forcément très favorable.

Elle ne permet pas toujours aux étudiants d'exercer leurs droits de ressortissants de l'Université ou de l'enseignement supérieur : droits électifs mais aussi droits d'accès aux infrastructures universitaires en matière de restauration, de logement ou d'accès aux sports et à la culture.

Pour pallier ces difficultés, l'idée de transformer certains instituts de formation paramédicaux en véritables antennes universitaires, accueillant plusieurs formations médicales et paramédicales, fait son chemin. Elle est déployée dans certaines régions et permet de concrétiser plusieurs ambitions : rapprocher les populations étudiantes médicales et paramédicales (faire en sorte que cette proximité dans le temps de la formation ne soit pas construite uniquement sur les campus des métropoles universitaires), diversifier l'implantation territoriale des premiers cycles d'études de santé, incarner les possibilités de passerelles entre les formations, déployer plus largement les infrastructures universitaires et les services afférents¹⁶, etc.

9. Quel statut pour les instituts de formation en soins infirmiers ?

La question du statut des instituts de formation a été soigneusement laissée de côté depuis près de vingt ans : la décentralisation de 2004 n'avait guère pris en considération le sujet au moment de transférer la prise en charge des formations paramédicales aux régions (sauf pour distinguer, non sans ambiguïté, leur rôle vis-à-vis des instituts publics *versus* les autres) ; l'engagement du processus d'universitarisation, par la suite, n'a pas davantage apporté de changements, tout en complexifiant le jeu avec l'intervention des universités publiques, autonomes quant à elles depuis la *Loi relative aux libertés et aux responsabilités des universités* (loi LRU) d'août 2007.

La relance du processus d'intégration universitaire en 2017-2018 s'est accommodée de ce *statu quo* juridique, en distinguant intégration fonctionnelle et intégration organique à l'Université. Dans le premier cas, on rapproche les enseignements et cela peut aller jusqu'à la création de « départements universitaires en sciences infirmières », en fait des dispositifs de coordination des entités extérieures à l'Université. Dans le second cas, il y a intégration pleine et entière à l'Université, sous forme d'institut interne ou de département au sein de la faculté de santé. Les processus d'intégration organique ont, jusqu'à récemment, concerné essentiellement les formations de réadaptation (dont la kinésithérapie) et la maïeutique. Le mouvement a été plus lent en soins infirmiers mais il y a désormais des instituts universitaires à Marseille et à Limoges.

16 - Rappelons que les étudiants des IFSI s'acquittent de la Contribution de vie étudiante et de campus (CVEC), depuis 2018 et la loi *ORE*, sans toujours bénéficier des services que celle-ci est destinée à financer (en matière sportive, culturelle et de santé étudiante notamment).

Les créations de nouvelles places de formation, les projets portés dans les expérimentations à partir de 2020 et la réforme de l'accès aux études de santé ont stimulé les initiatives de rapprochement significatif, notamment à partir de l'adossement des diplômes d'État en soins infirmiers au diplôme de licence en sciences pour la santé et à travers le rapprochement opéré pour les spécialités infirmières (au niveau Master).

Mener à son terme le processus d'intégration universitaire ne permet pas de laisser de côté la question du statut des instituts. Il n'y a d'ailleurs plus vraiment d'exemples au sein de l'enseignement supérieur d'une telle imbrication entre institution de formation et institution employeur. La plupart des secteurs d'activité ont opéré une clarification en la matière. Les IUT (instituts universitaires de technologie) relèvent quant à eux de l'Université tout en organisant un dialogue avec les secteurs économiques d'intérêt et mobilisent largement des formateurs issus du monde professionnel aux côtés des enseignants universitaires.

Si le *statu quo* ne paraît guère tenable, la solution d'arrivée ne fait pas forcément consensus entre les acteurs. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de prôner un modèle unique, compte tenu des trajectoires et de la diversité des territoires.

Les pionniers de l'intégration universitaire des formations ne voient pas d'autres solutions que le département (de sciences infirmières / de soins infirmiers / de métiers du soin) au sein de la faculté de médecine (ou plutôt et de plus en plus de la « faculté de santé » ou de la « faculté des sciences médicales et paramédicales »).

Les instituts de la Croix Rouge française regardent avec intérêt le modèle des établissements d'enseignement supérieur privé d'intérêt général (EESPIG)¹⁷, régulés par les pouvoirs publics et évalués par le HCÉRES.

Le modèle des instituts universitaires de technologie est étudié par d'autres acteurs : leur implantation apparaît moins concentrée que celle des universités (*a fortiori* celles à composante santé) et, à condition de travailler la mise en réseau sur le territoire, cela pourrait permettre de concilier ancrage universitaire et dispersion des IFSI ; les IUT font largement appel à des formateurs professionnels tout en mobilisant des enseignants-chercheurs ; le dialogue y est structuré avec la demande des acteurs du territoire, qui participent fortement à la gouvernance des instituts ; ceux-ci sont par ailleurs pleinement partie prenante de la gouvernance des universités et les étudiants des IUT sont clairement ressortissants de l'Université. La question la plus délicate à traiter, pour une éventuelle transposition aux IFSI, est sans doute celle de l'articulation avec la composante santé...

Encore une fois, le *statu quo* étant la seule option exclue à moyen terme, il y a là un sujet de discussion de fond, à porter conjointement par les ministères en charge de la santé et de l'enseignement supérieur et les régions, aux côtés des acteurs de la formation.

9. Quel pilotage État-régions de ces formations ?

En 2004, le transfert aux régions de la compétence sur le fonctionnement des formations sanitaires et sociales et les bourses a été largement contingent. Il fallait « remplir la besace » des régions et les formations sanitaires et sociales faisaient bon poids dans le « paquet formation professionnelle ».

Depuis lors, les régions ont élaboré concrètement l'exercice de cette compétence, développé la prospective des besoins (conformément à la loi), mis en place des services, de plus en plus structurés, investi dans la modernisation des équipements et – souvent et sur leurs propres deniers – dans les bâtiments de formation, réclamé l'augmentation des quotas (sans compensation, à l'époque, quand elles l'obtenaient), etc. Elles ont très souvent bataillé avec l'État sur la compensation des transferts, chaque fois que les formations évoluaient. Elles se sont montrées aussi de plus en plus sensibles à la présence des soignants sur les territoires, prenant ainsi leur part dans la réponse apportée à cette préoccupation majeure des Français.

En 2020, on l'a dit, elles ont répondu présent aux sollicitations du gouvernement, désireux de revoir la politique des quotas d'effectifs en formation.

Pour autant, on n'a pas l'impression que le dialogue État-régions ait la maturité de ces près de vingt années de

17 - Ce dispositif, créé par la loi sur l'enseignement supérieur et la recherche du 22 juillet 2013, permet de labelliser les établissements privés d'enseignement supérieur, à but non lucratif, qui sont en contrat avec l'État.

dévolution de la compétence. Les régions ne sont pas toujours, en effet, le partenaire privilégié et incontournable de l'État. Il arrive même qu'elles soient à peine consultées.

L'engagement du processus de rapprochement des formations avec l'Université, à la fin des années 2000, a, il est vrai, compliqué la donne, en ajoutant une tierce partie – le ministère de l'Enseignement supérieur, d'une part, les universités d'autre part – au dialogue des régions avec l'univers santé – ministère, agences régionales de santé et hôpitaux.

Sauf à renationaliser la compétence, ce que personne ne revendique *a priori* ouvertement et ce qui ne nous paraîtrait pas une option pertinente, il faut là encore aller de l'avant et bâtir un cadre de partenariat rénové.

Les principes de cette rénovation sont assez clairs : un recentrage de la partie Santé sur ses prérogatives d'« utilisateur » des formations et des professionnels formés (utilisateur pouvant être d'autant plus exigeant qu'il ne sera plus en prise directe sur l'appareil de formation) et de partenaire de la formation (à travers les terrains de stage), une montée en responsabilités pédagogiques de l'Université (à travers le triptyque accréditation-évaluation-diplomation) et une Région exerçant pleinement ses prérogatives de collectivité organisatrice (en matière de programmation, d'implantation, de financement et d'investissement).

A l'échelon national, cela suppose de mettre en place un cadre de dialogue stable et continu. Au niveau régional, il convient de sortir du registre conventionnel qui prévaut depuis quinze ans pour bâtir une véritable contractualisation Région-Université-Hôpitaux, articulée aux dispositifs contractuels en vigueur à la fois dans l'Enseignement supérieur et dans le domaine hospitalier.

Alors, oui, la refonte de la formation infirmière est nécessaire. Elle est urgente. Mais il faut aujourd'hui baliser le terrain et (ré)affirmer les principes de cette refondation pour engager sans délais les nombreux travaux de fond indispensables.

Stéphane Le Bouler

Avec les contributions de **Mohamed Abdirahman**, directeur d'institut, **Florent Cachon**, formateur en IFSI, **Florence Girard**, présidente de l'Association nationale des directeurs d'écoles paramédicales (ANDEP), **Ludivine Gauthier**, ancienne présidente de la Fédération nationale des étudiants en soins infirmiers (FNESI), **Françoise Jeanson**, vice-présidente de la Région Nouvelle Aquitaine, **Pauline Lenesley**, maître de conférences à l'Université de Caen, membres de LISA, **Romy Poty**, directrice d'institut, **Alex Ollivier**, chef de projet e-santé, ancien vice-président de la FNESI.

Professionnels et institutions de santé

Centres de santé, la fin d'une idylle... ?

Delphine Jaafar

Avocat associé, VATIER

Antoine de Swardt

Elève-avocat, VATIER

Résumé

La loi n° 2023-378 du 19 mai 2023 visant à améliorer l'encadrement des centres de santé est entrée en vigueur le 21 mai 2023. Cette loi a été adoptée en réaction à une série de scandales de nature pénale touchant tout particulièrement les centres de santé dentaires. Une loi en forme de réaction, une nouvelle fois, mais qui semble marquer un retour en arrière s'agissant du cadre juridique applicable aux centres de santé.

Abstract

Law n° 2023-378 aimed at improving the supervision of health centres came into force on 21 May 2023. The law was passed in response to a series of criminal scandals affecting dental health centres in particular. Once again, this law is a reaction, but it seems to mark a step backwards in terms of the legal framework applicable to health centres.

La loi n° 2023-378 du 19 mai 2023 visant à améliorer l'encadrement des centres de santé est entrée en vigueur le 21 mai 2023. Cette loi s'inscrit dans le cadre de la lutte contre les dérives qui sont intervenues dans certains centres de santé, en particulier dentaires.

En 2016, l'affaire « Dentexia » a pu avoir les honneurs de la presse. La franchise de médecine dentaire dite « low-cost », Dentaxia, est lancée en 2012 : il s'agit de rendre accessibles aux classes modestes des opérations de dentisterie onéreuses, notamment la pose d'implants et de prothèses. Les centres dentaires de Dentexia, liquidés en 2016, auraient fait plus de 3 000 victimes dont près de la moitié d'entre elles a porté plainte. En 2018, le fondateur de Dentexia est mis en examen pour tromperie aggravée, pratique commerciale trompeuse, blanchiment en bande organisée, fraude fiscale et escroquerie en bande organisée.

En octobre 2021, deux centres dentaires situés en Bourgogne Franche-Comté gérés par l'association Proxidentaire ont été fermés par l'ARS pour manquement aux règles d'hygiène et de sécurité. Une instruction judiciaire a été ouverte pour, notamment, escroquerie à l'assurance maladie, mise en danger des patients et exercice illégal de la profession de dentiste.

Olivier Véran, ministre de la santé, déclarait en octobre 2021 que : « Ces centres sont de l'escroquerie et un danger. J'ai demandé le vendredi 24 septembre 2021, aux agences régionales de santé de me donner la liste exhaustive de tous ceux qui sont identifiés comme déviants pour les empêcher de développer d'autres centres et qu'on les attaque en justice ».

Avant une telle crise, l'accueil réservé aux centres de santé par les pouvoirs publics était bien différent. Lieu de médecine sociale ayant fait son apparition sous forme de dispensaire suite à la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale aux indigents, les centres de santé sont en quelque sorte consacrés par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite « HPST » : ils ont « vocation à favoriser une plus grande accessibilité des populations aux soins et à leur assurer

une prise en charge globale¹ » et leurs modalités de création sont alors très largement assouplies.

Un premier rapport de l'Inspection générale des affaires sociales intitulé : « *Les centres de santé : situation économique et place dans l'offre de soins de demain* » indiquait en 2013 que : « *Dans un contexte où sont recherchés (...) des réponses aux inégalités territoriales et sociales d'accès aux soins, les centres de santé qui offrent des soins ambulatoires pluriprofessionnels en secteur 1 et en tiers payant, méritent une attention particulière. Si leur efficacité médico-économique ne peut être prouvée, leur utilité sanitaire et sociale est réelle* ».

La loi n° 2023-378 du 19 mai 2023 visant à améliorer l'encadrement des centres de santé permet de mettre en évidence, une nouvelle fois, qu'un schéma infractionnel d'une importance majeure a abouti à une réponse législative.

Cette réponse législative a comme particularité de mettre fin à un régime existant et rétablit la nécessité d'un agrément préalable à l'ouverture des centres de santé.

Un scandale de nature pénale. . .

Lors des affaires entourant des centres dentaires frauduleux, dont Dentexia et Proxidentaire sont les exemples les plus emblématiques, plusieurs cas susceptibles de constituer des infractions pénales ont été révélés. Ces infractions concernent à la fois le modèle économique des centres, l'exercice illégal de la profession de dentiste, mais également les défauts majeurs dans les soins.

S'agissant du modèle économique, à l'occasion de la mise en examen de Monsieur Pascal Steichen, en sa qualité de dirigeant de Dentexia, a été révélé un montage frauduleux. Rappelons que les centres de santé devaient, et doivent toujours, être « *créés et gérés soit par des organismes à but non lucratif, soit par des collectivités territoriales, soit par des établissements de santé publics ou des établissements de santé d'intérêt collectif*² ». Les centres de santé Dentexia étaient déclarés et enregistrés depuis le 1^{er} juillet 2011 comme association à but non lucratif. L'objet de l'association était de : « *Favoriser l'accès aux soins dentaires à toutes les catégories sociales et notamment aux personnes démunies, plus particulièrement en créant des centres de santé dentaires accessibles à tous et pratiquant des tarifs modérés ainsi que toutes autres structures complémentaires visant à atteindre ce but*³ ». Cependant, ont été mis en évidence des intérêts avec des prestataires externes privés. Ces prestataires auraient conclu des contrats très onéreux avec l'association Dentexia qui pouvait ainsi dégager des bénéfices de manière indirecte. L'association Dentexia a été placée en redressement judiciaire le 16 décembre 2015⁴, converti ensuite en liquidation le 23 mars 2016. Les patients se sont retrouvés en cours de traitement sans possibilité de continuité des soins.

Ces faits peuvent revêtir plusieurs qualifications pénales. D'abord, ils peuvent être constitutifs d'escroquerie. L'article 313-1 du Code pénal rappelle qu'est constitutif d'escroquerie « *le fait, (...) par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de déterminer ainsi à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque (...)* ». Les faits peuvent également être constitutifs d'une banqueroute qui est constituée selon les termes suivants : « *en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes (...) contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après : (...) 2° Avoir détourné ou dissimulé toute ou partie de l'actif du débiteur ; (...)*⁵ ».

S'agissant de l'exercice illégal de la profession de dentiste, l'exemple le plus marquant est celui l'affaire Proxidentaire. Les faits sont relatés dans la décision de l'ARS Bourgogne Franche-Comté portant fermeture d'un des centres Proxidentaire⁶ : « *Les personnes intervenant dans la réalisation des actes ne sont pas parfaitement identifiables de manière certaine via une facturation nominative (...) la facturation de l'assurance maladie fait ressortir uniquement le numéro de la carte professionnelle de santé du praticien qui saisit la facturation* ». Les centres ont été accusés

1 - Vademecum loi HPST à l'Hôpital, Les clés pour comprendre, p. 122.

2 - Article L6323-1 du Code de la santé publique.

3 - Situation au répertoire SIRENE de l'association Dentexia.

4 - BODACC du mercredi 16 décembre 2015.

5 - Article L 654-2 du Code pénal.

6 - Recueil des actes administratifs spécial n°90-2021-77.

d'employer des étudiants et des médecins étrangers non titulaires de diplômes ou d'équivalences pour exercer en France⁷.

L'exercice illégal de l'art dentaire est prévu à l'article L4161-2 du Code de la santé publique et correspond au fait d'exercer la profession de dentiste sans être titulaire du diplôme, certificat ou titre nécessaire. Si des étudiants non encore diplômés ou des dentistes étrangers non titulaires d'équivalences exercent de manière cachée, même sous la supervision d'un dentiste diplômé, cela constitue un exercice illégal de l'art dentaire.

S'agissant des infractions relatives à la qualité des soins, les affaires sus-évoquées font état d'interventions ne présentant aucune nécessité médicale, des patients se sont vu asséner des soins inutiles au profit des centres. Les patients n'étaient pas non plus amenés à donner leur consentement aux soins qui étaient effectués.

... Une réponse législative

Face à un tel scandale empreint d'une médiatisation importante, la réponse des pouvoirs publics est arrivée en deux temps. D'abord, en réaction au scandale Dentexia, une ordonnance n° 2018-17 du 12 janvier 2018 « *relative aux conditions de création et de fonctionnement des centres de santé* » qui cherchait toujours à « *simplifier et clarifier la création et le fonctionnement des centres de santé pour renforcer l'accès aux soins de premier recours, promu par le plan de renforcement territorial de l'accès aux soins, tout en garantissant la protection des patients*⁸ ». Ensuite, par l'intermédiaire de la loi n° 2023-378 du 19 mai 2023 « *visant à améliorer l'encadrement des centres de santé* » pour laquelle le champ lexical a changé. Il n'est plus question de « *créer* » ou de « *simplifier* » tout en « *protégeant* », mais bien « *d'encadrer* ». Une réaction législative à un scandale de société ne constitue point une nouveauté en droit français.

On peut citer l'exemple du sang contaminé qui, dans le sillage de la découverte de l'ampleur du drame dans les années 1985-1986, a vu le ministère de la santé français annoncer une réforme du système transfusionnel et l'édification d'un système de veille et de sécurité sanitaire. La loi n° 93-5 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament du 4 janvier 1993 a créé les premières agences de sécurité sanitaire : l'Agence Française du Sang et l'Agence du Médicament.

Ce dispositif de sécurité sanitaire d'abord axé sur les produits destinés à l'homme a connu un élargissement (mode d'exposition, milieu, salubrité des habitations...) et est devenu de plus en plus globalisant avec la création d'agences comme l'ANSES, l'InVS devenue ANSP et l'AFSSAPS devenue ANSM.

... qui impose un sévère retour en arrière

Moins qu'un changement de l'encadrement des centres de santé, la présente loi s'apparente à un retour en arrière pour les centres dentaires et ophtalmologiques.

La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, s'agissant du déploiement de ces centres, présentait une innovation majeure : la suppression de l'obligation d'obtenir un agrément préalable à l'ouverture. Ainsi, l'article L6323-1 du Code de la santé publique, issu de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, s'est vu amputer de l'alinéa qui prévoyait que « *(les centres) sont soumis, dans les conditions fixées par décret, à l'agrément de l'autorité administrative, sous réserve d'une visite de conformité (...)* ». La procédure d'agrément comportant une visite de conformité avait donc été supprimée. Les centres de santé n'ont été plus astreints, à compter de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, à aucune procédure préalable à leur ouverture ou à la modification de leur activité. La seule formalité qui a été alors imposée était la création et l'élaboration d'un « *projet de santé incluant des dispositions tendant à favoriser l'accessibilité sociale, la coordination des soins et le développement d'actions de santé publique* » (article L.6323-1 alinéa 5 du Code de la santé publique), projet ayant vocation à être transmis au directeur général de l'ARS au moment de l'ouverture du centre. Cette absence d'agrément a survécu à

7 - Simon, G. (2022, 24 mars). Affaire Proxidentaire : l'ancien trésorier placé en détention. France 3 Bourgogne-Franche-Comté. <https://france3-regions.francetvinfo.fr/bourgogne-franche-comte/affaire-proxidentaire-l-ancien-tresorier-place-en-detention-2511436.html>.

8 - Communiqué de presse du Conseil des ministres du 12 janvier 2018.

l'affaire dite Dentexia. En effet l'ordonnance n° 2018-17 du 12 janvier 2018 relative aux conditions de la création des centres de santé, prise dans le sillage de l'affaire, n'en a pas imposé. Elle n'a fait que mettre en place un engagement de conformité dont le respect est contrôlé par l'ARS et son directeur général⁹.

Le retour de l'agrément, en ce qui concerne les centres dentaires et ophtalmologiques, a été imposé par la loi n° 2023-378 du 19 mai 2023, après l'affaire dite Proxidentaire. L'article 1 de cette loi ajoute un II à l'article L6323-1-11 qui dispose que : « *Les centres de santé ou leurs antennes ayant une activité dentaire sont soumis, pour leurs seules activités dentaires, à l'agrément du directeur général de l'ARS, qui vaut autorisation de dispenser des soins aux assurés sociaux dans le centre ou l'antenne concernée.*

Les centres de santé ou leurs antennes ayant une activité ophtalmologique ou orthoptique sont soumis, pour leurs seules activités ophtalmologiques ou orthoptistes, à l'agrément du directeur général de l'ARS qui vaut autorisation de dispenser de soins aux assurés sociaux dans le centre ou l'antenne concernée ».

Et encore, un tel agrément n'est définitif qu'à l'expiration d'une durée d'un an à compter de l'ouverture du centre. Pendant cette première année, l'ARS peut organiser des contrôles sans en informer le centre et retirer l'agrément en cas de non-conformités ou d'incompatibilités avec le projet régional de santé¹⁰. L'agrément préalable à l'ouverture des centres de santé dentaires et ophtalmologiques est donc de retour. Celui-ci ajoute un formalisme certain à la procédure d'ouverture. Mais plus encore, tout peut s'arrêter dans la première année sans aucune possibilité de se mettre en conformité.

Cette norme, plus qu'une réaction à un fait de société, pourrait être vue comme un échec d'une politique portée par loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, celle du développement des centres de santé dentaires pour répondre à une problématique d'accès aux soins.

Le simple retour en arrière opéré par la loi n° 2023-378 du 19 mai 2023 interroge inévitablement.

La recherche d'une troisième voie n'était-elle pas envisageable... ?

Delphine Jaafar & Antoine de Swardt

9 - Articles L6323-1-11 et L6323-1-12 issus de l'ordonnance du 12 janvier 2018.

10 - Article L6323-1-11 du Code de la santé publique.

Systeme et politiques de sante

Les conventions de l'assurance maladie avec les professions de sante : un outil a consolider et a mieux situer dans la panoplie de transformation du systeme de sante

Stephane Le Bouler
President de LISA¹



Notes et Projets
1er mars 2023

Resume

Au moment ou etait conduite la concertation avec les medecins fin 2022, debut 2023, Lisa a organise des discussions en son sein et avec des interlocuteurs representant les differentes professions de sante pour analyser au fond ce que pourraient ou devraient etre a la fois le perimetre conventionnel, le cadre de negociation, l'articulation entre les discussions professionnelles et interprofessionnelles... L'echec de la convention avec la profession medicale n'a fait que renforcer les elements de diagnostic et de proposition. Pour les discussions a venir, plus necessaires que jamais.

Abstract

Shortly after the consultation with doctors was taking place at the end of 2022, Lisa held meetings internally and with representatives of the various healthcare professions to analyse in depth what could or should be the scope of the agreement and the negotiation framework, the articulation between professional and inter-professional discussions, etc. The failure of the agreement with the medical profession has only reinforced the need for diagnosis and proposals and for future discussions which are more necessary than ever.

I. Esquisse de diagnostic

1. La vocation originelle des conventions

- La preoccupation politique a l'origine (debut des annees 1970) etait simple : concilier les caracteristiques de la medecine liberale avec les conditions d'un financement socialise, dans un contexte de developpement exponentiel de l'offre de soins et des depenses afferees... et dans un climat de suspicion quant a une socialisation-etatisation de la medecine ;

- La tarification est naturellement un sujet fondateur et il est legitime que toutes les professions y passent ; la question de l'articulation avec les politiques de revenus est posee ;

- L'accès aux soins est un autre sujet originel, mais le sens a quelque peu change, evidemment : a l'origine, il s'agissait d'amener le developpement de l'offre de soins sur le territoire, il importe desormais de pallier des

1 - contact.lisalab@gmail.com

difficultés d'accès aux soins massives mais disparates, selon les territoires et selon les professions ;

- Les préoccupations conventionnelles se sont rapidement étendues à des dimensions techniques, connexes, de gestion de la relation au sein du triangle assuré-professionnel-caisse² : informatisation, tiers payant...

Fidèles à cette vocation originelle, les conventions sont un système légitime *a priori* pour assurer à la fois la couverture du territoire et une certaine équité.

2. Les préoccupations contemporaines

- Personne ne conteste la nécessité de porter de vraies réorganisations sur certaines populations, pathologies ou problématiques, pour tenir compte, en particulier, du développement des pathologies chroniques et du vieillissement de la population : d'où l'intérêt de raisonner en termes de filières de soin et de parcours ;

- La notion de « responsabilité populationnelle » a émergé au fil du temps. Elle est aux professions de santé ce que la responsabilité sociale est aux entreprises, avec une préoccupation à consolider quant à la dimension collective de la pratique et aux externalités - positives et négatives - de celle-ci³. Les externalités rendent notamment compte de l'interdépendance entre les professions et de leur impact sur le territoire : la présence *vs* l'absence des soignants est aujourd'hui mesurée en termes d'atout *vs* handicap pour les territoires ; elle retentit sur l'attractivité globale de ceux-ci ;

- À défaut de régulation par le marché, la tarification – administrée – porte différentes dimensions : l'attractivité relative des métiers, la politique de revenus cible, implicite ou explicite, le soutien à l'innovation (technique ou organisationnelle), l'évaluation des coûts et des besoins d'investissement, la reconnaissance des externalités évoquées supra, le souci de rééquilibrer l'offre ;

- Les préoccupations de démographie professionnelle : c'est évidemment un sujet de plus en plus pressant, que les conventions de l'assurance maladie se trouvent porter, comme les autres outils à disposition des pouvoirs publics, d'où un certain nombre d'ambiguïtés quant aux rôles ou aux responsabilités des conventions et l'émergence, parfois de sujets parasites (exemple des débordements sur les questions de formation, comme récemment dans la négociation avec les masseurs-kinésithérapeutes) ;

- Et puis, il y a des sujets très contemporains, des résurgences du passé : la nécessité aujourd'hui de prendre en compte une forte inflation, qui percute la temporalité pluriannuelle des conventions, l'analyse des coûts et l'approche comparée des revenus entre les professions.

3. Un lieu unique, un lieu par défaut

- Des syndicats rompus à la négociation : la force d'engagement de la convention et son caractère régulier pallient bien des difficultés de la représentation syndicale, que les professions de santé connaissent comme d'autres professions. Il y a là un lieu de négociation-confrontation-synthèse quasi permanent. Quels que soient ses travers ou ses limites, c'est une chance pour la négociation sociale dans notre pays ;

- C'est aussi un lieu ritualisé : derrière le théâtre des négociations, les portes qui claquent C'est un lieu accepté par les parties, un lieu concret, un lieu de production de normes, d'où l'impression de force de la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) *versus* la faiblesse des ministères, parfois. Il y a, à tout le moins, dyarchie, d'où un questionnement : quels outils juridiques pour organiser la ville ? À la main de qui ? Sur la base de quelle délibération ?

- Un lieu qui repose sur la confiance entre les parties, laquelle suppose de « protéger » la négociation des interférences ou des pressions extérieures, de documenter les propositions et de les évaluer (cf. infra), de respecter les clauses de revoyure convenues...

- Un lieu structuré par les questions de la représentativité et des financements, avec les difficultés inhérentes :

.....

2 - Triangle auquel il faut aussi ajouter les organismes complémentaires d'assurance maladie (OCAM) même si le moins que l'on puisse dire est qu'on n'a guère entendu leur voix ou leurs propositions dans les négociations qui s'achèvent.

3 - Les économistes désignent par « externalité » ou « effet externe » le fait que l'activité de production ou de consommation d'un agent affecte le bien-être d'un autre sans qu'aucun des deux reçoive ou paye une compensation pour cet effet.

- L'opacité des modes de financement tirés de la convention ;
 - La question des ressources d'expertise des organisations syndicales ;
 - La question de la présence des autres parties prenantes (usagers et patients, professionnels en formation, collectivités locales) ;
 - La question, enfin, de l'engagement réel des parties à l'issue de la négociation : comment les syndicats signataires « embarquent » leurs troupes et assurent le service après-vente ?
- Un dispositif où même l'échec des négociations est pris en compte, à travers le « règlement arbitral »⁴ : mécanisme certes asymétrique quant aux prérogatives de l'État/assurance maladie et des syndicats... Nous y sommes...

4. Tout cela ne va pas sans quelques autres inconvénients ou lacunes

- La rédaction des conventions bien souvent : des règles absconces, dans la pratique, pour les praticiens et *a fortiori* pour les usagers. Cette caractéristique est pour partie le résultat de la complexité de plus en plus grande du monde de la santé. Élaborer une convention qui permette de prendre en charge toute cette complexité est très difficile, d'autant que l'assurance-maladie n'est pas seule en cause, d'où l'importance de formes de décentralisation de la définition des règles (cf. infra) ;

- Un manège permanent compte tenu du nombre de professions concernées : manège permanent mais rythme quinquennal (au mieux) *vs* une loi de financement de la sécurité sociale annuelle ;

- Une extension de périmètre non maîtrisée : cette « tendance inflationniste » conduit à allonger (démésurément ?), de manière régulière, la liste des matières conventionnelles au point de mélanger négociations tarifaires (finalité première des conventions nationales, on l'a dit) et questions structurantes relatives à l'organisation des soins, et plus largement à l'ensemble du système de santé ;

- Le défaut d'articulation entre les niveaux professionnel et interprofessionnel et l'asymétrie entre les conventions médicales ou autres :

- L'organisation des soins est un sujet global et interprofessionnel : il est dès lors peu pertinent d'en discuter les modalités en dehors de dispositifs réellement interprofessionnels ; certes, les ACI (accords conventionnels interprofessionnels) existent, portent des sujets d'organisation importants (comme le financement des maisons de santé, en 2017) mais ils ne mobilisent pas tant que les conventions par profession et font rarement la une ;

- Les négociations conventionnelles par profession sont le lieu où discuter des rétributions en lien avec un changement négocié dans le cadre interprofessionnel ; on peut aussi y discuter de sujet professionnels, comme les évolutions des pratiques, qu'elles soient internes à une spécialité donnée, à tous les médecins (notamment les avantages sociaux du type retraite supplémentaire), ou à tout un secteur (secteur 1 / secteur 2) ;

- La reproduction du cloisonnement ville/hôpital : celui-ci est certes le reflet de sous-objectifs distincts de l'ONDAM (objectif national des dépenses d'assurance maladie) et de la dichotomie des statuts des professionnels (libéral versus salarié) mais paraît de plus en plus artificiel et difficile à justifier dans une logique de parcours et au moment où se développent les formes mixtes d'exercice (ville et autres formes d'exercice, hospitalière ou non). En outre, les revalorisations consenties dans un segment relancent les revendications dans l'autre : après la convention médicale, on peut ainsi s'attendre à de nouvelles revendications « hospitalières » en faveur d'une augmentation post-Ségur pour combler l'écart de nouveau creusé (réel ou ressenti, justifié ou pas) avec les rémunérations en ville ;

4 - Article L162-14-2 du Code de la sécurité sociale : « En cas de rupture des négociations préalables à l'élaboration d'une convention ou d'un accord conventionnel interprofessionnel mentionnés aux articles L. 162-14-1 ou L. 162-16-1 ou d'opposition à la nouvelle convention ou à l'accord dans les conditions prévues à l'article L. 162-15, un arbitre arrête un projet de convention ou d'accord dans le respect du cadre financier pluriannuel des dépenses de santé. Le projet est soumis aux ministres pour approbation et publication, selon les règles prévues à l'article L. 162-15, sous la forme d'un règlement arbitral. Les dispositions conventionnelles antérieures continuent de produire leurs effets jusqu'à la date d'entrée en vigueur du règlement. Le règlement arbitral est arrêté pour une durée de cinq ans. Toutefois, les partenaires conventionnels engagent des négociations en vue d'élaborer une nouvelle convention ou un nouvel accord au plus tard dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur du règlement arbitral. Celui-ci cesse d'être applicable à compter de l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention ou d'un nouvel accord. »

- D'autres aspects de la tarification (celle des dispositifs médicaux par exemple), qui ne relèvent pas des discussions conventionnelles, sont comme subordonnés à celles-ci ;

- Une articulation défailante avec les autres initiatives des pouvoirs publics (propositions de loi⁵, fixation de l'ONDAM, Conseil national de la refondation – CNR santé, prospective stratégique...);

- L'absence d'évaluation : la Cour des comptes n'a pas manqué de pointer cette lacune dans le chapitre consacré aux conventions de l'assurance maladie de son dernier rapport sur la Sécurité sociale⁶ :

- Cette lacune est en soi malheureuse... mais assez commune en matière de pilotage des politiques publiques ;
- De surcroît, elle place les syndicats signataires des conventions dans une position délicate au moment de rendre des comptes... et de défendre leur position par rapport aux non-signataires ; ceux-ci ont beau jeu de s'abstenir ou de dénoncer, quand ils ne versent pas tout bonnement dans le poujadisme ;
- Il y a cependant des contre-exemples favorables en matière d'évaluation : le dispositif de suivi de la nouvelle convention pharmaceutique, organisant l'évolution des rémunérations des officines (baisse des rémunérations basées sur le volume de boîtes de médicaments et mise en place d'honoraires) a été assez robuste et consensuel (avec confrontation des chiffres de la CNAM et de la profession en termes d'impact) ;

Il nous faut donc objectiver les résultats concrets de la politique conventionnelle en matière de santé publique et d'efficacité des soins, en déployant une évaluation médico-économique des résultats sur la base d'objectifs (spécifiques, mesurables, atteignables, réalistes et temporels), impliquant les professions et les professionnels de santé (notamment « Peer review » et indicateurs de terrain que les professionnels puissent s'approprier).

Résumons l'affaire : la convention est un outil puissant, un atout de la négociation sociale dans notre pays ; elle peut accompagner le changement des organisations mais ne saurait à l'évidence se substituer à un plan, un dessein global.

II. Principes pour une refondation

La préoccupation qui nous semble devoir prévaloir pour consolider les dispositifs conventionnels de l'assurance maladie est de mieux articuler les échelles temporelle, administrative, professionnelle et géographique.

1. Insérer les conventions dans une stratégie pluriannuelle : construire le changement et le porter

- Raisonner sur le triptyque stratégie (en particulier, vision de la santé, organisation cible, rôles des professions) / objectifs / moyens ;

- Considérer l'intérêt d'une programmation législative à cinq ans (loi de programmation sanitaire) pour ne pas laisser à la seule convention le poids d'organiser le changement dans la durée, alors même qu'elle ne porte qu'une partie des outils et se trouve bridée par la contrainte d'une loi de financement de la sécurité sociale annuelle ;

- Il faut en effet investir – au sens plein du terme – dans la transformation des organisations, en particulier pour traiter la question centrale aujourd'hui de l'accessibilité des soins. Le temps long, c'est à la fois la profondeur nécessaire pour envisager le changement des organisations mais aussi pour tenir compte des investissements que doivent faire les professionnels libéraux ;

- Il convient, bien entendu, de ne pas négliger les enjeux de court terme (inflation notamment) pour lever les freins et embarquer les acteurs ;

- Plus facile à dire qu'à faire : il faut donc concilier agilité et portabilité dans le temps ;

5 - Lisa a eu l'occasion de traiter de la question des propositions de loi dans un papier récent : <https://www.lisa-lab.org/focus-10-propositions-de-loi>.

6 - <https://www.ccomptes.fr/system/files/2022-10/20221004-Ralfss-2022-3-conventions-professionnels-sante-ville-et-assurance-maladie.pdf>.

2. Clarifier la répartition des responsabilités Assurance maladie / État :

- À l'État de fixer le cap, à l'assurance maladie, aidée des OCAM, d'organiser les choses en termes de financement ;
- Au préalable, il faut un partage sur le diagnostic, la vision, les objectifs de moyen terme (équité, travail en équipe, développement de la coopération, etc.), la question cruciale des frontières des métiers : sans cela la négociation est viciée à l'origine et les crispations nombreuses ; ce débat ne doit pas se tenir en catimini ;
- Sans laisser de côté les questions qui fâchent :
 - Travailler sur une politique des revenus des différentes professions ne doit pas être tabou, ne serait-ce que pour permettre les stratégies d'investissement nécessaires au changement des organisations ;
 - Réfléchir à l'attractivité relative des différentes spécialités, en ville et à l'hôpital ;
 - Se donner des outils cohérents avec les objectifs de qualité... Souvenons-nous de la « maîtrise médicalisée » : l'arbitrage prix-volumes ne doit pas être tabou ;
- Autrement dit, le bon réglage est de définir une ligne stratégique (accessibilité - nouvelle organisation - boîte à outils) à l'issue d'un travail de diagnostic partagé ; après, vient le moment de l'opérationnel dans le temps court de la négociation (modalités de rémunération, efforts contractualisés avec des engagements, d'où la nécessité de s'entendre sur des indicateurs et d'en disposer) ;
- Il faut donc des lieux de partage sur les diagnostics et la construction possible du changement : le Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie (HCAAM) pourrait être ce lieu, dans la tradition historique du Commissariat au Plan, à condition de retrouver une forme de centralité, c'est-à-dire d'être le lieu où l'ensemble des parties (pouvoirs publics, organisations professionnelles, usagers, collectivités locales intéressées, opérateurs économiques, etc.) se retrouvent, en amont des discussions conventionnelles ou d'une loi de programmation à bâtir, pour débattre, confronter et élaborer les lignes de force d'un cadre stratégique ;
- La force de la convention est ensuite d'« embarquer » l'ensemble des acteurs, en se donnant du temps pour la transformation (cinq ans), quitte à ce qu'il y ait des clauses de revoyure ou à ce qu'on se projette dans une convention future pour parachever la transformation.

3. Mieux articuler les niveaux professionnel et interprofessionnel

- Un peu à l'instar de ce qu'on voit dans le milieu conventionnel des salariés du privé, le niveau interprofessionnel doit porter sur l'organisation des soins entre professionnels de santé (en fait, tous les sujets communs aux soignants de ville) ; le niveau professionnel doit se concentrer sur les modalités propres à chaque profession et sur son financement ;
- Tout ce qui est interprofessionnel doit être posé, cadré, négocié et signé à titre préalable avant qu'on discute des modalités pratiques avec chaque profession. Il faut donc assujettir les négociations par profession aux négociations interprofessionnelles, en sorte que tant que l'interprofessionnel n'est pas négocié, on ne peut que proroger les accords par profession, sans revalorisations des tarifs. La pression tarifaire est le seul moyen d'aligner tout le monde. Et ne pas parler de tarif au moment de négocier l'organisation est aussi une condition clé du succès ;
- On pourrait aussi imaginer d'assujettir aux négociations conventionnelles les revalorisations des bases de remboursement quelle que soit la profession en sorte que la pression tarifaire soit bien appliquée à l'ensemble des soignants et pas seulement aux médecins ;
- Il y aura toujours du grain à moudre par profession dans les négociations conventionnelles. La difficulté viendra de ce qu'au moment de négocier sur des changements d'organisation des soins en accord interprofessionnel, chaque profession voudra avoir des gages pour sa prochaine négociation conventionnelle. Cet « entre-deux » doit donc être verrouillé pour que les syndicats ne craignent pas de rétropédalage quand ils négocieront avec la CNAM. De son côté, la CNAM devra disposer des moyens d'honorer ses promesses en termes budgétaires, sans veto ministériel a posteriori, qui anéantirait sa crédibilité ;

.....
 7 - Produire des rapports, aussi intéressants soient-ils, n'épuise pas la vocation d'une telle instance.

4. Décentraliser en partie la négociation au plus près des usages

- Redisons-le : il y a ce qui relève de l'échelon national, dans un partage raisonné État-assurance maladie :
 - Un débat préalable, un diagnostic et une vision partagés, dans une enceinte appropriée : un HCAAM rénové par exemple ;
 - La définition d'une ligne stratégique sur l'organisation cible et des dimensions clés (dont la politique des revenus) : cela relève de la lettre de cadrage ministérielle ;
- Il faut bâtir une déclinaison opérationnelle sous forme de principes clés et de boîte à outils dans le cadre de la négociation conventionnelle : cela appartient à la CNAM et aux parties à la négociation. Innover dans les organisations, les outiller (notamment en termes de systèmes d'information), faire évoluer les modes de paiement : il faut travailler sur l'articulation de ces trois dimensions, compte tenu de modes d'exercice diversifiés et qui ont vocation à rester tels ;
- Il faut promouvoir une vision réaliste (vs dogmatique) compte tenu des priorités du moment (accessibilité) : quelles sont les ressources disponibles sur le terrain ? Quelles sont les propositions concrètes sur la table en matière d'accès aux soins ? Il y a donc aussi à distinguer ce qui relève de l'échelon régional ou infra-régional :
 - Contrairement au niveau national (logiquement professions centré, jusqu'à présent), le niveau de proximité est plus naturellement le lieu de la confrontation au réel et de la nécessité de la coopération (même si celle-ci peut avoir du mal à émerger ou avoir longtemps été asymétrique). C'est bien l'organisation territoriale pluri-professionnelle, permettant de mieux répondre aux besoins de soins, qui devrait constituer le fil conducteur de la négociation conventionnelle. De fait, les professionnels « embarqués » dans des CPTS (communautés professionnelles territoriales de santé) n'ont pas le même discours que les mêmes professionnels considérés isolément ou organisés en mono-profession ;
 - Les situations territoriales étant objectivement diversifiées, il est légitime de reprendre les éléments de diagnostic à une échelle appropriée, pour bâtir là aussi une approche partagée, concrète, documentée par les expériences des acteurs (à partir des nouvelles organisations déployées en particulier). Si les concepts de « coordination » et « d'approche populationnelle » sont communément présentés aujourd'hui comme le Graal de la transformation de notre système de santé, ils recouvrent des approches, des réalités et des ambitions extrêmement variées. Un préalable à toute transformation est donc de partager à la fois les définitions de ces concepts, les variantes et déclinaisons possibles notamment en regardant la situation dans d'autres pays et régions d'Europe plus avancés sur ces questions et les objectifs à court, moyen et long terme ;
 - Il y a urgence à bâtir des solutions adaptées au terrain, compte tenu des problèmes massifs d'accès aux soins : n'occultons pas le risque non négligeable aujourd'hui de contournement des dispositions conventionnelles si les solutions n'apparaissent pas pertinentes... sans parler des propositions de loi qui peuvent (re)surgir à tout instant ;
 - Il y a d'ailleurs déjà des formes de déclinaison régionale : le zonage a déjà des effets importants en termes de financement pour les médecins (aides à l'installation, etc.) ; les collectivités locales sont, de leur côté, de plus en plus actives sur le déploiement de dispositifs destinés à consolider l'attractivité de leur territoire pour les professionnels de santé ; les initiatives de l'ensemble des acteurs doivent être concertées, pour ne pas virer à la cacophonie ou à la compétition entre les territoires. Les adaptations territorialisées, indispensables encore une fois, doivent donc s'inscrire dans un dessein d'ensemble ;
 - Il y a des exemples dont on peut s'inspirer : la confusion a longtemps régné en matière de santé numérique : État / CNAM, État central / services déconcentrés, avec un sentiment de gabegie ; la répartition des rôles apparaît aujourd'hui mieux réglée ;
 - Il y a nécessité de recréer des marges de discussion au plan territorial, au plus près des besoins et de la capacité de coordonner les acteurs... ce qui pose d'ailleurs la question de l'articulation des échelles régionale et départementale. Autrement dit, il faut travailler à une échelle pertinente, qui peut être le département :
 - À ce niveau, on a un petit nombre de CPTS, demain d'équipes de soins spécialisés ; il est donc possible d'identifier collectivement, en interprofessionnel et avec les patients, les problématiques du territoire ;

- Face à ces problématiques, on dispose dans bien des cas de protocoles (élaborés notamment par la Haute autorité de santé – HAS), qu'il s'agisse de la prise en charge d'épisodes ponctuels ou du suivi de patients chroniques. Il est important de conduire un travail assez systématique sur la protocolisation des prises en charge et de voir, sur le terrain, les professionnels susceptibles d'être mobilisés, dans un cadre de responsabilité bien réglé ;
- Ce qu'on attend de la convention consolidée aux niveaux professionnel et interprofessionnel, c'est la boîte à outils qui permette de fabriquer sur le territoire une organisation adaptée et soutenable économiquement pour les acteurs du soin ;

- Quelles structures de rémunération⁸ ? Quelle part populationnelle dans la rémunération ? Construite comment ? Comment bâtir la rémunération à l'épisode de soin ? Quelle organisation financière pour les professionnels rendus solidaires ? Quelle mesure de la performance ? Les expérimentations article 51⁹ sont là avant tout pour bâtir des références en la matière et permettre de réfléchir à des organisations économiquement viables.

La négociation conventionnelle par profession a besoin d'être éclairée par des discussions et un cadrage au niveau interprofessionnel sur le travail en équipe et le partage des responsabilités entre professionnels, qui permettrait de partir des protocoles validés par la HAS ou expérimentés dans le cadre de l'article 51 pour établir des bases de rémunération, à partir du temps de travail mis en œuvre par chacun, en laissant au niveau territorial une capacité d'adaptation pour créer les incitations nécessaires au développement du travail en équipe (par exemple sous forme de majorations décidées au niveau local ou de primes aux résultats).

La définition de modèles de rémunération pluriels, adaptés à la diversité des organisations de soins et aux réponses qu'elles apportent, est désormais incontournable, à charge pour les professionnels de santé et les structures de soins de retenir l'option la plus en phase avec leurs pratiques et leur patientèle.

Au moment de conclure, il est intéressant de revenir à l'ambition de la réforme du financement que portait « Ma santé 2022 » et qu'exprimait le rapport de Jean-Marc Aubert¹⁰ à travers un modèle global (et non limité aux établissements de santé). Certes, il ne s'agissait pas de remettre en cause le principe de paiement à l'acte, du moins pour les médecins spécialistes, mais le rapport dessinait un schéma cible à travers un modèle de paiements combinés, pour articuler les financements en ville et en établissement.

Où l'on retrouve l'importance de la vision d'ensemble, pour éviter l'impression que les avancées se font de manière désordonnée et au coup par coup : « *business as usual* » dans le cadre des négociations conventionnelles, sortie de la tarification à l'activité (T2A), annoncée par le Président de la République, sans que l'on sache par quoi la remplacer et sans d'ailleurs que personne n'imagine sérieusement l'absence totale de compartiment de financement tenant compte de l'activité en court séjour, mise en place progressive de réformes inspirées du rapport Aubert (urgences, psychiatrie, enfin peut-être SSR/SMR...).

Stéphane Le Boulter

8 - Rappelons que la convention concerne non seulement la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP), dont on parle, comme à l'ordinaire, beaucoup, mais aussi la classification commune des actes médicaux (CCAM) dont on parle généralement beaucoup moins...

9 - La loi de financement de la sécurité sociale pour 2018 a introduit, en son article 51, un dispositif permettant d'expérimenter de nouvelles organisations en santé reposant sur des modes de financement inédits. Voir à ce sujet les travaux de l'observatoire mis en place par la société Proxicare : <https://proxicare.fr/news/proxicare-devoile-les-resultats-de-la-2e-edition-de-son-observatoire-des-financements-innovants-en-sante/>.

10 - Task Force « Réforme du Financement du système de santé », Vers un modèle de paiement combiné, Réformes des modes de financement et de régulation https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/dicom_rapport_final_vdef_2901.pdf.

Systeme et politiques de santé

Financement et fiscalité Abus de droit et optimisation sociale : quelle(s) frontière(s) ?

Philippe Coursier

Maître de conférences HDR et membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, Institut Droit et Santé,
F-75006 Paris, France

Résumé

En raison des multiples enjeux qu'implique la bonne santé des finances sociales, la lutte contre la fraude sociale constitue une action gouvernementale majeure. L'augmentation des moyens mis à la disposition des organismes de sécurité sociale pour lutter contre ce fléau ne peut qu'être approuvée, même si elle implique nécessairement un renforcement des pouvoirs d'injonction et de contrôle dont ils disposent déjà. Pour autant, une frontière se doit d'être tracée avec un autre phénomène qui n'est pas de même nature : l'optimisation sociale. Le travail réalisé par les tribunaux pour circonscrire les deux notions n'est pas facile, mais il faut compter avec les précisions apportées par la Cour de cassation qui, de façon courageuse, n'hésite pas à mettre en avant principe du contradictoire et « droits du cotisant ».

Abstract

Due to the multiple challenges involved in the good health of social finances, the fight against social fraud is a major government action. An increase in the means made available to social security organizations to combat this scourge can only be approved, even if it necessarily implies a strengthening of the powers of injunction and control which they already have. However, a border must be drawn with another phenomenon that is not of the same nature : social optimization. The work carried out by the courts to circumscribe the two areas is not easy, but it is necessary to consider the clarifications provided by the Court of cassation which, in a courageous way, does not hesitate to put forward the adversarial principle and "rights of the contributor".

Alors que la France a connu de légères turbulences de la part des agences de notation financière dans l'appréciation de sa dette publique¹, le ministre délégué chargé des Comptes publics annonce un plan de lutte contre la fraude sociale. Selon lui, « *la lutte contre les fraudes sociales est un impératif d'équité autant qu'un enjeu financier pour les comptes sociaux*² ». Il va même jusqu'à voir dans ce phénomène « *un impôt caché sur les Français qui travaillent* » de sorte que « *lutter contre les fraudes aux finances publiques, c'est renforcer la confiance dans la parole et la puissance publiques pour chaque Français et garantir que chacun respecte les mêmes règles*³ ». Il est vrai que sur la période 2018-2022, un total de 3,5 Md€ a été redressé par les Unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) et un préjudice total de 3,4 Md€ a également été détecté, donc évité, par les caisses d'assurance maladie, d'allocations familiales et de retraite⁴. En 2022, les résultats de la lutte contre la fraude

1 - Le 28 avril 2023, l'agence de notation financière internationale *Fitch* a abaissé la note de la France à « AA- » alors que le, 2 juin suivant, l'agence *Standard & Poor's* a conforté la note française sous la forme d'un « AA ».

2 - G. Attal, Communiqué de presse, 30 mai 2023, n° 880, annonce d'un plan de lutte contre la fraude sociale, second volet de la feuille de route gouvernementale de lutte contre toutes les fraudes aux finances publiques.

3 - *Ibid.*

4 - *Ibid.*

sociale ont même atteint des niveaux historiques⁵. Ces montants demeurent néanmoins inférieurs au coût total de la fraude sociale qui est évalué à 8 Md€ de prélèvements sociaux éludés au titre du travail informel⁶, 2,8 Md€ de prestations sociales versées par les caisses des allocations familiales⁷, 200 M€ par les caisses de retraite du régime général⁸ et entre 3 et 7 % de certaines dépenses d'assurance maladie selon les premières évaluations menées en 2022 par la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM).

Un ambitieux objectif est alors fixé par le Gouvernement visant à traquer 5 Md€ de fraude sociale d'ici la fin du quinquennat, ce qui représenterait un doublement des résultats de la lutte dans ce domaine (1,5 Md€ en 2027/0,8 Md€ en 2022). En matière de prestations de santé, est ainsi fixé un nouvel objectif de 500 M€ de préjudice financier évité, soit un doublement par rapport à la moyenne du précédent quinquennat. Pour ce faire, des contrôles ciblés seront renforcés sur les professionnels de santé présentant des niveaux de prescription hors norme. De même, sur la même période, l'objectif à atteindre en matière d'allocations sociales est fixé à 3 Md€ de préjudice évité par les CAF et les caisses de retraite. A ce titre, la lutte contre la fraude à la résidence devrait représenter une économie de 100 M€ pour les CAF. Par ailleurs, l'ensemble des dossiers de retraités de plus de 85 ans résidant dans un pays étranger sans échange d'état-civil avec la France feront l'objet d'un contrôle sur place. Selon le ministre, ce programme devrait permettre de s'assurer qu'aucune pension de retraite n'est versée après le décès de son titulaire, sauf réversion au conjoint survivant.

Dès lors, sont avancées diverses mesures aussi multiples que variées. Celles-ci devraient appeler un renforcement des effectifs des caisses de sécurité sociale dédiés à la lutte contre la fraude ainsi qu'une réforme des cotisations sociales des micro-entrepreneurs des plateformes, laquelle devrait être mise en œuvre dans le prochain PLFSS⁹. Mais le ministre souhaite également lutter contre le développement des sociétés éphémères qui organisent leur insolvabilité pour échapper aux recouvrements sociaux et fiscaux. Ainsi, est envisagée la révision des procédures de transmission universelle de patrimoine et de liquidation amiable des sociétés afin d'éviter leurs détournements et ainsi permettre l'intervention des créanciers publics avant transfert à l'étranger ou disparition des dettes sociales. Il est également rappelé qu'en application de la LFSS pour 2023, plus aucune prestation sociale soumise à condition de résidence sur le territoire français ne pourra être versée sur un compte étranger hors d'Europe à compter du 1^{er} juillet 2023 et que par ailleurs, les allocataires fraudeurs devront acquitter une pénalité supplémentaire de 10 %. Enfin, un Conseil de l'évaluation des fraudes fiscales et sociales devrait être installé dès cet été¹⁰.

S'agissant de la fraude aux cotisations et contributions sociales, il est annoncé le doublement du nombre d'actions de contrôle conduites auprès des entreprises d'ici à 2027. A ce titre, les gains issus de la seule lutte contre la fraude au détachement de travailleurs sont estimés à 300 M€ minimum de redressements sur le quinquennat, un tel résultat devant notamment être atteint par un croisement de données issues des déclarations préalables au détachement et des déclarations sociales des employeurs. De plus, des produits supplémentaires sont attendus d'une amélioration du recouvrement des cotisations sociales des micro-entrepreneurs, lesquels devraient représenter 200 M€ de redressements supplémentaires sur la même période¹¹. Une concertation est même intervenue avec les représentants des micro-entrepreneurs et les plateformes de mise en relation autour de trois mesures : l'ouverture dès 2024 d'un guichet de régularisation amiable des dettes sociales sans pénalité sur l'initiative de l'URSSAF (grâce aux croisements de données fiscales et sociales) ou du micro-entrepreneur ; l'obligation à partir de 2026 pour les plateformes de déclarer le chiffre d'affaires des micro-entrepreneurs aux URSSAF afin de fiabiliser les régularisations ; le précompte (ou retenue à la source) d'ici 2027 des cotisations sociales des micro-entrepreneurs par les plateformes sans porter atteinte à leur statut d'indépendant. Autant de changements qui laissent augurer de faibles marges pour une possible fraude sociale de la part des intéressés.

5 - Ainsi, les redressements URSSAF ont été 50 % supérieurs à leur niveau de 2017. Les préjudices détectés et ainsi évités par les autres caisses de sécurité sociale ont été supérieurs de 25 % à leur niveau de la même année.

6 - Cf. évaluation du Haut conseil au financement de la protection sociale, février 2023.

7 - Cf. évaluation de la branche Famille, CNAF 2021.

8 - Cf. évaluation de la branche vieillesse, CNAV 2022.

9 - Aujourd'hui, un niveau élevé de sous-déclarations du chiffre d'affaires de ces travailleurs indépendants, lesquelles sont estimées à 800 M€ par an, induit non seulement une perte de recouvrement pour les finances sociales, mais aussi une moindre couverture sociale pour les travailleurs concernés, notamment pour les indemnités journalières et la retraite.

10 - Présidé par le ministre des Comptes publics, ce conseil rassemblera les administrations compétentes, des personnalités qualifiées, des experts indépendants et des parlementaires afin de s'assurer de la fiabilité des estimations produites en la matière.

11 - Cf. G. Attal, Communiqué de presse, 30 mai 2023, n° 880.

Pour autant, sans vouloir remettre en cause de telles mesures ni même discuter leur légitimité, ne risquent-elles pas de permettre aux agents de la branche recouvrement de la Sécurité sociale d’user, voire d’abuser, des moyens de pression dont ils disposent à l’égard des cotisants ? Il est vrai que le renforcement des mesures de contrôle pose nécessairement la question de la marge de manœuvre laissée aux acteurs économiques pour organiser leurs activités et rémunérer leurs collaborateurs (salariés ou non)¹². Dans le même temps, il convient sans doute de s’inquiéter d’une technicité accrue de la norme sociale. L’insécurité juridique qui pèse sur les entreprises en matière de recouvrement des cotisations et contributions sociales, ainsi que dans le contentieux qui souvent l’accompagne, n’est un secret pour personne. Si des travaux initiés par le ministère des Finances publiques ont tenté d’y remédier¹³, il convient d’admettre que cela a été vain¹⁴. La formule « risque URSSAF » est désormais très répandue auprès des entreprises françaises¹⁵, lesquelles appellent de leurs vœux une confiance renouvelée avec les organismes chargés du recouvrement¹⁶. À défaut, tous les acteurs du système social y perdront, y compris l’État. D’ailleurs, il est intéressant de constater comment, pour soutenir les entreprises confrontées à cette complexité du droit de la sécurité sociale, les pouvoirs publics ont dû aménager à leur attention un véritable « droit à l’erreur »¹⁷.

Pour l’heure, et en attendant une simplification de la matière qui tarde à venir, un juste équilibre et une nécessaire frontière se doivent d’être trouvés entre la légitime lutte contre la fraude sociale (1) et une possible optimisation sociale pour les entreprises (2).

1- Légitimité de la lutte contre la fraude sociale

Le renforcement des moyens de lutte contre la fraude sociale ne constitue pas une nouveauté. La formule est déjà ancienne et nombreux sont les plans qui ont été annoncés dans ce domaine avant d’être réalisés avec plus ou moins de succès¹⁸. Mais il faut admettre qu’un réel besoin existe encore en la matière¹⁹. Les chiffres précédemment énoncés au sujet de la fraude sociale, appréhendée sous tous ses aspects, en disent long sur le chemin restant à parcourir. De sorte qu’il n’est pas surprenant de voir le Gouvernement annoncer une hausse des moyens mis en œuvre pour accentuer la lutte.

Dans le cadre des prochaines conventions d’objectifs et de gestion conclues avec les caisses de sécurité sociale, les effectifs dédiés à la lutte contre la fraude devraient être augmentés de 1 000 équivalents temp-plein (ETP) d’ici 2027, ceci représentant une augmentation programmée de 20 % des personnels déjà dédiés à ces missions. Ces effectifs viendront en complément des 450 cyber-enquêteurs dotés de prérogatives de police judiciaire. Un grand plan de modernisation des systèmes d’information des caisses de sécurité sociale devrait également être financé à hauteur de 1 Md€ de crédits d’investissement sur le quinquennat, de tels investissements permettant notamment aux CAF de recouvrer jusqu’à 5 années de versements indus en cas de fraude. Indépendamment des nouveaux moyens à venir, un Conseil de l’évaluation des fraudes fiscales et sociales présidé par le ministre des Comptes

12 - K. Meiffret, *La fraude en droit de la protection sociale*, éd. PUAM 2018.

13 - O. Fouquet, *Cotisations sociales, cotisations fiscales : même combat* : Dr. soc. 2009, p. 320. – V. aussi, Ph. Coursier et Th. Wanecq, *Rapport du groupe de travail Fouquet II. Il faut stabiliser la norme, sécuriser les relations avec les URSSAF et prévenir les abus* : Gaz. Pal. 2008, n° 225, n° spécial « Dr. prot. sociale », p. 4.

14 - Ph. Coursier et D. Coleu, *Tourmente et dérives en matière de droit des cotisations. Vers une déconstruction du droit des cotisants ?* : Dr. soc. 2009, p. 81.

15 - Ph. Coursier et D. Coleu, *Droits et obligations des cotisants après le « rapport Fouquet II »* : Dr. soc. 2010, p. 202.

16 - V. déjà en ce sens, V. Ravoux, D. Coleu et Ph. Coursier, *La convention labellisée RSE-URSSAF... vers un groupe de travail « Fouquet III » ?* : JCP S 2011, 1148.

17 - Ph. Coursier et B. Platel, *Le droit à l’erreur et ses incidences face à l’URSSAF, Projet de loi AN 26 juin 2018* : JCP S 2018, 1241. – V. aussi, M. Keim-Bagot, *Droit à l’erreur : le choc de confiance ?* : Dr. soc. 2019, p. 755. – Ph. Coursier, *Précisions concernant le droit à l’erreur vis-à-vis de l’URSSAF* : JCP S 2019, act. 399.

18 - V. par ex., M. Del Sol, *LFSS pour 2008 : la lutte contre la fraude en matière sociale* : JCP S 2008, 1057 ; *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 : mesures de contrôle et de lutte contre la fraude* : JCP S 2010, 1005 ; *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 : mesures relatives au recouvrement, au contrôle et à la lutte contre la fraude* : JCP S 2011, 1019 ; *LFSS pour 2012 : mesures relatives au recouvrement, au contrôle et à la lutte (page : 36) contre la fraude* : JCP S 2012, 1019 ; *Échanges d’informations entre acteurs de la lutte contre la fraude. Les progrès tenant aux lois de financement de la sécurité sociale* : Dr. soc. 2014, p. 911 ; *Protéger les finances sociales* : Dr. soc. 2020, 960.

19 - Ainsi, doit être lancé dès la rentrée de septembre 2023 un « programme national de contrôle des arrêts de travail » qui visera à mieux repérer les fausses déclarations d’accident du travail, notamment celles qui sont « vendues » sur des réseaux sociaux, ainsi que les prescripteurs atypiques. Dans le cadre des contrôles réalisés par l’assurance maladie notamment pour la prise en charge du « 100 % Santé », les coopérations avec les complémentaires santé seront renforcées. En cas de fraude, outre le barème de sanctions financières durci depuis la LFSS 2023, les professionnels de santé devraient prochainement rembourser les cotisations sociales prises en charge pour leur compte par l’assurance maladie, comme les employeurs remboursent les exonérations sociales dont ils ont bénéficié en cas de travail illégal. Cette mesure qui pourrait concerner 300 dossiers par an, devrait normalement faire l’objet d’un article dans le PLFSS 2024.

publics devrait être installé dès cet été afin de réunir les administrations compétentes ainsi que des personnalités qualifiées, des experts indépendants et des parlementaires pour s'assurer de la fiabilité des estimations produites. De même, la mission interministérielle de coordination anti-fraude, créée en 2020, assurera auprès du ministre des Comptes publics un rôle de suivi de l'exécution de la feuille de route de lutte contre les fraudes aux finances publiques et d'alerte sur l'atteinte des objectifs.

Mais ceci s'accompagne également d'une multiplication des croisements de données et du renforcement des contrôles pour résorber les fraudes aux prestations sociales²⁰. Selon la volonté du Gouvernement, les caisses de sécurité sociale pourront prochainement accéder à de nouvelles données pour améliorer l'efficacité de leurs contrôles²¹. Sont ainsi visées les données de voyage du fichier *Passenger Name Record* (PNR) pour contrôler la condition de résidence en France, les données bancaires du fichier FICOBA pour vérifier automatiquement l'identité bancaire des allocataires de prestations ainsi que les données des préfectures pour interrompre le versement de prestations à des étrangers dont le titre de séjour aurait été retiré, notamment pour des motifs d'ordre public. En outre, la condition de résidence en France pour bénéficier des prestations familiales, des aides au logement et des minima sociaux sera harmonisée à 9 mois par an par une disposition qui sera présentée dans le PLFSS 2024. Enfin, le Gouvernement souhaite mieux associer les assurés sociaux par leur vigilance aux politiques de lutte contre la fraude en matière de santé. Dès la fin de l'année 2023, le site de l'assurance maladie permettra de déposer un signalement en cas d'usurpation d'identité ou de surfacturation de soins, de tels signalements devant normalement aider à mieux cibler les contrôles sur les prescripteurs hors norme et les risques d'usurpation d'identité. Avant 2025, chaque intéressé sera susceptible de recevoir sur son smartphone, *via* l'application Ameli, un texto ou un courriel visant à l'informer de frais de santé facturés en son nom, en commençant par les centres de soins dentaires et ophtalmologiques.

En matière de fraude aux cotisations, l'objectif clairement affiché par le nouveau plan gouvernemental est de porter un coup d'arrêt au développement des sociétés éphémères qui organisent leur insolvabilité pour échapper au recouvrement social et fiscal²², en même temps que de développer un certain nombre d'actions fortes pour lutter contre le travail illégal et rétablir les droits des travailleurs qui en sont victimes. A cet effet, les procédures de transmission universelle de patrimoine et de liquidation amiable des sociétés devraient être réformées pour éviter leurs détournements et autoriser l'intervention des créanciers publics avant la disparition des dettes sociales ou le transfert des actifs à l'étranger. L'idée en effet est qu'après détection d'un cas de travail dissimulé, les URSSAF transmettent systématiquement aux organismes de protection sociale les données permettant de rétablir les droits des travailleurs. Dans l'ambiance particulièrement tendue autour de la réforme des retraites, il est précisé que les droits à pension des intéressés pourront ainsi être reconstitués. Dans tous les cas, la finalité poursuivie par de telles mesures « anti-fraude aux cotisations » ne saurait être contestée. Derrière la triche aux cotisations se cache un monumental gâchis pour les travailleurs concernés, lesquels comptent non seulement des droits nécessairement diminués, mais aussi des conditions incomplètes pour permettre l'ouverture à certaines prestations, notamment en matière de retraite²³. Dès lors il n'est pas surprenant que les pouvoirs publics souhaitent actionner, non sans quelques difficultés²⁴, toutes les branches du droit pour mettre fin à de telles dérives. Dans le domaine agricole, il est ainsi prévu de renforcer les échanges d'informations entre les caisses de la mutualité sociale agricole et les plateformes délivrant les autorisations de travail des salariés saisonniers pour renforcer la lutte contre les filières de main-d'œuvre clandestine dans le secteur rural.

20 - Afin de renforcer la sécurisation du numéro de sécurité sociale et éviter les fraudes liées aux cartes Vitale, il a également été annoncé le lancement d'une mission de préfiguration pour examiner la fusion entre la carte nationale d'identité et la carte vitale... mais il y a très peu de chance que cette idée prospère dans la mesure où les notions d'« assuré social » et de « Français » ne coïncident pas (CSS, art. L. 111-1 et s. - V. aussi, CSS, art. L. 115-6).

21 - V. sur cette question, Défenseur des droits, rapport, 6 sept. 2017, *Lutte contre la fraude aux prestations sociales : à quel prix pour les droits des usagers* : JCP S 2017, act. 248. - V. aussi, A. Bourdenx, *Lutte contre la fraude sociale versus droit au respect de la vie privée (à propos de la censure partielle du droit de communication des organismes de sécurité sociale par le Conseil constitutionnel)* : Dr. soc. 2020, p. 259.

22 - A titre illustratif, il est précisé par l'auteur du plan que depuis la crise liée à la Covid-19, l'URSSAF Ile-de-France a détecté près de 100 M€ de préjudice financier du fait de ces sociétés éphémères, des dispositions législatives devant être préparées afin de l'éviter.

23 - V. sur la mise en jeu de la responsabilité de l'employeur pour « perte de chance » dans de tels cas, Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-27.318 : *JurisData* n° 2018-008570 ; JCP S 2018, 1212, note O. Anfray et B. Harlé. - Rapp. Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-42.741 : *Bull. civ. V.*, n° 119. - Cass. soc., 16 avr. 2008, n° 06-44.361 : inédit.

24 - P. Morvan, *Ordre et confusion des sources réprimant la fraude sociale* : Dr. soc. 2014, p. 878. - Rapp. P. Ramackers, *Le rôle des Direccte dans la lutte contre la fraude en matière sociale. La recherche et le constat des infractions en matière de travail illégal (C. trav., art. L. 8271-1) par l'inspection du travail : un exemple d'enquête* : Dr. soc. 2014, p. 898.

2- Légitimité non moins grande de l'optimisation sociale

Loin d'être un tabou, la question de l'optimisation sociale se doit d'être abordée sans retenue dans la mesure où elle constitue un levier important de la compétitivité de certaines entreprises françaises²⁵. Même si les pouvoirs publics voient souvent d'un mauvais œil certains modes d'organisation ou montages juridiques auxquels ces dernières peuvent se livrer²⁶, il convient de ne pas les condamner par avance²⁷. N'oublions pas que la performance des entreprises se trouve nécessairement impactée par le poids des cotisations et contributions sociales mises à leur charge²⁸. Sous réserve du cas particulier des bas salaires²⁹, il est vrai que la présence des charges sociales a pour effet de doubler le coût du travail salarié³⁰. Demain, faudra-t-il condamner les entreprises qui chercheront à réduire leur main d'œuvre en recourant exclusivement à la robotique et, plus encore, à l'intelligence artificielle ? La compétitivité des entreprises – laquelle est étroitement liée au régime concurrentiel dans lequel celles-ci s'affrontent ou s'allient – est profondément inscrite dans leur « ADN entrepreneurial ». Les en priver serait, selon nous, tout simplement criminel à leur égard³¹.

Confrontées aux réalités de notre système social, les entreprises sont donc contraintes d'opérer des ajustements stratégiques permanents qui relèvent parfois d'une véritable quête d'optimisation sociale³². Au lieu de se développer, elles s'orientent très souvent vers un certain sous-dimensionnement de leurs structures ou encore vers la soustraction, cette tendance devant également s'apprécier dans un contexte général de charges publiques assez défavorable. C'est précisément cette dernière circonstance qui a conduit les pouvoirs publics à réagir en introduisant dans le Code de la sécurité sociale une possible action de la part des URSSAF fondée sur la notion d'« abus de droit³³ ». Initialement issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008³⁴, avant d'être renforcé dans sa teneur par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit et d'allègement des procédures, l'article L. 243-7-2 dudit code prévoit aujourd'hui qu'« afin d'en restituer le véritable caractère, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1 et L. 752-1 sont en droit d'écarter, comme ne leur étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes aient un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'aient pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle auxquelles le cotisant est tenu au titre de la législation sociale ou que le cotisant, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles³⁵ ».

Si dans un premier temps les inspecteurs chargés du recouvrement ont hésité à faire usage de ce texte³⁶, le nombre de contentieux portant sur ce texte démontre qu'ils en font désormais un usage plus grand. Or, dans la mesure où son emprunt procure aux URSSAF des prérogatives de puissance publiques élargies, le texte organise un certain nombre de garanties pour les cotisants. Ainsi, « en cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le

25 - V. sur la question de la compétitivité des entreprises, Ph. Coursier *in* L'entreprise et le financement de la protection sociale, coll. Travaux/Planète social, LexisNexis 2023, p. 1 et s. – Rapp. D. Coleu, *Quelle(s) optimisation(s) pour l'assiette des cotisations* : *Gaz. Pal.* 2013, n° 229, p. 11.

26 - V. par ex., DGT (entretien), *Nouveau régime du détachement transnational de travailleurs : la fin de l'optimisation sociale* et du dumping social ? : *JCP S* 2021, act. 48.

27 - Ph. Gros, *L'optimisation de l'assiette des cotisations : quel rôle pour l'avocat ou le conseil ?* : *Gaz. Pal.* 2013, n° 229, p. 13.

28 - V. par ex., l'intéressante étude de J.-P. Jouyet, *Le poids des prélèvements obligatoires sur le développement des entreprises* : *Dr. soc.* 1990, 275. – V. plus récemment, Ph. Coursier (ss dir.), préf. B. Teyssié, *L'entreprise et le financement de la protection sociale*, coll. Travaux Planète social, LexisNexis 2023.

29 - L'entreprise qui occupe des salariés ayant une rémunération inférieure ou égale à 1,6 x le SMIC (soit 2 734,85 € bruts par mois) bénéficie d'un abattement sur l'assiette des cotisations, variable selon le montant précis du salaire entre 40 % et 100 %, conduisant à une réduction de charges les concernant, appelée « réduction Fillon ». En revanche, les taux de cotisations et de contributions sociales applicables restent ceux de droit commun (V. sur ce dispositif, CSS, art. L. 241-13 et D. 241-7. – V. aussi, D. n° 2022-1700, 28 déc. 2022 : *JO* 30 déc.).

30 - Ce constat est aisé si l'on compare le « salaire net », effectivement perçu par le salarié, avec le coût global de ce même salaire pour l'employeur, et ce, totalité des charges incluses. Mais, par-delà le coût immédiat par salarié déjà présent dans l'entreprise, cet impact économique a également pour effet d'entraver les possibilités de développement de l'entreprise lorsqu'il faut procéder à de nouvelles embauches.

31 - V. sur cette délicate question, Ph. Coursier (ss. dir.), *L'entreprise et le financement de la protection sociale*, coll. Travaux/Planète social, LexisNexis 2023.

32 - M. Bunel, C. Emond et Y. L'Horty, *Évaluer les réformes des exonérations générales de cotisations sociales* : *Rev. OFCE* 2012/7, n° 126, p. 57.

33 - V. sur ce dispositif, J. Jacotot, *Le risque de redressement in L'entreprise et le financement de la protection sociale*, coll. Travaux/Planète social, LexisNexis 2023, n° 343 et s., p. 129 et s.

34 - L. n° 2007-1786, 19 déc. 2007, art. 108 : *JO* 21 déc.

35 - CSS, art. L. 243-7-2, al. 1^{er}.

36 - J. Barthélémy, *L'abus de droit en matière sociale* : *Regards* 2015, n°47, pp. 249-256.

fondement du premier alinéa, le litige est soumis, à la demande du cotisant, à l'avis du comité des abus de droit. Les organismes de recouvrement peuvent également, dans les conditions prévues par l'article L. 225-1-1, soumettre le litige à l'avis du comité. Quel que soit l'avis rendu par le comité, les organismes de recouvrement supportent la charge de la preuve en cas de réclamation³⁷ ». Pour le surplus, « un décret en Conseil d'État détermine les modalités d'application du présent article, notamment la composition, l'organisation et le fonctionnement du comité des abus de droit³⁸ », lequel non seulement impose à l'organisme de suivre une procédure décisionnelle particulière, mais offre également au cotisant une voie de recours devant le comité d'abus de droit, laquelle est strictement encadrée mais accompagnée d'une phase contradictoire³⁹. Par ailleurs, le décret stipule que si le cotisant a formé un recours préalable administratif, devant la commission de recours amiable, portant réclamation sur la décision de redressement prise dans le cadre de la même procédure que celle qui a donné lieu à la saisine du comité des abus de droit, ladite commission doit différer son avis ou sa décision dans l'attente de l'avis du comité⁴⁰.

La Cour de cassation veille au respect scrupuleux par les URSSAF de la procédure qui s'impose en cas de recours à l' « abus de droit », d'autant que son usage « entraîne l'application d'une pénalité égale à 20 % des cotisations et contributions dues⁴¹ ». Selon elle, est nécessairement obligatoire la mise en œuvre par l'URSSAF de la procédure spécialement dédiée à l'abus de droit et ce, dès que l'organisme chargé du recouvrement constate dans le cadre d'un contrôle qu'un acte du cotisant est susceptible d'être constitutif d'un abus de droit, y compris lorsque ce dernier est invoqué de façon implicite. Ainsi, lorsque l'organisme de sécurité sociale écarte un acte juridique dans les conditions ci-dessus, il se place nécessairement sur le terrain de l' « abus de droit » qui l'oblige à se conformer à la procédure prévue par le texte précité et les articles R. 243-60-1 et R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale et qu'à défaut de ce faire, les opérations de contrôle et celles, subséquentes, de recouvrement sont entachées de nullité⁴². A raison, et malgré le fait que les URSSAF se heurtent à la problématique de l'effectivité du recours au comité des abus de droit depuis que le mandat de ses membres a pris fin le 12 janvier 2015, sans avoir été renouvelé⁴³, la Cour de cassation confère aux contraintes procédurales une portée maximale, ce qui permet la contestation des redressements au cours desquels les organismes de recouvrement ont fait une application, y compris implicite, du texte⁴⁴. Ainsi, elle considère qu'est irrégulière la procédure de redressement lorsque l'URSSAF s'est placée, même implicitement⁴⁵, sur le terrain de l'abus de droit en écartant des actes litigieux en raison de leur caractère fictif, sans mettre en mesure la personne contrôlée de saisir le comité des abus de droit⁴⁶.

A l'inverse, la Cour de cassation considère que la divergence d'appréciation sur les règles d'assiette des cotisations n'est pas au nombre des contestations susceptibles de donner lieu à la procédure d'abus de droit prévue par l'article L. 243-7-2 du Code de la sécurité sociale⁴⁷. Néanmoins, même dans cette hypothèse, la deuxième Chambre civile reste attentive aux droits du cotisant. Ainsi, elle est venue au soutien d'une entreprise à laquelle l'URSSAF avait reprochée d'avoir exclu la valeur de biens transférés dans un autre État membre de l'Union européenne alors que ceux-ci figuraient initialement dans l'assiette de la contribution sociale de solidarité des sociétés (C3S). Celle-ci ne pouvant être déduite de cette assiette que lorsque ces biens ne sont pas destinés à être vendus dans l'autre État membre ou ont été réacheminés en France sans avoir été vendus, l'organisme chargé du recouvrement a considéré qu'à défaut d'indiquer *ab initio* que les biens litigieux transférés dans un pays de l'Union européenne ne sont pas destinés à être vendus, il était impossible de déduire leur valeur de l'assiette de la C3S, cette dernière

37 - CSS, art. L. 243-7-2, al. 2.

38 - CSS, art. L. 243-7-2, al. 2. – Rappr. CSS, art. R. 243-60-3.

39 - CSS, art. R. 243-60-3, II à IV.

40 - CSS, art. R. 243-60-3, V.

41 - CSS, art. L. 243-7-2, al. 4.

42 - Cass. 2^e civ., 18 févr. 2023, n^{os} 21-18.322, 21-17.207 et 21-11.600, 3 arrêts FS-B : *JurisData* n^{os} 2023-001844, 2023-001847 et 2023-001852 ; *Dr. soc.* 2023, p. 352, note I. Beyneix ; *JCP S* 2023, 1077, note B. Dorin. – V. arrêts *in* encadré ci-après.

43 - Dans une réponse ministérielle du 7 avril 2020, le Gouvernement a indiqué qu'il allait « solliciter les institutions composant le comité afin d'en nommer à nouveau les membres », mais aucun nouvel arrêté de nomination n'a encore été publié (Cf. Rép. min. à QE n^o 13983 : *JOAN*, 7 avr. 2020, p. 2636).

44 - *Ibid.* - Rappr. en matière fiscale, CE, ass. plén., 21 juill. 1989, req. n^o 59970, Bendjador.

45 - V. en ce sens, Avis de Mme Tuffreau, Avocate générale référendaire, *in* Cass. 2^e civ. 16 févr. 2023, n^o 21-17.207 et Cass. 2^e civ. 16 févr. 2023, n^{os} 21-11.600 et 21-12.005.

46 - Cass. 2^e civ., 16 févr. 2023, n^o 21-11.600 FS-B : *JurisData* n^o 2023-001852 ; *JCP S* 2023, 1117, note A. Bugada. – V. arrêt *in* encadré ci-après.

47 - Cass. 2^e civ., 12 oct. 2017, n^o 16-21.469 : *JurisData* n^o 2017-019906 ; *JCP S* 2017, 1395, note Th. Tauran.

devant être réglée à charge d'être remboursée si finalement le bien n'était pas vendu, ce aux termes d'un arrêt de la CJUE C-39/17 du 14 juin 2018⁴⁸. Or, telle n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation qui « *retient que le remboursement des contributions sur le fondement de l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale ne s'apparente pas à cette déduction (...) relève ensuite que les correctifs de TVA ne s'appliquent pas aux biens transférés qui ont été réacheminés dans l'État membre d'origine sans avoir été vendus (...) en déduit que la réglementation dont se prévaut l'URSSAF pour justifier son redressement ne remplit pas la condition visée par la CJUE*⁴⁹ ». Dès lors, elle décide d'annuler le redressement au motif « *que l'URSSAF a procédé à l'assujettissement litigieux sans permettre au cotisant de déduire de l'assiette de la C3S la valeur des biens qui ne sont pas destinés à être vendus dans l'État membre où ils ont été transférés ni celle des biens qui ont été réacheminés dans l'État membre d'origine sans avoir été vendus, la cour d'appel a, sans dénaturer les conclusions des parties ni méconnaître les règles de preuve, légalement justifié sa décision*⁵⁰ ». Il est permis de déceler dans une telle décision bien des discussions à venir sur les conditions non de forme mais de fond d'une invocation par les URSSAF de la notion d'abus de droit. A suivre donc.

Philippe Coursier

48 - CJUE, 14 juin 2018, aff. C-39/17 : *Rec.* 2018, p. 438.

49 - Cass. 2^e civ., 16 févr. 2023, n° 21-14.237 : publié au *Bull. civ.* - V. arrêt *in* encadré ci-après.

50 - *Ibid.*

**Cass. 2^e civ., 16 févr. 2023, pourvoi n° 21-17.207
(arrêt n° 165 FS-B : publié au Bull. civ.)**

La Cour,
(...)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 26 mars 2021), à la suite d'un contrôle portant sur les années 2013 à 2015, l'URSSAF de Midi-Pyrénées (l'URSSAF) a notifié à la société anonyme sportive professionnelle [9] (la société) une lettre d'observations

du 14 octobre 2016, puis une mise en demeure du 22 décembre 2016.

2. La société a saisi d'un recours une juridiction chargée du contentieux de la sécurité sociale.

Examen des moyens

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

3. La société fait grief à l'arrêt de rejeter son recours, alors :

« 1° / qu'en vertu de l'article R. 243-59, premier alinéa, du Code de la sécurité sociale, tout contrôle effectué en application de l'article L. 243-7 du même code est précédé de l'envoi par l'organisme chargé du recouvrement des cotisations d'un avis adressé à l'employeur ; que l'absence d'une mention non prévue par le code de la sécurité sociale au sein de l'avis de contrôle entraîne la nullité du redressement mis en œuvre dès lors que cette situation constitue intrinsèquement une violation des droits de la défense du cotisant ; que selon les articles L. 225-1-1 quinquies et D. 213-1-2 du code de la sécurité sociale, l'ACOSS peut requérir des URSSAF qu'elles opèrent des actions concertées de contrôle et de recouvrement ; que par application combinée de ces textes, l'avis adressé à l'employeur préalablement au contrôle doit

préciser qu'il est engagé dans le cadre d'un contrôle concerté décidé par l'ACOSS en vertu de l'article L. 225-1-1 du Code de la sécurité sociale lorsque c'est le cas ; que la société a invoqué, dans ses conclusions d'appel, l'irrégularité de l'avis de contrôle et, subséquemment, la nullité des opérations de contrôle et de redressement, dès lors que cet avis ne mentionnait pas que le contrôle avait été diligenté dans le cadre d'un contrôle concerté et ne visait pas l'article L. 225-1-1 du Code de la sécurité sociale ; que pour écarter ce moyen la cour d'appel a retenu que, bien qu'il ne fasse mention

ni d'un contrôle concerté ni de l'article L. 225-1-1 du Code de la sécurité sociale, l'avis de contrôle comprenait les mentions explicitement visées à l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale, qu'il « précise la nature des documents et éléments chiffrés concernés par les opérations de vérification, rappelle la possibilité d'assistance par un conseil de son choix et fait état de la charte du cotisant en indiquant le site où elle peut être consultée » et que « la circonstance qu'il ne fasse pas mention que le contrôle s'inscrit dans le cadre d'un contrôle concerté, décidé par l'agence centrale des organismes de sécurité sociale, est sans incidence sur le respect des droits de la défense dès lors que la nature du contrôle et la procédure de contrôle en elle-même sont en tout état de cause identiques » ; qu'en statuant ainsi quand l'obligation de motivation conforme de l'avis de contrôle, qui est d'ordre public, est méconnue en présence, comme en l'espèce, d'un avis n'informant pas le cotisant que le contrôle dont il fait l'objet est mis en œuvre dans le cadre d'un contrôle concerté décidé par l'ACOSS, ce peu important que la mention dans l'avis du caractère concerté du contrôle ne soit pas expressément visée par l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale, la cour d'appel a violé les articles L. 225-1-1, R. 243-59 et D. 213-1-2 du Code de la sécurité sociale pris en leur version applicable, ensemble l'article 6 § 1 de la CESDH ;

2° / que l'avis adressé à l'employeur préalablement au contrôle doit préciser qu'il est engagé dans le cadre d'un contrôle concerté décidé par l'ACOSS en vertu de l'article L. 225-1-1 du Code de la sécurité sociale lorsque c'est le cas ; que l'irrégularité des documents exigés lors de la procédure de redressement entache la procédure de redressement de nullité, sans que le cotisant n'ait à démontrer l'existence d'un grief ; que la société a invoqué, dans ses conclusions d'appel, l'irrégularité de l'avis de contrôle et, subséquentement, la nullité des opérations de contrôle et de redressement, dès lors que l'avis qui lui a été adressé ne mentionnait pas que le contrôle avait été diligenté dans le cadre d'un contrôle concerté et ne visait pas l'article L. 225-1-1 du Code de la sécurité sociale ; que pour écarter ce moyen la cour d'appel a encore retenu que l'avis de contrôle a été adressé « dans un délai suffisant pour lui permettre d'organiser sa défense y compris en prenant attache, si elle le juge utile, avec [8], avisée un mois au préalable de l'existence d'un contrôle concerté, de la période concernée par le contrôle », que « [8] ayant été informée un mois auparavant, par l'agence centrale des organismes de sécurité sociale, de l'inscription au plan national des URSSAF pour 2016 de contrôles concertés pour les clubs de rugby du Top 14 et de la désignation de l'URSSAF Midi-Pyrénées pour « piloter » ce contrôle, ce dernier s'inscrit dans le cadre d'un respect loyal des droits de la défense » et que « la société... a bien eu la possibilité, si elle l'estimait utile, de se concerter avec les autres clubs de rugby professionnel, pour organiser sa défense préalablement à la première visite de l'inspecteur du recouvrement » ; qu'en statuant ainsi cependant que l'obligation de motivation conforme de l'avis de contrôle est d'ordre public en ce qu'elle conditionne le respect des droits de la défense du cotisant de sorte que sa mise en œuvre est impérative à peine de nullité du redressement subséquent sans que ne soit exigée la preuve d'un préjudice en découlant pour le cotisant, ce dont il résulte que l'URSSAF avait l'obligation de préciser dans l'avis que le contrôle était mis en œuvre dans le cadre d'un contrôle concerté quelle que soit l'information donnée parallèlement par l'URSSAF à [8], la cour d'appel a violé les articles L. 225-1-1, R. 243-59 et D. 213-1-2 du Code de la sécurité sociale, ensemble l'article 6 § 1 de la CESDH. »

Réponse de la Cour

4. L'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale n'exige pas que l'avis préalable qu'il prévoit mentionne le caractère concerté du contrôle.

5. Dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel, sans encourir les griefs du moyen, a dit que la circonstance que l'avis préalable ne fasse pas mention que le contrôle s'inscrivait dans le cadre d'un contrôle concerté, décidé par l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale, était sans incidence sur sa régularité.

Sur le troisième moyen

Enoncé du moyen

7. La société fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 1° / qu'il résulte des articles 480 du Code de procédure civile et 1351, devenu 1355, du Code civil, que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif ; que l'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée qu'en cas de triple identité de parties, de cause et d'objet entre l'action définitivement jugée et la nouvelle demande ; que le jugement statuant sur un redressement distinct, ayant donné lieu à une lettre d'observations et une mise en demeure distinctes, ne statue pas sur le même objet et n'est donc revêtu d'aucune autorité de la chose jugée relativement aux redressements ultérieurs intervenus par lettre d'observations et lettre de mise en demeure distinctes et portant sur une autre période ; qu'en conséquence les observations pour l'avenir effectuées au titre d'une pratique lors d'un précédent redressement ne rendent pas le cotisant irrecevable à contester

le redressement infligé au titre de cette même pratique lors d'un contrôle ultérieur ; qu'en décidant au contraire que dès lors que la société avait fait l'objet d'une observation sur l'avenir dans une lettre d'observations du 25 septembre 2009 au titre de la requalification en contrat de travail de l'intervention du personnel médical et paramédical, elle était irrecevable à contester le chef de redressement n° 18 afférent à l'assujettissement et à l'affiliation au régime général du staff médical et paramédical au titre des années 2013, 2014 et 2015, la cour d'appel a violé les articles 480 du code de procédure civile et 1355 du Code civil ;

2° / que la notification à un cotisant d'une observation pour l'avenir, confirmée en justice, ne le rend pas irrecevable à contester en justice le redressement intervenu ultérieurement dans le cadre d'un contrôle URSSAF sur un même fondement ; qu'en décidant au contraire que dès lors que la société avait fait l'objet d'une observation sur l'avenir dans une lettre d'observations du 25 septembre 2009 au titre de la requalification en contrat de travail de l'interventions du personnel médical, elle était irrecevable à contester le chef de redressement n° 18 afférent à l'assujettissement et à l'affiliation au régime général du staff médical et paramédical au titre des années 2013, 2014 et 2015, la cour d'appel a violé les articles L. 244-2, L. 243-7 et L. 243-12-4 du Code de la sécurité sociale dans leur version applicable au jour de l'exigibilité des cotisations ;

3° / que les juges ne peuvent statuer sur le fond après avoir déclaré une action irrecevable ; qu'en l'espèce ayant déclaré la société irrecevable à contester le chef de redressement n° 18 afférent à l'assujettissement et à l'affiliation au régime général du staff médical et paramédical au titre des années 2013, 2014 et 2015, la cour d'appel ne pouvait, dans le même temps, statuer au fond et décider que le chef de redressement est justifié pour son entier montant compte tenu du lien de subordination existant entre le club et les intervenant médicaux et paramédicaux ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a en conséquence violé l'article 122 du Code de procédure civile ;

4° / que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que pour déduire l'existence d'un tel lien de subordination entre le club de rugby et les intervenants médicaux et paramédicaux, la cour d'appel s'est bornée à relever « l'existence d'un service organisé par la société... au sein duquel interviennent des médecins, des masseurs-kinésithérapeutes et un ostéopathe », service coordonné par deux médecins salariés, que les intervenants médicaux et paramédicaux ont l'obligation d'être présents lors des matchs, que l'activité médicale est exercée dans les locaux du club avec les moyens et matériels du club, que les intervenants reçoivent des honoraires mensuels, l'existence d'une « hiérarchisation des intervenants », ainsi que « la cosignature des conventions d'honoraires » ; qu'en statuant ainsi par des motifs insusceptibles d'établir un pouvoir de direction, de contrôle et sanction du club de rugby à l'égard des intervenants médicaux et paramédicaux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 242-1, L. 311-2 et L. 311-11 du Code de la sécurité sociale et de l'article L. 1221-1 du Code du travail pris en leur version applicable à la date d'exigibilité des cotisations sociales ;

5° / que sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des URSSAF pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ; que la société exposante faisait valoir, en l'espèce, que les intervenants médicaux et paramédicaux devaient se voir appliquer la présomption de non-salariat au regard de leur activité libérale en qualité d'indépendant inscrit auprès de l'URSSAF ; qu'en énonçant au contraire que « la circonstance que les autres médecins et intervenants paramédicaux disposent d'un cabinet médical ou paramédical avec une patientèle propre n'est pas exclusive de l'existence d'un lien de subordination lors de leurs participations au service de soins organisé au sein de la société alors que la présomption de non-salariat ne peut concerner que leur activité libérale dans leurs propres cabinets », cependant que dès lors que ces intervenant médicaux et paramédicaux avaient le statut d'indépendant inscrit auprès de l'URSSAF la présomption de non salariat devait s'appliquer peu important que leur activité se déroule ou non dans leur cabinet médicaux, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles L. 8221-6 I 3° et L. 8221-6-1 du Code du travail. »

Réponse de la Cour

8. Selon l'article L. 8221-6, I, du code du travail, dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité des cotisations et contributions litigieuses, les personnes physiques, dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation aux registres ou répertoires que ce texte énumère, sont présumées ne pas être liées avec le donneur d'ordre par un contrat de travail. L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque ces personnes fournissent des prestations dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination

juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre.

9. Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné, le travail au sein d'un service organisé pouvant constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.

10. L'arrêt relève qu'il résulte des constatations des inspecteurs de recouvrement que le docteur [J], médecin généraliste, qui a sous sa responsabilité les différents intervenants en charge du suivi médical des sportifs de l'équipe professionnelle, est, à ce titre, directement rattaché à la direction générale de la société, qu'il cosigne avec le président de la société les conventions d'honoraires des intervenants paramédicaux et a été embauché en qualité de salarié à compter de la saison sportive 2014/2015 en vue d'occuper les mêmes fonctions que celles qui lui étaient dévolues lors des saisons sportives précédentes, que seul M. [M] a été déclaré en qualité de salarié sur cette période, qu'à compter de la saison 2014/2015, M. [E] a été engagé comme salarié, en sa qualité de masseur-kinésithérapeute, préparateur physique et coordinateur des services médicaux et sportifs de l'équipe professionnelle, que le docteur [J] participe à la coordination de l'ensemble des activités des autres membres du staff encore rémunérés en honoraires.

11. L'arrêt ajoute que le règlement de la Ligue nationale impose aux clubs la présence de l'encadrement médical pendant les entraînements et les matchs, que l'activité médicale et paramédicale est exercée dans les locaux du club où évoluent les joueurs et comprend également la couverture des matchs tant à domicile qu'à l'extérieur, les « mises au vert », les « décrassages » ainsi que les stages, que les moyens matériels et produits consommables nécessaires et suffisants aux actes médicaux et paramédicaux sont directement et intégralement pris en charge par le club et qu'il en est de même des frais de déplacement nécessaires au bon déroulement de l'activité des intéressés, que le staff médical et paramédical est rémunéré mensuellement selon un forfait en application d'une convention conclue lors de chaque saison sportive pour une durée de douze mois, les intervenants médicaux n'établissant pas de feuille de soins nominative et ne percevant pas d'honoraires de clientèle, les montants forfaitaires perçus ayant été déclarés en tant qu'honoraires par chaque bénéficiaire au titre d'une activité libérale indépendante et non en tant qu'éléments d'une rémunération par la société au titre d'une activité salariée.

12. L'arrêt précise que les constatations des inspecteurs sont de même nature que celles faites dans le cadre de l'observation pour l'avenir contenue dans la lettre d'observations du 25 septembre 2009, les docteurs [V] et [J] y étant mentionnés comme chargés du « management du service », et qu'elles mettent en évidence l'existence d'un service organisé par la société au sein duquel interviennent des médecins, des masseurs-kinésithérapeutes et un ostéopathe, que ce service est coordonné et organisé par le docteur [J], dans les liens d'un contrat de travail avec la société depuis la dernière année contrôlée.

13. De ces constatations et énonciations relevant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve débattus devant elle, la cour d'appel, sans encourir aucun des griefs du moyen, faisant ressortir l'existence d'un lien de subordination juridique permanente entre les intéressés et la société, en a exactement déduit que les sommes qui leur étaient versées étaient assujetties aux cotisations sociales.

14. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

15. La société fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 1° / que selon l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale, dans sa version issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, afin d'en restituer le véritable caractère, les URSSAF « sont en droit d'écarter, comme ne leur étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes aient un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'aient pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle auxquelles le cotisant est tenu au titre de la législation sociale ou que le cotisant, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles » ; qu'en cas de redressement fondé sur l'abus de droit reproché au cotisant l'URSSAF doit appliquer la procédure afférente ; qu'elle doit notamment, à la demande du cotisant et en cas de désaccord sur les rectifications, soumettre la procédure à l'avis du comité des abus de droit ; qu'en l'espèce, tel qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt, le chef de redressement n° 6 infligé à la société tient à la prétendue manœuvre reprochée au club de rugby ayant consisté à rémunérer en partie l'un de

ses joueurs, M. [O] [H], sous la forme de versements d'honoraires pour droit à l'image à une société « en contrepartie de la prétendue exploitation de l'image individuelle du joueur » et ce afin, selon la lettre d'observations, « d'éviter le paiement des cotisations sociales sur la partie du salaire réglée sous forme de droits à l'image considérés comme des revenus mobiliers » ; que ce motif de redressement tiré du reproche fait au club de rugby d'avoir entendu « éviter le paiement des cotisations sociales » en contrepartie de la « prétendue exploitation de l'image individuelle » du joueur répond clairement à la définition de l'abus de droit tel que découlant de la loi ; qu'en écartant néanmoins l'application de cette procédure aux motifs impropres que « ces termes de la lettre d'observations ne sont pas de nature à induire que les inspecteurs du recouvrement ont retenu l'existence d'un acte fictif comme allégué par la société. Ils ne peuvent être interprétés comme signifiant que cet acte a pu n'être inspiré par aucun autre motif que celui d'éviter les cotisations et contributions sociales dues, puisque ce chef de redressement ne porte que sur le droit à l'image individuel d'un seul joueur (M. [O] [H]) et pour une seule année (2013). La référence aux droits éludés correspond donc en réalité au constat que les cotisations et contributions sociales n'ont pas été payées, ce qui est le cas de tout redressement, et que le seul qualificatif de « prétendue » est insuffisant pour permettre à la cour de considérer que les inspecteurs du recouvrement se sont placés sur le terrain d'un abus de droit pour procéder à ce chef de redressement, alors qu'ils ont ensuite développé un argumentaire, notamment en lien avec un précédent contrôle, qui doit être examiné lors de l'examen sur le fond de ce chef de redressement et qui est de nature à expliciter le qualificatif inapproprié utilisé au stade des constatations que la cour a reprises », la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations desquelles il ressortait que le chef de redressement était fondé sur la volonté de la société exposante « éviter le paiement des cotisations sociales » par l'entremise d'une « prétendue exploitation de l'image individuelle du joueur » ce qui correspond juridiquement à la définition de l'abus de droit du cotisant, a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-1 du Code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 243-7-2, R. 243-60-1 et R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige :

16. Aux termes du premier de ces textes, afin d'en restituer le véritable caractère, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1 et L. 752-1 sont en droit d'écarter, comme ne leur étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes aient un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'aient pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle auxquelles le cotisant est tenu au titre de la législation sociale ou que le cotisant, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

17. Lorsque l'organisme de sécurité sociale écarte un acte juridique dans les conditions ci-dessus, il se place nécessairement sur le terrain de l'abus de droit. Il en résulte qu'il doit se conformer à la procédure prévue par les textes susvisés et qu'à défaut de ce faire, les opérations de contrôle et celles, subséquentes, de recouvrement sont entachées de nullité.

18. L'arrêt relève que les inspecteurs du recouvrement ont considéré que le versement d'honoraires par la société à la société [7], en contrepartie de l'exploitation de l'image individuelle du joueur du club, constituait un complément de rémunération comme découlant de l'exécution normale du contrat de travail liant le joueur professionnel à la société. Il retient que les termes de la lettre d'observations ne sont pas de nature à induire que les inspecteurs du recouvrement ont retenu l'existence d'un acte fictif et ne peuvent pas être interprétés comme signifiant que cet acte a pu n'être inspiré par aucun autre motif que celui d'éviter les cotisations et contributions sociales dues. Il ajoute que la référence aux droits éludés correspond au constat que les cotisations et contributions sociales n'ont pas été payées, ce qui est le cas de tout redressement, et que le seul qualificatif de « prétendue exploitation de l'image individuelle du joueur » est insuffisant pour permettre de considérer que les inspecteurs du recouvrement se sont placés sur le terrain d'un abus de droit pour procéder au redressement, alors qu'ils ont ensuite développé un argumentaire sur le fond, notamment en lien avec un précédent contrôle.

19. En statuant ainsi, alors qu'elle constatait que l'organisme de recouvrement avait écarté la convention litigieuse au motif qu'elle avait pour seul objet d'éviter le paiement des cotisations sociales, ce dont il résultait qu'il s'était implicitement placé sur le terrain de l'abus de droit pour opérer le redressement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés.

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi, la Cour :

Casse et annule, sauf en ce qu'il dit que la contrainte est régulière et valide l'observation pour l'avenir, l'arrêt rendu le 26 mars 2021, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse (...).

.....

**Cass. 2^e civ., 16 févr. 2023, pourvois joints n° 21-11.600 et 21-12.005
(arrêt n° 167 FS-B : publié au Bull. civ.)**

La Cour
(...)

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° T 2111600 et G 2112005 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 11 décembre 2020), à la suite d'un contrôle portant sur les années 2012 à 2014,

l'URSSAF de Provence-Alpes-Côte d'Azur (l'URSSAF) a notifié à la société [3] (la société) une lettre d'observations du 30 octobre 2015, suivie d'une mise en demeure du 29 décembre 2015.

3. La société a saisi d'un recours une juridiction chargée du contentieux de la sécurité sociale.

Examen des moyens

Sur les troisième, quatrième et cinquième moyens du pourvoi n° T 2111600 de la société et les deuxième et troisième moyens du pourvoi n° G 2112005 de l'URSSAF, ci-après annexés.

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen du pourvoi n° G 2112005 de l'URSSAF

Énoncé du moyen

5. L'URSSAF fait grief à l'arrêt d'annuler le chef de redressement n° 27 « cotisation-rupture non forcée du contrat de travail Assujettissement démission, départ volontaire à la retraite », alors :

« 1° / que lorsque l'URSSAF considère que le comportement du cotisant procède de l'abus de droit, elle applique une pénalité de 20 % des cotisations et contributions dues, le cotisant ayant la faculté de saisir le comité des abus de droit en cas de désaccord ; qu'il appartient exclusivement à l'URSSAF, au vu des éléments qui lui sont soumis, de déterminer si elle souhaite se placer sur le terrain de la procédure d'abus de droit ou faire application du droit commun ; qu'en jugeant, en l'espèce, que l'URSSAF aurait dû appliquer la procédure d'abus de droit et ainsi permettre au cotisant de saisir le comité des abus de droit, quand il ressortait de ses constatations que l'URSSAF n'avait pas fait application de la pénalité de 20 % et ne s'était ainsi, délibérément, pas placée sur le terrain de l'abus de droit, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige ;

2° / que la procédure d'abus de droit requiert que le cotisant puisse demander que le litige soit soumis à l'avis du comité des abus de droit ; que ce comité ne disposant plus de membres depuis le 12 janvier 2015, il n'est plus actif, si bien que la procédure d'abus de droit ne peut plus être mise en œuvre, l'URSSAF devant faire application du droit commun ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a observé qu'à défaut d'existence dudit comité, l'URSSAF devait renoncer à recourir à la notion d'abus de droit ; qu'en jugeant pourtant que le non-respect de la procédure applicable en matière d'abus de droit et l'application du droit commun par l'URSSAF devait entraîner l'annulation du chef de redressement n° 27, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation des articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige. »

Réponse de la Cour

6. Aux termes de l'article L. 243-7-2 du Code de la sécurité sociale, afin d'en restituer le véritable caractère, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1 et L. 752-1 sont en droit d'écarter, comme ne leur étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes aient un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'aient pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle auxquelles le cotisant est tenu au titre de la législation sociale ou que le cotisant, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

7. Lorsque l'organisme de sécurité sociale écarte un acte juridique dans les conditions ci-dessus, il se place nécessairement sur le terrain de l'abus de droit. Il en résulte qu'il doit se conformer à la procédure prévue par le texte précité et les articles R. 243-60-1 et R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale et qu'à défaut de ce faire, les opérations de contrôle et celles, subséquentes, de recouvrement sont entachées de nullité.

8. L'arrêt relève que, dans la lettre d'observations, l'inspecteur du recouvrement énonce qu'en l'état des informations recueillies au cours du contrôle, les procédures de licenciement présentées par l'entreprise à l'appui de l'exonération des cotisations et contributions de sécurité sociale d'une partie des indemnités versées lors du départ de nombreux salariés sont réputées fictives. Il retient qu'en faisant explicitement état du caractère fictif, non seulement des licenciements opérés mais des accords transactionnels conclus postérieurement, l'URSSAF se référait implicitement à la notion d'abus de droit en sorte qu'elle devait recourir à la procédure adéquate et informer le cotisant de la possibilité de saisir le comité des abus de droit. Il ajoute que l'URSSAF ne saurait se retrancher derrière l'absence de sanctions pour contester le recours à la notion d'abus de droit et que la circonstance qu'à l'époque du contrôle, les membres du comité des abus de droit n'avaient pas été nommés est inopérante et inopposable au cotisant. Il indique enfin qu'il appartenait à l'URSSAF de renoncer à recourir à cette notion si les dispositions législatives précisément adoptées pour assurer la protection des droits du cotisant s'avéraient impossibles à observer et que ces garanties n'ont pas été respectées.

9. De ces constatations et énonciations relevant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve débattus devant elle, la cour d'appel a pu déduire, peu important que l'URSSAF n'ait pas appliqué la pénalité égale à 20 %, prévue en cas d'abus de droit, que l'organisme de recouvrement, qui avait écarté les actes litigieux en raison de leur caractère fictif, s'était implicitement placé sur le terrain de l'abus de droit et que la procédure de redressement était irrégulière.

10. Le moyen, inopérant en sa seconde branche en ce qu'en ne se soumettant pas à la procédure prévue aux dispositions précitées, l'URSSAF ne pouvait se prévaloir du défaut de constitution du comité des abus de droit, n'est, dès lors, pas fondé pour le surplus.

Sur le premier moyen du pourvoi n° T 2111600 de la société

Énoncé du moyen

11. La société fait grief à l'arrêt de valider les autres chefs de redressement, alors que « *selon l'article L. 243-7-2 du Code de la sécurité sociale, dans sa version issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, en cas de désaccord sur les rectifications notifiées au cotisant sur le fondement d'un abus de droit le litige doit être soumis, à la demande du cotisant, à l'avis du comité des abus de droit ; que la méconnaissance de cette procédure par les inspecteurs de l'URSSAF entache de nullité la procédure de redressement prise en son ensemble ; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté que l'URSSAF avait méconnu cette procédure ; qu'elle a cependant jugé que ce grief « ne saurait concerner que le chef de redressement n° 27 et non l'intégralité du redressement comme soutenu à tort par l'intimée » ; qu'en statuant ainsi cependant que la violation par les inspecteurs de l'URSSAF de la procédure d'ordre public instituée par l'article L. 243-7-2 du Code de la sécurité sociale, afférente à l'obligation de saisine pour avis du comité des abus de droit en cas de redressement fondé sur un abus de droit, entachait de nullité le redressement pris en son ensemble en ce qu'il avait porté atteinte aux droits de la défense de la société, la cour d'appel a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-1 du Code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige. »*

Réponse de la Cour

12. Il résulte de l'article L. 243-7-2 du Code de la sécurité sociale que la méconnaissance par l'organisme de recouvrement de la procédure qu'il prévoit n'emporte la nullité que du seul chef de redressement opéré sur le fondement de l'abus de droit.

13. Il s'ensuit que la cour d'appel a exactement décidé que l'inobservation de cette procédure n'entraînait l'annulation que du seul chef de redressement n° 27 fondé sur l'abus de droit.

14. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Sur le quatrième moyen du pourvoi n° G 2112005 de l'URSSAF

Énoncé du moyen

15. L'URSSAF fait grief à l'arrêt d'annuler le chef de redressement n° 23 « transactions suite à licenciement pour faute grave - Indemnités de préavis et indemnités de congés payés sur préavis », alors que « *les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités mentionnées au dixième alinéa dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité des cotisations litigieuses, sont comprises dans l'assiette des cotisations de*

sécurité sociale et d'allocations familiales, à moins que l'employeur ne rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice ; qu'en l'espèce, pour annuler le redressement opéré par l'URSSAF au titre des transactions conclues postérieurement à des licenciements pour faute grave, la cour d'appel s'est bornée à relever que, dans aucune des transactions produites aux débats, l'employeur n'avait entendu renoncer à se prévaloir de l'existence d'une faute grave au soutien de la mesure de licenciement prononcée, qu'il n'était pas soutenu que les salariés auraient effectué leur préavis, et que les transactions accordaient aux anciens salariés des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel et moral en raison tant de l'exécution que de la rupture du contrat ; qu'en se déterminant par des motifs insuffisants à caractériser le caractère exclusivement indemnitaire de la somme versée en exécution de la transaction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité des cotisations. »

Réponse de la Cour

16. Il résulte des dispositions de l'article L. 242-1, alinéa 1^{er}, du Code de la sécurité sociale que les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités mentionnées au dixième alinéa, sont comprises dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales, à moins que l'employeur ne rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice.

17. L'arrêt relève que, dans aucune des transactions produites au débat, l'employeur n'a entendu renoncer à se prévaloir de l'existence d'une faute grave au soutien de la mesure de licenciement prononcée, qu'il n'est pas soutenu que les salariés auraient effectué leur préavis et que ces transactions accordent aux salariés des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel et moral en raison tant de l'exécution que de la rupture du contrat de travail.

18. De ces constatations, relevant de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur des éléments de fait et de preuve débattus devant elle, dont elle a fait ressortir que la société démontrait que les indemnités litigieuses compensaient les préjudices subis par les salariés, la cour d'appel a exactement déduit que leur montant n'entrait pas dans l'assiette des cotisations sociales et que le redressement opéré à ce titre devait être annulé.

19. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Sur le sixième moyen du pourvoi n° T 2111600 de la société

Enoncé du moyen

20. La société fait grief à l'arrêt de valider le redressement relatif à la majoration de 10 % pour défaut de mise en conformité, alors que « *selon l'application combinée des articles L. 243-7-6 et R. 243-18-1 du code de la sécurité sociale, dans leur version issue respectivement de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 et du décret n° 2013-1107 du 3 décembre 2013, le cotisant qui ne se met pas en conformité avec les observations qui lui ont été adressées à l'occasion d'un précédent contrôle survenu moins de cinq ans avant la date de notification des nouvelles observations constatant le manquement aux mêmes obligations peut se voir infliger une pénalité de 10 % pour non mise en conformité ; que cette pénalité de 10 % pour défaut de mise en conformité ne peut être appliquée qu'aux observations (non suivies d'effet) intervenues à compter de l'entrée en vigueur du dispositif précité, c'est-à-dire celles communiquées par écrit depuis le 1^{er} janvier 2014 ; que l'URSSAF ne pouvait en conséquence se fonder sur les observations effectuées à la société lors d'un précédent redressement antérieur au 1^{er} janvier 2014 pour justifier l'application de cette pénalité ; qu'en retenant au contraire que faute pour la société de s'être conformée aux observations contenues dans une précédente lettre d'observations de septembre 2012, antérieure à l'entrée en vigueur des articles L. 243-7-6 et R. 243-18-1 du Code de la sécurité sociale, la société avait pu se voir appliquer la pénalité pour défaut de conformité, la cour d'appel a violé les textes susvisés dans leur version applicable au litige, ensemble l'article 2 du code civil. »*

Réponse de la Cour

21. Il résulte de la combinaison des articles L. 243-7-6 et R. 243-18-1 du Code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige, que le montant du redressement des cotisations et contributions sociales mis en recouvrement à l'issue d'un contrôle réalisé en application de l'article L. 243-7 est majoré de 10 % lorsqu'il est constaté que le cotisant n'a pas pris en compte les observations effectuées lors d'un précédent contrôle notifiées moins de cinq ans avant la date de notification des nouvelles observations constatant le manquement aux mêmes obligations.

22. Ces dispositions s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2014 aux redressements effectués à la suite d'observations constatant le manquement du cotisant aux mêmes obligations après de précédentes observations

notifiées moins de cinq ans auparavant, lors d'un précédent contrôle.

23. Ayant constaté le renouvellement, postérieurement au 1^{er} janvier 2014, des observations de l'URSSAF sur le manquement du cotisant aux mêmes obligations que précédemment, la cour d'appel a exactement décidé que faute d'avoir respecté les observations émises moins de cinq ans auparavant, le cotisant était redevable d'une majoration pour absence de mise en conformité.

24. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Mais sur le deuxième moyen du pourvoi n° T 2111600 de la société, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

25. La société fait grief à l'arrêt de dire que le chef de redressement n° 9 ne devait être réduit que de 225 336 euros et de valider pour le surplus le redressement, alors « *qu'il résulte de la combinaison des articles L. 242-1 et L. 243-1 du Code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige, que les cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales sont calculées sur le montant brut, avant précompte s'il y a lieu de la part des cotisations et contributions supportées par le salarié, des sommes et avantages compris dans l'assiette des cotisations ; que les rémunérations ou avantages versés aux salariés le sont ainsi en « brut », avant le précompte de la part salariale des cotisations sociales, et non en « net » (2e Civ., 24 sept. 2020, 19-13.194 F-P+B+I) ; que la société a contesté en conséquence le mode de calcul des chefs de redressement n° 6 (indemnités forfaitaires téléphones), 8, (frais liés à la mobilité professionnelle), 9 (panier personnel non posté), 10 (prise en charge des frais de transport) et 11 (indemnités kilométriques), faisant valoir que l'URSSAF avait procédé, pour le calcul des sommes réintégrées dans l'assiette des cotisations sociales, à une reconstitution en brut des salaires réintégrés au titre de ces chefs de redressement, alors que la réintégration d'éléments requalifiés en salaire dans l'assiette de cotisations de sécurité sociale concerne par nature des sommes correspondant déjà à du « brut » et qui n'ont pas en conséquence à être reconstituées ; que la cour d'appel a retenu au contraire que « constitue la base brute de calcul des cotisations la part des rémunérations comprenant le précompte salarial », que « dans les avantages consentis il n'est pas invoqué et a fortiori démontré, qu'ils seraient précomptés d'où la nécessité de réinclure les charges », que « dès lors que les avantages litigieux sont versés aux salariés nets de cotisations sociales c'est à bon droit que l'union de recouvrement reconstitue, à partir de cette base nette, une base brute afin d'y appliquer les taux de cotisations en vigueur » et elle en a déduit que « c'est précisément parce que la société a exclu ces avantages de toute charge que l'URSSAF est amenée à reconstituer le salaire » ; qu'en statuant ainsi alors que les indemnités, frais professionnels ou avantages – visés aux chefs de redressement n° 6, 8, 9, 10 et 11 – requalifiés en salaire par l'URSSAF, correspondaient déjà juridiquement à des sommes accordées en « brut » avant le précompte des cotisations sociales, de sorte que ces sommes ou avantages devaient être réintégrés, en tant que telles, dans l'assiette des cotisations sociales sans aucune reconstitution, la cour d'appel a violé les articles L. 242-1, L. 243-1 et R. 242-1 du code de la sécurité sociale dans leur version applicable au litige. »*

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 242-1 et L. 243-1 du Code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige :

26. Il résulte de la combinaison de ces textes que, sauf dispositions particulières contraires, les cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales sont calculées sur le montant brut, avant précompte s'il y a lieu de la part des cotisations et contributions supportées par le salarié, des sommes et avantages compris dans l'assiette des cotisations.

27. Pour valider en tout ou en partie les chefs de redressement n° 6, 8, 9, 10 et 11, l'arrêt retient essentiellement que toute somme directement versée au salarié est censée l'être en net en sorte que, pour le calcul des cotisations, il convient d'opérer une reconstitution du salaire brut. Il ajoute que dès lors que les avantages litigieux sont versés aux salariés nets de cotisations sociales, c'est à bon droit que l'URSSAF reconstitue, à partir de cette base nette, une base brute afin d'y appliquer les taux de cotisations en vigueur.

28. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la société n'avait pas procédé au précompte des cotisations et contributions dues par les salariés, de sorte que la réintégration des sommes afférentes aux avantages litigieux correspondait à leur montant brut, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi n° T 2111600 de la société, la Cour :

Casse et annule, sauf en ce qu'il annule les chefs de redressement n° 15, 23 et 27, valide les chefs de redressement n° 3, 4, 5 et 7, applique la majoration de 10 % et déclare irrecevable la contestation de la société portant sur le chef de redressement n° 25, l'arrêt rendu le 11 décembre 2020, entre les parties, par la cour

d'appel d'Aix-en-Provence ;

Remet, sauf sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée (...).

.....

**Cass. 2^e civ., 16 févr. 2023, pourvoi n° 21-18.322
(arrêt n° 166 FS-B : publié au Bull. civ.)**

La Cour,
(...)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Amiens, 19 avril 2021), à la suite d'un contrôle portant sur les années 2010, 2011 et 2012, l'URSSAF du Nord-Pas-de-Calais (l'URSSAF) a notifié à la société [3] (la société) une lettre d'observations du 28 juin 2013, suivie d'une mise en demeure le 6 septembre 2013.

2. La société a saisi d'un recours une juridiction chargée du contentieux de la sécurité sociale.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

3. L'URSSAF fait grief à l'arrêt d'annuler le chef de redressement n° 6, alors :

« 1° / que la divergence d'appréciation sur les règles d'assiette des cotisations n'est pas au nombre des contestations susceptibles de donner lieu à la procédure d'abus de droit ; qu'en l'espèce, l'inspecteur du recouvrement s'était limité à constater que, contrairement à ce que la société [3] avait considéré, Messieurs [E] et [U] n'étaient pas liés à la société par un contrat de travail à défaut de tout lien de subordination, de fonctions techniques distinctes de leur mandat et de rémunération spécifique ; qu'il en déduisait que les sommes versées à l'occasion de la rupture de leur contrat avaient été improprement qualifiées d'indemnités de licenciement et devaient être réintégrées dans l'assiette des cotisations sociales ; que l'origine du redressement résidait donc dans une simple divergence d'appréciation entre la société et l'URSSAF quant à la qualification de la relation de travail liant les intéressés à la société ; qu'en jugeant pourtant que le redressement était motivé par l'abus de droit, la cour d'appel a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige ;

2° / que lorsque l'URSSAF considère que le comportement du cotisant procède de l'abus de droit, elle applique une pénalité de 20 % des cotisations et contributions dues, le cotisant ayant la faculté de saisir le comité des abus de droit en cas de désaccord ; qu'il appartient exclusivement à l'URSSAF, au vu des éléments qui lui sont soumis, de déterminer si elle souhaite se placer sur le terrain de la procédure d'abus de droit ou faire application du droit commun ; qu'en jugeant, en l'espèce, que l'URSSAF aurait dû appliquer la procédure d'abus de droit et ainsi permettre au cotisant de saisir le comité des abus de droit, quand il ressortait de ses constatations que l'URSSAF n'avait pas fait application de la pénalité de 20 % et ne s'était ainsi, délibérément, pas placée sur le terrain de l'abus de droit, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige ;

3° / qu'à tout le moins, la procédure d'abus de droit requiert que le cotisant puisse demander que le litige soit soumis à l'avis du comité des abus de droit ; que ce comité ne disposant plus de membres depuis le 12 janvier 2015, il n'est plus actif, si bien que la procédure d'abus de droit ne peut plus être mise en œuvre, l'URSSAF devant faire application du droit commun ; qu'en jugeant pourtant que le non-respect de la procédure applicable en matière d'abus de droit et l'application du droit commun par l'URSSAF devait entraîner l'annulation du chef de redressement n° 6, la cour d'appel a violé les articles L. 243-7-2 et R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige. »

Réponse de la Cour

4. Aux termes de l'article L. 243-7-2 du Code de la sécurité sociale, afin d'en restituer le véritable caractère, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1 et L. 752-1 sont en droit d'écarter, comme ne leur étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes aient un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'aient pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle auxquelles le cotisant est tenu au titre de la législation sociale ou que le cotisant, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation

ou à ses activités réelles.

5. Lorsque l'organisme de sécurité sociale écarte un acte juridique dans les conditions ci-dessus, il se place nécessairement sur le terrain de l'abus de droit. Il en résulte qu'il doit se conformer à la procédure prévue par le texte précité et les articles R. 243-60-1 et R. 243-60-3 du Code de la sécurité sociale et qu'à défaut de ce faire, les opérations de contrôle et celles, subséquentes, de recouvrement sont entachées de nullité.

6. L'arrêt relève que l'inspecteur du recouvrement a considéré que les révocations des mandats sociaux et les licenciements de MM. [E] et [U] constituaient des actes fictifs donnant lieu au versement de sommes indemnifiant leur mise à l'écart de la société, que l'inspecteur du recouvrement a fondé le redressement sur la mise en place d'un habillage légal des ruptures en constatant qu'il n'existait pas de nette séparation entre les attributions techniques des emplois respectifs de directeur administratif et financier et de directeur d'exploitation des intéressés et celles relevant de leurs mandats sociaux antérieurs officiels, puisqu'ils avaient continué à présider à tour de rôle les assemblées générales et que leur rémunération au titre du contrat de travail, en l'absence de lien de subordination, était identique à celle perçue au titre du mandat social. Il retient que l'inspecteur en a déduit que les contrats de travail n'étaient pas réels et a calculé le redressement pour les indemnités perçues lors des licenciements qui n'avaient pas été soumis à cotisations et contributions sociales.

7. De ces constatations et énonciations, relevant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve débattus devant elle, la cour d'appel a pu déduire, peu important que l'URSSAF n'ait pas appliqué la pénalité égale à 20 % prévue en cas d'abus de droit, et alors que le comité des abus de droit était constitué à la date du contrôle, que l'organisme de recouvrement, qui avait écarté les actes litigieux en raison de leur caractère fictif, s'était implicitement placé sur le terrain de l'abus de droit et que la procédure de redressement était irrégulière.

8. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Par ces motifs, la Cour :

Rejette le pourvoi (...).

.....

Cass. 2^e civ., 16 févr. 2023, pourvoi n° 21-14.237
(arrêt n° 195 F-B : publié au Bull. civ.)

La Cour,

(...)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 29 janvier 2021), rendu sur renvoi après cassation (2^e Civ., 20 décembre 2018, pourvoi, n° 15-21434), à la suite d'une vérification d'assiette portant sur la contribution sociale de solidarité des sociétés (C3S) et la contribution additionnelle dues par la société [3] (la société) pour l'année 2008, la Caisse nationale du régime social des indépendants, aux droits de laquelle vient l'URSSAF de Provence-Alpes-Côte d'Azur (l'URSSAF), lui a notifié des observations suivies d'une mise en demeure du 8 décembre 2011.

2. La société a saisi d'un recours une juridiction chargée du contentieux de la sécurité sociale.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

3. L'URSSAF fait grief à l'arrêt d'annuler la mise en demeure du 8 décembre 2011, alors :

« 1^o / qu'aux termes de l'arrêt de la CJUE C-39/17 du 14 juin 2018, la valeur des biens transférés dans un autre État membre de l'Union européenne figurant initialement dans l'assiette de la C3S doit être déduite de cette assiette lorsque ces biens ne sont pas destinés à être vendus dans l'autre État membre ou ont été réacheminés en France sans avoir été vendus ; qu'à défaut d'indiquer ab initio que les biens litigieux transférés dans un pays de l'Union européenne ne sont pas destinés à être vendus, il est impossible de déduire leur valeur de l'assiette de la C3S qui doit être réglée à charge d'être remboursée si finalement le bien n'est pas vendu ; que, si la CJUE n'a pas précisé à quel moment cette déduction devait intervenir, elle ne peut être opérée qu'a posteriori lorsque l'absence de vente des biens postérieurement à leur transfert est définitivement établie ; qu'en jugeant que le remboursement de la contribution sociale de solidarité des sociétés (C3S) sur le fondement de l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale ne répondait pas à cette possibilité de déduction, sans préciser en quoi un tel remboursement des contributions indûment versées ne permettait pas d'opérer

la déduction de l'assiette des cotisations des biens non vendus dans l'État membre de destination, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 651-3, L. 651-5 et L. 243-6 du Code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige, ensemble les articles 28 et 30 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

2° / que les juges du fond ne peuvent dénaturer les conclusions des parties ; qu'en l'espèce, l'URSSAF faisait valoir dans ses écritures que le mécanisme de remboursement de la C3S résultant de l'article L. 243-6 du Code de la sécurité sociale était analogue au mécanisme de régularisation prévu au titre de la TVA ; qu'en jugeant que les correctifs applicables en matière de TVA ne s'appliquaient pas aux biens transférés réacheminés dans l'État membre d'origine sans avoir été vendus, de sorte que l'URSSAF ne pouvait se prévaloir de cette réglementation quand l'organisme de recouvrement se limitait à établir un comparatif entre les mécanismes applicables en matière de C3S et de TVA sans solliciter l'application des correctifs applicables en matière de TVA à la C3S, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de l'exposante ;

3° / qu'il incombe à celui qui sollicite le bénéfice d'un allègement de son obligation au paiement de charges sociales de rapporter la preuve qu'il réunit les conditions pour l'obtenir ; qu'en jugeant en l'espèce que l'URSSAF ne justifiait pas du redressement entrepris à défaut de rapporter la preuve de l'existence d'un dispositif permettant d'opérer une déduction d'assiette de la C3S, quand il appartenait à la société sollicitant ladite déduction d'assiette de démontrer qu'avaient été inclus dans l'assiette de la C3S des biens qui n'étaient pas destinés à être vendus dans l'État membre de destination ou avaient été réacheminés en France sans avoir été vendus, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation de l'article 1315 devenu 1353 du Code civil ;

4° / qu'aux termes de l'arrêt de la CJUE C-39/17 du 14 juin 2018, la valeur des biens transférés dans un autre État membre de l'Union européenne figurant initialement dans l'assiette de la C3S doit être déduite de cette assiette lorsque ces biens ne sont pas destinés à être vendus dans l'autre État membre ou ont été réacheminés en France sans avoir été vendus ; qu'en annulant le redressement en jugeant que l'URSSAF ne justifiait pas avoir déduit de l'assiette de la C3S les biens non vendus dans l'État membre de destination sans avoir constaté qu'avaient été assujettis à la C3S des biens transférés au sein de l'Union européenne n'ayant pas fait l'objet d'une vente ultérieure, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 651-3 et L. 651-5 du Code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige, ensemble les articles 28 et 30 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

Réponse de la Cour

4. La Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 14 juin 2018, C-39/17) a dit pour droit que les articles 28 et 30 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre prévoyant que l'assiette de contributions perçues sur le chiffre d'affaires annuel des sociétés, pour autant que ce dernier atteint ou dépasse un certain montant, soit calculée en tenant compte de la valeur représentative des biens transférés par un assujetti ou pour son compte, pour les besoins de son entreprise, de cet État membre vers un autre État membre de l'Union européenne, cette valeur étant prise en compte dès ledit transfert, alors que, lorsque les mêmes biens sont transférés par l'assujetti ou pour son compte, pour les besoins de son entreprise, sur le territoire de l'État membre concerné, leur valeur n'est prise en compte dans ladite assiette que lors de leur vente ultérieure, à la condition, premièrement, que la valeur de ces biens ne soit pas, une nouvelle fois, prise en compte dans ladite assiette lors de leur vente ultérieure dans cet État membre, deuxièmement, que leur valeur soit déduite de ladite assiette lorsque ces biens ne sont pas destinés à être vendus dans l'autre État membre ou ont été réacheminés dans l'État membre d'origine sans avoir été vendus et troisièmement, que les avantages résultant de l'affectation desdites contributions ne compensent pas intégralement la charge supportée par le produit national commercialisé sur le marché national lors de sa mise sur le marché, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

5. Pour annuler le redressement, après avoir énoncé qu'il convenait de vérifier que la valeur des biens transférés de France vers un autre État membre de l'Union européenne soit déduite de l'assiette de la C3S lorsque ces biens ne sont pas destinés à être vendus dans l'autre État membre ou ont été réacheminés dans l'État membre d'origine sans avoir été vendus, l'arrêt retient que le remboursement des contributions sur le fondement de l'article L. 243-6 du Code de la sécurité sociale ne s'apparente pas à cette déduction. Il relève ensuite que les correctifs de TVA ne s'appliquent pas aux biens transférés qui ont été réacheminés dans l'État membre d'origine sans avoir été vendus. Il en déduit que la réglementation dont se prévaut l'URSSAF pour justifier son redressement ne remplit pas la condition visée par la CJUE.

6. En l'état de ces constatations et énonciations, dont il ressort que l'URSSAF a procédé à l'assujettissement litigieux sans permettre au cotisant de déduire de l'assiette de la C3S la valeur des biens qui ne sont pas destinés à être vendus dans l'État membre où ils ont été transférés ni celle des biens qui ont été réacheminés dans

l'État membre d'origine sans avoir été vendus, la cour d'appel a, sans dénaturer les conclusions des parties ni méconnaître les règles de preuve, légalement justifié sa décision.

7. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

Par ces motifs, la Cour :

Rejette le pourvoi (...).

Technologies et santé

Droit des brevets

Camille Maréchal Pollaud-Dulian

Maître de conférences HDR en droit privé, Directrice du Master 2 Droit général des activités numériques, Université Paris Cité, Inserm, Institut Droit et Santé, F-75006 Paris, France

Résumé

Cette chronique de droit des brevets pharmaceutiques met l'accent sur les incidences que pourraient avoir, en droit de la propriété intellectuelle, les projets de réforme de la législation pharmaceutique publiés le 24 avril 2023 par la Commission européenne.

Elle revient également sur la série d'arrêts rendus par la Cour de cassation le 7 février 2023 en matière de certificat complémentaire de protection.

Abstract

The pharmaceutical patent law column focuses on the potential implications for intellectual property law of the pharmaceutical legislation reform proposals published by the European Commission on April 24, 2023.

It also looks back at the series of rulings handed down by the French Supreme Court on February 7, 2023 concerning supplementary protection certificates.

Propositions de modification de la législation en matière pharmaceutique

Le 24 avril 2023, la Commission européenne a publié ses projets de directive et de règlement en matière de législation pharmaceutique¹. Cette révision s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie pharmaceutique pour l'Europe et vise à promouvoir l'innovation, en particulier pour les besoins médicaux non satisfaits, tout en réduisant la charge réglementaire et l'impact environnemental des médicaments, à garantir l'accès des patients aux médicaments innovants et établis, en accordant une attention particulière au renforcement de la sécurité d'approvisionnement et à la lutte contre les risques de pénurie, en tenant compte des défis à relever en matière de santé publique et d'environnement. La directive proposée abrogerait et remplacerait la directive n° 2001/83 du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire des médicaments à usage humain.

De ce texte fleuve – 184 pages – accessible seulement en anglais, nous ne mentionnerons que les deux dispositions concernant les droits de brevet et le certificat complémentaire de protection. La première concerne l'exception au droit exclusif en vue de réaliser les essais et études dits de « bioéquivalence ». Ces actes destinés à préparer l'exploitation de médicaments génériques ou biosimilaires constituent des actes d'exploitation de l'invention. Ils peuvent être entrepris avant que le brevet tombe dans le domaine public ou avant l'expiration du CCP, en vertu de l'exception dite « Bolar » introduite à l'article 10, paragraphe 6, de la directive n° 2001/83 précitée, modifiée par la directive n° 2004/27 du 31 mars 2004, lequel dispose que « *la réalisation des études et des essais nécessaires en vue de l'application des paragraphes 1, 2, 3 et 4 et les exigences pratiques qui en résultent ne sont pas considérées comme*

1 - Com(2023) 193 final : Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down Union procedures for the authorisation and supervision of medicinal products for human use and establishing rules governing the European Medicines Agency, amending Regulation (EC) n° 1394/2007 and Regulation (EU) n° 536/2014 and repealing Regulation (EC) n° 726/2004, Regulation (EC) n° 141/2000 and Regulation (EC) n° 1901/2006 ; COM(2023) 192 final : Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the Union code relating to medicinal products for human use, and repealing Directive 2001/83/EC and Directive 2009/35/EC.

contraires aux droits relatifs aux brevets et aux CCP pour les médicaments »². Le paragraphe 1 de l'article 10 prévoit que le demandeur n'est pas tenu de fournir les résultats des essais précliniques et cliniques s'il peut démontrer que le médicament est un générique d'un médicament de référence. Pour les biosimilaires, les résultats des essais précliniques et cliniques doivent être fournis en vertu du paragraphe 4. Cependant, l'exception telle qu'elle est conçue dans la directive ne concerne que les médicaments génériques et biosimilaires destinés à être mis sur le marché des États Membres.

Cette exception a été transposée en droit français par la loi n° 2007-248 du 26 février 2007. L'article L. 613-5, d), du CPI dispose désormais que les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux « études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation ». Le texte du CPI vise donc non seulement les essais et études nécessaires à l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché mais encore tous les actes nécessaires à la réalisation de ces études et essais et à l'obtention de l'autorisation de mise sur le marché. Surtout, il n'est pas exigé que l'autorisation recherchée concerne un marché européen ni même un médicament générique ou biosimilaire. Il serait donc possible de bénéficier de l'exception pour réaliser en France des essais cliniques concernant un médicament *princeps* aussi bien qu'en vue d'obtenir une autorisation de mise sur le marché sur un territoire extra-européen.

Le considérant 63 de la proposition de directive explique que l'application de l'exception « Bolar » est fragmentée dans l'Union³. En effet, certains États Membres l'ont transposée de façon stricte, de sorte qu'elle ne bénéficie qu'aux génériques et en vue d'une autorisation de mise sur le marché de l'UE tandis que d'autres, comme la France, l'Allemagne ou l'Italie, ont adopté une disposition large exemptant tous les essais cliniques pour tous les médicaments et en vue d'une autorisation de mise sur le marché de n'importe quel territoire⁴. La Commission européenne juge donc nécessaire, pour faciliter l'entrée sur le marché des médicaments génériques, biosimilaires, hybrides et bio-hybrides, de clarifier le champ d'application de l'exception afin de garantir une application harmonisée dans tous les États membres, à la fois en termes de bénéficiaires et d'activités couvertes. La Commission ajoute que l'exception doit être limitée à la réalisation d'études et d'essais et à d'autres activités nécessaires au processus d'approbation réglementaire, à l'évaluation des technologies de la santé et à la demande de remboursement des prix, même si cela peut nécessiter des quantités substantielles de production d'essai pour démontrer la fiabilité de la fabrication. Pendant la durée de protection du brevet ou du CCP du médicament de référence, il ne peut cependant pas y avoir d'utilisation commerciale des médicaments génériques et similaires. Mais l'objectif est bien de permettre leur mise sur le marché dès le premier jour de l'expiration du droit exclusif.

La proposition de directive comporte à cette fin un article 85 qui dispose que n'est pas considérée comme contraire aux droits de brevet ni au CCP l'utilisation du médicament de référence aux fins d'études, essais et autres activités menées pour générer des données en vue d'une autorisation de mise sur le marché de médicaments génériques, biosimilaires, hybrides ou biohybrides et pour les modifications ultérieures, de l'évaluation des technologies de la santé telle que définie dans le règlement (UE) 2021/2282, de la tarification et du remboursement⁵. Les activités menées exclusivement à ces fins peuvent couvrir le dépôt d'une demande d'autorisation de mise sur le marché et l'offre, la fabrication, la vente, la fourniture, le stockage, l'importation, l'utilisation et l'achat de médicaments ou de procédés brevetés, y compris par des fournisseurs et des prestataires de services tiers. Il est précisé, *in fine*, que l'exception ne couvre pas la mise sur le marché des médicaments résultant de ces activités. On comprend aussi que l'exception serait limitée aux médicaments génériques, biosimilaires, hybrides et biohybrides mais ne concernerait pas les médicaments innovants, ce qui pourrait conduire la France à limiter la portée de l'article L. 613-5 d).

2 - Sur ce texte, V. P. Véron, Propr. int. 2016, « L'exception d'usage expérimental et l'exception « Bolar » », p. 170 ; J. Azéma, J.-Cl. , Fasc. 4280 Médicament et brevet, n° 34.

3 - Sur la variété des exceptions de type « Bolar » dans le monde et en Europe, V. « Faciliter la fabrication des médicaments génériques : les exceptions Bolar dans le monde », OMPI Magazine, juin 2014.

4 - V. P. Véron, article précité.

5 - (a) studies, trials and other activities conducted to generate data for an application, for:

(i) a marketing authorisation of generic, biosimilar, hybrid or bio-hybrid medicinal products and for subsequent variations;

(ii) health technology assessment as defined in Regulation (EU) 2021/2282;

(iii) pricing and reimbursement.

(b) the activities conducted exclusively for the purposes set out in point (a), may cover the submission of the application for a marketing authorisation and the offer, manufacture, sale, supply, storage, import, use and purchase of patented medicinal products or processes, including by third party suppliers and service providers.

This exception shall not cover the placing on the market of the medicinal products resulting from such activities.

Deuxièmement, la prolongation de six mois du CCP comme récompense pour les médicaments complétant un plan d'investigation pédiatrique, qui résulte actuellement de l'article 13, paragraphe 3, du règlement n° 469/2009, est maintenue par l'article 86 de la proposition de directive, lequel dispose que lorsqu'une demande d'autorisation de mise sur le marché inclut les résultats de toutes les études réalisées conformément à un plan d'investigation pédiatrique approuvé, le titulaire du brevet ou du certificat complémentaire de protection a droit à une prorogation de six mois de la période visée à l'article 13, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 469/2009. La prorogation joue également lorsque l'achèvement du plan d'investigation pédiatrique approuvé n'aboutit pas à l'autorisation d'une indication pédiatrique, mais que les résultats des études menées se reflètent dans le résumé des caractéristiques du produit et, le cas échéant, dans la notice du médicament concerné.

CCP

Le 1^{er} février 2023, alors que, dans le cadre de son plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle (COM(2020) 760 final du 25 novembre 2020 et Résolution du Parlement européen du 11 novembre 2021 2021/2007(INI)) et de sa stratégie pharmaceutique pour l'Europe (COM(2020) 761 final du 25 novembre 2020), la Commission européenne envisage une initiative législative relative aux certificats complémentaires de protection (ci-après CCP), la Cour de cassation a rendu 7 arrêts en matière de CCP⁶. Nous ne reviendrons pas sur l'arrêt n° 21-15221, publié au Bulletin, qui concerne la notion de principe actif par opposition à celles d'excipient et d'adjuvant, pour l'interprétation du règlement (CE) n° 469/2009 du 6 mai 2009 concernant le CCP. L'enjeu est de déterminer si l'autorisation de mise sur le marché invoquée (ci-après AMM) à l'appui de la demande de CCP est la première AMM du produit en tant que médicament. L'excipient n'étant pas considéré comme un principe actif sauf preuve contraire, il n'est pas possible d'obtenir un CCP sur la base d'un brevet qui protège la combinaison d'un principe actif et d'un nouvel excipient si ce principe actif a déjà fait l'objet d'une AMM antérieure⁷.

Trois des arrêts rendus prononcent un sursis à statuer en attendant les réponses qu'apportera la CJUE aux très importantes questions préjudicielles posées dans les affaires C-119/22 et C-149/22 relatives à l'interprétation de l'article 3, sous a) et c), du règlement n° 469/2009⁸.

Notion de « produit couvert par le brevet de base »

Les arrêts n° 21-17773, n° 21-13663 et n° 21-13664 concernent la notion de produit protégé par le brevet de base. Le certificat complémentaire de protection ne peut être délivré que si le produit, c'est-à-dire le principe actif ou la composition de principes actifs d'un médicament, est protégé par un brevet de base en vigueur⁹.

Dans la première affaire, la société Wyeth, qui développe des médicaments contre le cancer, et le General Hospital Corporation, organisation à but non lucratif en charge de la gestion d'un hôpital universitaire américain, spécialisé dans la recherche dans le traitement du cancer avaient déposé conjointement en 2016 une demande de CCP portant sur le produit « osimertinib ». La demande était formulée sur la base d'un brevet européen déposé en 2006 sous priorité de deux brevets américains, et délivré en 2011. Elle faisait référence à une autorisation de mise sur le marché octroyée à la société Astra Zeneca en 2016 pour la spécialité pharmaceutique « Tagrisso », ayant pour principe actif l'osimertinib, principe ayant fait l'objet d'un brevet déposé en 2012 par la société Astra Zeneca.

Le directeur de l'INPI avait rejeté la demande de CCP en 2019 et le 9 février 2021, la cour d'appel de Paris a rejeté le recours contre la décision du directeur de l'INPI.

Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir violé l'article 3, sous a), du règlement n° 469/2009 en se déterminant par des motifs impropres à caractériser en quoi l'osimertinib aurait été développé, après le dépôt de la demande de brevet de base, au terme d'une activité inventive autonome. D'après la jurisprudence de la Cour de justice de

6 - V. Prop. ind. 2023, comm. 19, P. Schmitt.

7 - V. nos observations au Dalloz Actualité du 17 février 2023.

8 - n° 19-16741, 20-20904 et 18-21903.

9 - Règlement CE n° 469/2009 du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, art. 3 a).

L'Union européenne, un produit peut être considéré comme protégé par un brevet de base au sens du règlement n° 469/2009 lorsqu'il est défini dans le brevet de façon seulement fonctionnelle, c'est-à-dire lorsqu'il répond à une définition fonctionnelle générale employée par l'une des revendications du brevet et relève nécessairement de l'invention couverte par ce brevet sans pour autant être individualisé en tant que mode concret de réalisation à tirer de l'enseignement dudit brevet. Lorsque le produit est ainsi couvert par une définition fonctionnelle, il doit être spécifiquement identifiable, à la lumière de l'ensemble des éléments divulgués dans le brevet, par l'homme du métier, sur la base de ses connaissances générales dans le domaine considéré à la date du dépôt ou de priorité du brevet de base et de l'état de la technique¹⁰. Cela signifie, d'une part, que le produit doit nécessairement relever, pour l'homme du métier, à la lumière de la description du brevet de base, de l'invention couverte par le brevet et, d'autre part, que l'homme du métier doit être capable d'identifier ce produit de façon spécifique à la lumière de l'ensemble des éléments divulgués par le brevet et sur la base de l'état de la technique à la date de dépôt ou de priorité du même brevet¹¹.

En revanche, un produit n'est pas considéré comme protégé par un brevet de base lorsque, bien que relevant de la définition fonctionnelle donnée dans les revendications de ce brevet, il a été développé après la date de dépôt de la demande du brevet de base, au terme d'une activité inventive autonome¹². Pour exclure le CCP dans cette hypothèse, la Cour de justice explique que s'il pouvait être tenu compte de résultats issus de recherches intervenues après la date de dépôt ou de priorité du brevet de base invoqué, un CCP pourrait permettre à son titulaire de bénéficier indûment d'une protection pour ces résultats, alors même que ceux-ci n'étaient pas connus à l'une ou l'autre de ces dates.

Se référant à l'arrêt *Royalty Pharma*, la Cour de cassation relève que la cour d'appel, tout en retenant que l'osimertinib répondait à la définition fonctionnelle générale employée par la revendication n° 23 du brevet de base et relevait nécessairement de l'invention couverte par ce brevet, a néanmoins estimé que ce produit était inconnu pour l'homme du métier à la date du dépôt du brevet et que celui-ci ne pouvait le déduire directement et sans équivoque du brevet, faisant ainsi ressortir que l'osimertinib n'était pas spécifiquement identifiable par l'homme du métier, sur la base de ses connaissances générales dans le domaine considéré et de l'état de la technique à la date de dépôt ou de priorité du brevet. Par ses seuls motifs dont il se déduit que l'osimertinib ne relève pas de la protection du brevet de base invoqué, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. Le pourvoi est rejeté.

Autrement dit, en l'espèce, et à la différence de l'affaire *Dana Farber*¹³, ce n'est pas parce que le produit a été développé au terme d'une activité inventive autonome que le CCP est refusé mais parce que le produit, bien que relevant de la définition fonctionnelle donnée dans les revendications du brevet, n'est pas spécifiquement identifiable, à la lumière de l'ensemble des éléments divulgués dans le brevet, par l'homme du métier, sur la base de ses connaissances générales dans le domaine considéré à la date du dépôt ou de priorité du brevet de base et de l'état de la technique.

Dans les deux autres affaires, la société Ono Pharmaceutical a déposé, conjointement avec une personne physique, une demande de CCP portant respectivement sur le produit pembrolizumab et le produit nivolumab sur la base du même brevet européen déposé en 2003 et délivré en 2010 portant le titre « compositions immunostimulantes ». Les demandes faisaient référence à deux AMM accordées en 2015, d'une part, à la société Merck Sharp & Dohme pour une spécialité pharmaceutique dénommée « Keytruda » ayant pour principe actif le pembrolizumab, et d'autre part, à la société Bristol-Myers Squibb pour la spécialité « Opdivo-Nivolumab » ayant pour principe actif le nivolumab. Les deux demandes de CCP avaient été rejetées par le directeur de l'INPI au motif que le produit n'était pas protégé par le brevet de base en vigueur. Les deux arrêts de la cour d'appel de Paris rendus le 19 janvier 2021, qui ont rejeté les recours contre ces décisions, se voient cassés sur deux points qui tiennent à l'identification par la cour d'appel d'une activité inventive autonome.

10 - CJUE, *Eli Lilly*, 12 décembre 2013, aff. C-493/12 ; *Royalty Pharma*, 30 avril 2020, aff. C-650/17.

11 - CJUE, *Teva*, 25 juillet 2018, aff. C-121/17.

12 - Arrêt *Royalty Pharma*, précité, point 47 ; F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Economica, 2^{ème} éd., 2022, n° 651.

13 - Paris, Pôle 5, ch. 1, 25 mai 2022 (RG 21/08514), *JDSAM*, 2022, n° 34, p. 123, avec nos observations.

Premièrement, les arrêts encourent la cassation parce que, dans ses deux décisions, la cour d'appel s'est fondée sur un article scientifique produit pour la première fois devant elle pour retenir que l'identification du pembrolizumab dans le brevet de base nécessitait une activité inventive autonome alors que la Cour de cassation juge que le recours en annulation exercé contre une décision du directeur général de l'INPI est dépourvu d'effet dévolutif et que, ne portant que sur l'appréciation de la validité de la décision de celui-ci au regard des éléments qui ont été soumis et débattus devant lui, doivent être écartées du débat les pièces nouvelles produites devant la cour d'appel¹⁴.

Deuxièmement, après avoir constaté que le principe actif était implicitement et nécessairement visé par le brevet en ce qu'il relève de la définition fonctionnelle du produit, la cour d'appel avait retenu qu'il avait fallu cinq années à un tiers pour déposer un brevet concernant spécifiquement le pembrolizumab, ce brevet mentionnant trois inventeurs et comportant 21 revendications précisant les séquences des anticorps se liant au PD-1 humain et correspondant au pembrolizumab. Elle en avait déduit que le temps nécessaire au dépôt de ce brevet constitue un « indice robuste de la complexité des recherches à effectuer et de la nécessité de procéder, à partir du brevet (de base) à une activité inventive autonome au sens de l'arrêt *Royalty Pharma* ». La cour d'appel avait tenu le même raisonnement pour le nivolumab en relevant qu'il avait fallu trois années à la société Ono, en partenariat avec une autre société, pour déposer son brevet concernant spécifiquement le nivolumab, ledit brevet mentionnant sept inventeurs et comportant 25 revendications précisant les séquences des anticorps se liant au PD-1 humain, comprenant six régions hypervariables définissant précisément la microstructure complète du nivolumab.

Les deux arrêts sont cassés pour défaut de base légale au double visa de l'article 3, sous a), du règlement n° 469/2009 et 83 de la Convention sur le brevet européen¹⁵. La cour d'appel aurait dû, en effet, rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, d'une part, si les procédés de fabrication des anticorps monoclonaux étaient bien connus de l'homme du métier à la date du dépôt de la demande du brevet de base et si ce dernier, dans sa description, décrivait comment cribler les anticorps concernés pour identifier ceux qui remplissent la fonction de l'invention, à savoir ceux qui inhibent le signal d'immunodépresseur de PD-1, et d'autre part, si l'homme du métier pouvait ainsi, à la lecture du brevet et grâce à ses connaissances générales, obtenir, par une opération de routine tous les anticorps remplissant la fonction visée par le brevet, y compris le pembrolizumab et le nivolumab.

L'existence d'une activité inventive autonome doit donc être appréciée au regard des revendications et de la description du brevet de base. En l'espèce, la cour d'appel devait, dans les deux cas d'espèce, rechercher si la description ne permettait pas à l'homme du métier, par une opération de routine, d'obtenir les produits visés par les demandes de CCP sans s'en tenir exclusivement à l'indice de non-évidence que peuvent constituer, pour apprécier la condition d'activité inventive, les années de recherche nécessaires à mettre au point le produit, qui ne sont pas décisives à elles seules¹⁶.

Camille Maréchal Pollaud-Dulian

14 - Com., 24 mai 2011, n°10-16429 ; 26 avril 2017, n° 15-25417 ; 18 septembre 2019, n° 17-26274.

15 - « *L'invention doit être exposée dans la demande de brevet européen de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter* ».

16 - Sur ce point, V. F. Pollaud-Dulian, *La Propriété industrielle*, Economica, 2^{ème} éd., 2022, n° 357.

Marchés et santé

Rappels essentiels de mise sur le marché des compléments alimentaires

Marie-Caroline Buiatti

Avocat en Sciences de la Vie et Bien-Etre

Résumé

Face à l'augmentation fulgurante des ventes de compléments alimentaires, les opérateurs, de plus en plus nombreux, font l'objet de contrôles accrus de la DGCCRF. Les derniers contrôles en 2022 révèlent un fort taux d'anomalie (60 %). Il nous paraît ainsi essentiel d'apporter un éclairage sur les obligations réglementaires en matière de compléments alimentaires (étiquetage, publicité, allégations, déclaration, ...), afin de limiter les risques de sanction pénale.

Abstract

Faced with the dazzling increase in sales of food supplements, more and more operators are subject to increased controls by the DGCCRF. The last checks in 2022 showed a high anomaly rate (60 %). It therefore seems essential to us to shed a light on the regulatory obligations in terms of food supplements (labelling, advertising, allegations, declaration, etc.), in order to limit the risk of criminal sanctions.

Introduction

Face aux inquiétudes des Français sur leur santé, la préservation de leur sommeil, et la protection de leur système immunitaire, 59 %¹ d'entre eux disent consommer des compléments alimentaires. D'après Synadiet, le syndicat national des compléments alimentaires, le marché des compléments alimentaires en France a effectivement grimpé : en 2021, c'est « un marché en croissance de 6 % pour un chiffre d'affaires de 2,3 milliards d'euros »² et en 2022, un marché en croissance de 3 % pour un chiffre d'affaires de 2,6 milliards d'euros³.

Parallèlement, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (« DGCCRF ») a réalisé une enquête, qui faisait l'objet d'une publication le 19 septembre 2022, dont l'objectif était de « contrôler la conformité des allégations nutritionnelles et de santé accompagnant les compléments alimentaires [...] ». Le résultat de cette enquête est que « [l]e taux d'anomalie constaté des 75 opérateurs contrôlés lors de l'enquête 2020 est de 60 % ». Parmi ceux-là, 20 opérateurs contrôlés n'ont pas respecté les mentions obligatoires comme la « liste des ingrédients » ou « la dose journalière recommandée exigée par la réglementation applicable aux compléments alimentaires »⁴.

1 - Synadiet, *Observatoire 2023 et chiffre du marché 2022*, 17 avril 2023, consulté le 5 mai 2023, disponible sur : [Observatoire 2023 et chiffre du marché 2022 - Synadiet](#).

2 - Synadiet, *Communiqué de Presse*, 14 avril 2022, disponible sur : [cp_observatoire_synadiet_2022.pdf](#).

3 - Synadiet, *Le marché des compléments alimentaires, Chiffres de l'année 2022*, 28 mars 2023, consulté le 5 mai 2023, disponible sur : [Le marché des compléments alimentaires \(synadiet.org\)](#).

4 - DGCCRF, *Allégations nutritionnelles et de santé : une réglementation encore trop souvent méconnue*, 19 septembre 2022, disponible sur : [Allégations nutritionnelles et de santé : une réglementation encore trop souvent méconnue | economie.gouv.fr](#).

Face à ces manquements et à l'importance croissante des compléments alimentaires sur le marché, il nous paraît donc essentiel d'apporter un éclairage sur les principales contraintes réglementaires applicables aux opérateurs mettant sur le marché des compléments alimentaires.

Champ d'analyse

Notre analyse vise les compléments alimentaires entrant dans le champ de la Directive 2002/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les compléments alimentaires (ci-après la « **Directive** »), c'est-à-dire « *les compléments alimentaires commercialisés comme des denrées alimentaires et présentés comme tels* ». Nous excluons donc de notre analyse les compléments alimentaires non commercialisés comme des denrées alimentaires et en particulier les « spécialités pharmaceutiques telles que définies par la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain » (article 1^{er} de la Directive).

La Directive a été transposée en droit français par le décret n° 2006-352 du 20 mars 2006 relatif aux compléments alimentaires (« **Décret** ») et par l'arrêté du 9 mai 2006, relatif aux nutriments pouvant être employés dans la fabrication des compléments alimentaires.

Qu'est-ce qu'un complément alimentaire ?

D'après la Directive et le Décret, on entend par compléments alimentaires, « *les denrées alimentaires dont le but est de compléter le régime alimentaire normal et qui constituent une source concentrée de nutriments [vitamines et minéraux] ou d'autres substances ayant un effet nutritionnel ou physiologique seuls ou combinés, commercialisés sous forme de doses, à savoir les formes de présentation telles que les gélules, les pastilles, les comprimés, les pilules et autres formes similaires, ainsi que les sachets de poudre, les ampoules de liquide, les flacons munis d'un compte-gouttes et les autres formes analogues de préparations liquides ou en poudre destinées à être prises en unités mesurées de faible quantité* ».

Par ailleurs, la Cour de Justice des Communautés européennes a confirmé que les compléments alimentaires sont bien « *une catégorie spéciale de denrées alimentaires* ». Par conséquent, les dispositions applicables aux denrées alimentaires sont applicables aux compléments alimentaires, de façon « *supplétive* » par rapport à la Directive,⁵ et en particulier le règlement (CE) n° 1924/2006 concernant les allégations nutritionnelles⁶ et de santé portant sur les denrées alimentaires⁷.

Qu'est-ce qu'on retrouve dans un complément alimentaire ?

L'article 4 du Décret précise que seuls peuvent être utilisés pour la fabrication des compléments alimentaires :

- Les nutriments [vitamines (e.g. Vitamine D) et minéraux (e.g. fer)] et les substances à but nutritionnel ou physiologique (e.g. caféine)⁸ ;

Les Annexes I et II de la Directive, par renvoi de l'article 4 de la Directive, listent les vitamines et minéraux ainsi que les substances vitaminiques et minérales pouvant être utilisés pour la fabrication de compléments alimentaires.

5 - CJCE, 9 juin 2005, JOUE 6 août, aff. C-211/03, pp. 28-29, disponible sur : showPdf.jsf?jsessionid=B6ACB43C38C697C3EB614D4602DED7EC@_spring (europa.eu).

6 - Les allégations nutritionnelles sont définies par le règlement (CE) n° 1924/2006 comme « *toute allégation qui affirme, suggère ou implique qu'une denrée alimentaire possède des propriétés nutritionnelles bénéfiques particulières de par: a) l'énergie (valeur calorique) qu'elle: i) fournit, ii) fournit à un degré moindre ou plus élevé, ou iii) ne fournit pas, et/ou b) les nutriments ou autres substances qu'elle: i) contient, ii) contient en proportion moindre ou plus élevée, ou iii) ne contient pas* ».

7 - Les allégations de santé sont définies par le règlement (CE) n° 1924/2006 comme « *toute allégation qui affirme, suggère ou implique l'existence d'une relation entre, d'une part, une catégorie de denrées alimentaires, une denrée alimentaire ou l'un de ses composants et, d'autre part, la santé* ».

8 - D'après le Décret, les substances à but nutritionnelle ou physiologiques sont « *les substances chimiquement définies possédant des propriétés nutritionnelles ou physiologiques, à l'exception des [vitamines et minéraux] et des substances possédant des propriétés exclusivement pharmacologiques* ». L'arrêté du 26 septembre 2016 établit la liste des substances à but nutritionnel ou physiologique autorisées dans les compléments alimentaires et les conditions de leur emploi, consulté le 29 avril 2023, disponible sur : [Journal officiel de la République française - N° 234 du 7 octobre 2016 \(wkf.fr\)](http://journal-officiel.de-la-republique-francaise-n-234-du-7-octobre-2016-wkf.fr).

- Les plantes et les préparations de plantes (e.g. romarin, kiwi)⁹ ;
- Les autres ingrédients dont l'utilisation en alimentation humaine est traditionnelle ou reconnue comme telle (e.g. graines de chia)¹⁰ ;
- Les additifs (colorants, édulcorants e.g. E 153 charbon végétal médicinal¹¹), les arômes (ex : la vanilline, i.e. arôme de vanille¹²) et les auxiliaires technologiques (e.g. acétone¹³) dont l'emploi est autorisé en alimentation humaine.

Conformément à l'article 3 du Décret, ces ingrédients « *ne peuvent être employés dans la fabrication des compléments alimentaires que s'ils conduisent à la fabrication de produits sûrs, non préjudiciables à la santé des consommateurs, comme cela est établi par des données scientifiques généralement acceptées* ».

Quelles mentions obligatoires sur l'étiquette d'un complément alimentaire ?

L'étiquetage d'un complément alimentaire doit obligatoirement comporter les éléments suivants (article 8.2 de la Directive) :

- Noms des catégories de nutriments ou substances caractérisant le produit ;
- Portion journalière de produit dont la consommation est recommandée ;
- Avertissement contre le dépassement de la dose journalière indiquée ;
- Déclaration visant à éviter que les compléments alimentaires ne soient utilisés comme substituts d'un régime alimentaire varié ;
- Avertissement indiquant que les produits doivent être tenus hors de la portée des jeunes enfants ;
- Quantité des nutriments ou des substances ayant un effet nutritionnel ou physiologique présente dans le produit, en se rapportant à la portion journalière du produit recommandée par le fabricant telle qu'elle est indiquée sur l'étiquetage.

Quelles sont les autres restrictions applicables à la présentation du complément alimentaire ?

L'étiquetage, la présentation et la publicité ne doivent pas :

- attribuer aux compléments alimentaires des propriétés de prévention, de traitement ou de guérison d'une maladie humaine, ni évoquer ces propriétés (article 6.2 de la Directive) ; - c'est ce qu'on appelle communément les allégations thérapeutiques ;

Les allégations thérapeutiques sont donc interdites : par exemple n'est pas conforme à la Directive le fait de prétendre qu'un complément alimentaire réduit le risque de maladies cardio-vasculaires.

9 - D'après le Décret, les plantes et les préparations de plantes sont « *les ingrédients composés de végétaux ou isolés à partir de ceux-ci, à l'exception des [vitamines, minéraux et substances à but nutritionnel ou physiologique], possédant des propriétés nutritionnelles ou physiologiques, à l'exclusion des plantes ou des préparations de plantes possédant des propriétés pharmacologiques et destinées à un usage exclusivement thérapeutique* ». L'arrêté du 24 juin 2014 établit la liste des plantes, autres que les champignons, autorisées dans les compléments alimentaires et les conditions de leur emploi, consulté le 29 avril 2023, disponible sur : [Arrêté du 24 juin 2014 établissant la liste des plantes, autres que les champignons, autorisées dans les compléments alimentaires et les conditions de leur emploi - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](#).

10 - Le Décret précise : « *Les autres ingrédients dont l'utilisation en alimentation humaine est traditionnelle ou reconnue comme telle au sens du règlement (UE) 2015/2283 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relatif aux nouveaux aliments, ou autorisés conformément à ce règlement* ». Le règlement d'exécution (UE) 2017/2470 de la Commission établit la liste des nouveaux aliments conformément au Règlement (UE) 2015/2283 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relatif aux nouveaux aliments, consulté le 1^{er} mai 2023, disponible sur : [RÈGLEMENT D'EXÉCUTION \(UE\) 2017/ 2470 DE LA COMMISSION - du 20 décembre 2017 - établissant la liste de l'Union des nouveaux aliments conformément au règlement \(UE\) 2015/ 2283 du Parlement européen et du Conseil relatif aux nouveaux aliments \(europa.eu\)](#).

11 - L'annexe II du Règlement (Ce) N° 1333/2008 Du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2008 sur les additifs alimentaires liste les additifs alimentaires autorisés dans les denrées alimentaires et leurs conditions d'utilisation, disponible sur : [TEXTE consolidé: 32008R1333 — FR — 02.07.2020 \(europa.eu\)](#).

12 - L'annexe I du règlement 1334/2008 liste les substances aromatiques qui peuvent être autorisées par les industriels, consulté le 1^{er} mai 2023, disponible sur : [TEXTE consolidé: 32008R1334 — FR — 21.03.2023 \(europa.eu\)](#).

13 - L'annexe IA de l'arrêté du 19 octobre 2006 relatif à l'emploi d'auxiliaires technologiques dans la fabrication de certaines denrées alimentaires liste les auxiliaires technologiques autorisés, consulté le 1^{er} mai 2023, disponible sur : [Arrêté du 19 octobre 2006 relatif à l'emploi d'auxiliaires technologiques dans la fabrication de certaines denrées alimentaires - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](#).

- porter de mention affirmant ou suggérant qu'un régime alimentaire équilibré et varié ne constitue pas une source suffisante de nutriments en général (article 7 de la Directive).

Par ailleurs, les allégations suivantes sont très encadrées – et même si principalement applicables aux denrées alimentaires, elles s'appliquent également aux compléments alimentaires :

- les allégations nutritionnelles ne sont autorisées que si elles sont conformes au règlement (CE) n° 1924/2006 (ex : l'allégation sans sucres ou toute autre allégation ayant le même sens ne peut être faite que si le produit ne contient pas plus de 0,5 g de sucres par 100 g ou par 100 ml) ; et

- les allégations de santé autres que celles faisant référence à la réduction du risque de maladie ainsi qu'au développement et à la santé infantiles, doivent être admises au niveau communautaire¹⁴ (ex : le calcium est nécessaire à la croissance et au développement normaux des os chez les enfants) ou autrement, faire l'objet d'une demande d'autorisation (auprès de la DGCCRF pour la France).

Quelle procédure suivre lors de la première mise sur le marché d'un complément alimentaire ?

En principe, le responsable de la première mise sur le marché d'un complément alimentaire informe la DGCCRF¹⁵ de la mise sur le marché du produit en lui transmettant un modèle de son étiquetage (article 15 du Décret).

Par exception, et si le complément alimentaire contient une substance à but nutritionnel ou physiologique, une plante ou une préparation de plante, non autorisé en France, mais légalement fabriqué ou commercialisé dans un autre pays européen¹⁶, alors la première mise sur le marché français dudit complément alimentaire doit faire l'objet d'une demande d'autorisation¹⁷ à la DGCCRF, par l'importateur ou le fabricant établi sur le territoire du pays européen (article 16 du Décret).

La DGCCRF fait savoir au déclarant si le produit peut être commercialisé et dans quelles conditions dans un délai maximal de deux mois après la réception du dossier complet de la demande d'autorisation. L'absence de réponse dans le délai de deux mois après réception du dossier complet de la déclaration vaut autorisation de mise sur le marché.

En cas de refus, le produit ne peut faire l'objet d'une commercialisation sur le marché français. Le refus peut être motivé en raison d'un risque pour la santé qui doit être démontré scientifiquement.

De façon étonnante : en principe, dans les 12 mois suivant la demande d'autorisation, les substances à but nutritionnel ou physiologique, les plantes ou préparations de plantes, qui ont été autorisées, font l'objet d'une inscription dans un arrêté. Toutefois, une fois l'autorisation donnée, un refus d'inscription de ces substances ou plantes peut être notifié lorsqu'il est motivé par des éléments scientifiques démontrant un risque réel pour la santé. Dès lors, tant que ledit arrêté n'est pas publié, il existe un risque, entre la date à laquelle l'autorisation est accordée et l'expiration de la période de 12 mois à partir de la demande d'autorisation, que la substance utilisée dans la fabrication du complément alimentaire fasse finalement l'objet d'un refus.

14 - Registre de l'Union européenne des allégations nutritionnelles et de santé, consulté le 2 mai 2023, disponible sur : [Food and Feed Information Portal Database | FIP \(europa.eu\)](https://foodandfeedinformation.europa.eu/) ; Règlement (UE) n° 432/2012 de la Commission du 16 mai 2012 établissant une liste des allégations de santé autorisées portant sur les denrées alimentaires, consulté le 2 mai 2023, disponible sur : [Règlement \(UE\) no 432/2012 de la Commission du 16 mai 2012 établissant une liste des allégations de santé autorisées portant sur les denrées alimentaires, autres que celles faisant référence à la réduction du risque de maladie ainsi qu'au développement et à la santé infantiles](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0432&from=de) Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (europa.eu).

15 - A noter que le Décret fait référence au ministre chargé de l'agriculture. En réalité, c'est à ce jour la DGCCRF, rattachée au ministère en charge de l'économie, qui est compétente : DGCCRF, *Compléments alimentaires – Présentation générale*, 10 décembre 2018, consulté le 3 mai 2023, disponible sur : [Compléments alimentaires - Présentation générale | economie.gouv.fr](https://www.dgccrf.fr/la-dgccrf/la-dgccrf-compléments-alimentaires-présentation-générale). A compter du 1^{er} janvier 2024, la Direction Générale de l'Alimentation sera en charge de la sécurité sanitaire des aliments et assurera le suivi et l'application des réglementations relatives à la sécurité sanitaire des compléments alimentaires. La DGCCRF de son côté reste en charge des contrôles sur la qualité et la loyauté des produits alimentaires : respect des règles d'étiquetage, de composition et de dénomination des marchandises, lutte contre les pratiques trompeuses sur l'origine, la qualité, les allégations relatives aux produits. Elle reste par ailleurs compétente pour les contrôles des matériaux en contact avec les aliments : Ministère de l'Agriculture et de la Souveraineté Alimentaire, Sécurité sanitaire des aliments : une police unique pour protéger le consommateur, 8 décembre 2022, FAQ, consulté le 3 mai 2023, disponible sur : [Sécurité sanitaire des aliments : une police unique pour protéger le consommateur | Ministère de l'Agriculture et de la Souveraineté Alimentaire](https://www.agriculture.gouv.fr/la-dgccrf/la-dgccrf-compléments-alimentaires-présentation-générale).

16 - Etat membre de l'Union européenne ou un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

17 - Le décret mentionne déclaration mais dans la mesure où le ministre peut refuser la mise sur le marché, nous pouvons considérer que c'est juridiquement une autorisation.

Quelles sanctions ?

Même si la Directive est silencieuse en matière de responsabilité, le distributeur est le plus souvent visé¹⁸. C'est un élément important car cela signifie qu'il appartient au distributeur de vérifier que le produit, qu'il n'a pourtant pas fabriqué, est conforme à la réglementation applicable (e.g. il doit vérifier la conformité de l'étiquette du produit distribué alors que pourtant il n'a pas conçu l'étiquette). L'enjeu ici sera de structurer les stipulations contractuelles entre distributeur et fabricant en matière de responsabilité. D'autres opérateurs impliqués dans la mise sur le marché d'un complément alimentaire (e.g. le fabricant, le responsable de la première mise sur le marché, ou encore l'importateur) peuvent voir leur responsabilité engagée en cas de violation de la réglementation applicable. Les fondements d'engagement de la responsabilité sont traditionnellement, et de façon non exhaustive, les suivantes :

- Les pratiques commerciales trompeuses (article L. 121-2 et suiv. du code de la consommation e.g. allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, comme affirmer, y compris à travers ses pratiques commerciales, qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé alors que ce n'est pas le cas, ou de ne pas respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue), qui font l'objet d'un procès-verbal par les agents de la DGCCRF, peuvent être punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000€ (1,5m€ pour les personnes morales) et jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel ou 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit (article L. 132-2 et suiv. du code de la consommation) ;

- La tromperie (article L. 441-1 du code de la consommation e.g. tromper sur les qualités substantielles, la composition, les précautions à prendre pour utiliser le produit), qui est punie d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 300 000€ (1,5m€ pour les personnes morales) (article L. 451-1 du code de la consommation).

Marie-Caroline Buiatti

18 - Ministère de la Santé et de la Prévention, Compléments alimentaires, publié le 24 janvier 2013 et mis à jour le 3 mars 2022, consulté le 5 mai 2023, disponible sur : [Compléments alimentaires - Ministère de la Santé et de la Prévention \(sante.gouv.fr\)](https://sante.gouv.fr/compléments-alimentaires) : « C'est le distributeur qui est responsable de la conformité de la mise sur le marché dans le respect des normes en vigueur, de sécurité et de non-tromperie du consommateur ».

Marchés et santé

Droit de la concurrence

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Résumé

Le droit de la concurrence impose une certaine discipline aux acteurs du marché. Sans doute, la liberté demeure-t-elle la règle. Mais elle est également appelée à connaître des exceptions. Des modèles définis par les textes peuvent à ce titre lui être substitués. L'influence de ce dispositif est double. Il contribue tout d'abord à une plus grande clarté au travers de limites prédéfinies. Il est ensuite le gage d'une réelle efficacité par la mise en place de mécanismes propres à les faire respecter. En pratique, il peut toutefois arriver certaines difficultés sur l'un ou l'autre de ces points.

La présente étude cherche à faire le point en la matière. L'accent y est mis précisément sur les enjeux de procédure inhérents au caractère spécifique de bien des litiges dans lesquels sont impliqués des acteurs de santé.

Abstract

Economic law helps finding the balance between private and public priorities. In this respect, freedom cannot be the only keyword. It has already been shown in this study that several restrictions were meant to avoid troubles between merchants and their partners or simple customers. As health has a special value, it is most important to take into consideration the different ways to share its benefits.

Several ways lead to this goal. Official institutions act to forbid or control characteristic types of misbehavior in different types of commercial trade. The following developments insist on the way such a public reaction can occur and develop.

L'ingérence des pouvoirs publics dans les échanges marchands est la marque de préoccupations majeures. La démonstration en est largement faite au demeurant dans ces lignes. En ressort précisément l'étude des mécanismes mis en place pour empêcher que le principe de libre concurrence soit détourné de ses fins au mépris des intérêts évidents de la collectivité.

Sans doute, la santé est-elle un bien radicalement à part. Mais elle s'insère à un moment donné dans un circuit où les menaces sont bien réelles, compte tenu de valeurs qu'entendent faire fructifier différents acteurs économiques au mieux de leurs propres intérêts. Les tentatives en ce sens se heurtent néanmoins à des obstacles définis par les textes. Il revient alors aux institutions qui y sont désignées d'intervenir pour empêcher ou sanctionner les dérives portées à leur connaissance.

Rien en réalité ne se fait en un trait de temps. Dès lors, la « bonne » réponse n'est généralement donnée qu'à l'issue d'un processus long et complexe. Les procédures peuvent ainsi emprunter deux voies distinctes : la voie judiciaire **(1)** ou administrative **(2)**.

1. Santé, concurrence et procédures judiciaires

La sauvegarde de la concurrence s'intègre dans un dispositif de grande ampleur pour tenir compte de la diversité des situations susceptibles de se présenter et fournir la réponse qui y sont adaptées. L'inventaire des conduites qui s'y rattachent occupe à ce titre une place dont ces lignes se sont efforcées de rendre compte avec rigueur. Une double tendance s'en dégage. La première se rattache à l'importance d'un contentieux que font naître toutes sortes de pratiques litigieuses. Dans cette optique s'impose au premier chef la recherche de la qualification à retenir à partir de dispositions dotées d'une nécessaire spécificité. La seconde repose sur la mise en œuvre d'une riposte conforme aux exigences énoncées par les textes. Si la question du choix de la sanction est cruciale, il est tout aussi déterminant de respecter le processus légal qui y conduit.

Un examen des règles de procédure devient ainsi un élément décisif. Il convient de s'y reporter plus précisément à l'occasion de réponses intéressantes intervenues depuis la précédente rubrique. Le partage traditionnel entre les hypothèses de pratiques anticoncurrentielles **(A)** et de concurrence déloyale **(B)** illustre l'emprise de procédures judiciaires adaptées.

A. De litiges relatifs à l'interdiction de pratiques anticoncurrentielles

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles alimente, on le sait un abondant contentieux dont la présente rubrique s'est fait régulièrement l'écho. Sa mise en œuvre soulève en vérité différentes questions dans la mesure où il ne s'agit pas uniquement de déterminer l'existence ou les modalités d'un tel comportement. Une affaire récente témoigne précisément des difficultés que pose le déroulement lui-même du procès qui doit en décider.

Il convient à ce titre de remettre en perspective les décisions rendues à l'encontre des laboratoires Novartis et Roche sur le fondement des articles 102 TFUE et L.420-2 du code de commerce. Les recours intentés par les intéressés posent en effet clairement la question des règles de compétence que devaient respecter les autorités ou juges antérieurement saisis.

Les magistrats de l'ordre judiciaire y répondent en des termes qui attestent de leur vocation à résoudre les conflits de cette nature. Deux arrêts sont à l'origine de cette évolution dans un contexte sensible. Du revirement fondé sur l'absence d'abus de domination **(a)**, résultent des prises de position concordantes sur la compétence de l'ordre judiciaire dans ce même conflit **(b)**.

a) D'un revirement fondé sur l'absence d'abus de domination imputable aux laboratoires

La mise en œuvre des règles de concurrence n'est généralement guère favorable aux laboratoires pharmaceutiques. Il a pu ainsi leur être reproché par le passé un certain nombre de pratiques relevant des griefs d'ententes anticoncurrentielles ou d'abus de domination. L'on s'habitue ainsi peu à peu à une rigueur qui ne doit rien au hasard.

L'attention s'était portée récemment sur une décision de l'Autorité de la concurrence qui avait retenu à l'encontre de différents laboratoires un abus de domination collective¹. Tant l'argumentaire développé dans ce cadre que le montant de l'amende mise à la charge de ses auteurs avaient attiré l'attention d'un public élargi. Les suites données aux recours intentés contre cette décision n'en sont que plus intéressantes. La « surprise » vient précisément du revirement opéré en l'espèce par la cour d'appel de Paris. Dans un arrêt rendu le 16 février 2023, longuement motivé (586 points...), celle-ci se prononce en faveur de la réformation totale de la décision attaquée². La solution adoptée en l'espèce repose en vérité sur une double considération : la réalité du marché **(1°)** et la tonalité des discours reprochés aux laboratoires **(2°)**.

1 - Autorité de la concurrence, Décision n° 20-D-11 du 9 septembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du traitement de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA), l'Actu-concurrence n° 33, 14 septembre 2020 observations A. Ronzano, Contrats concurr. consom. 2020 comm.184 D. Bosco, [JDSAM 2020 n° 27](#) p. 72 avec nos observations, RLC 2021 n° 107 p. 48 Les laboratoires pharmaceutiques à l'épreuve de l'abus de position dominante collective C. Nourissat, RTDEur. 2020, p. 982 Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles L.Idot.

2 - Paris, 16 février 2023 n°20/14632 L'Actu-concurrence 2023 n°12 du 17 avril 2023 observations A. Ronzano, Concurrences 2023 n°1 art. n°11300, Contrats concurr. consom. 2023 comm.67 D.Bosco, Europe 2023 comm.146 L.Idot, L'Essentiel du droit de la distribution et de la concurrence 2023 n°4 p.3 obs. A.S Choné-Grimaldi, RLC 2023 n°125 p. 6.

1° De la réalité du marché

En tout état de cause, conformément aux dispositions applicables, le grief de pratique anticoncurrentielle impose un ensemble de « vérifications ». L'observation qui précède englobe tant l'interdiction des ententes que celle des abus de position dominante. Il n'est dès lors guère surprenant que l'Autorité de la concurrence dans la présente affaire se soit saisie de cet examen. On ne saurait le lui reprocher. Mais les critères retenus à cette fin doivent être irréprochables. L'existence d'un abus de domination collective requiert à ce titre que soit déterminé avec rigueur le marché concerné par une telle dérive.

La cour d'appel de Paris met précisément en cause la méthode à laquelle, sur certains aspects, l'Autorité a eu recours. Sans doute, subsiste-t-il des points d'accord entre les deux approches. Ainsi, ni la substituabilité concrète des médicaments en cause (point 210), ni la connexité du traitement de certaines pathologies oculaires traitées par anti-VEGF et de celui du traitement de la DMLA (point 250) ne sont contestées par les juges du fond. Mais, au-delà, ils réforment la décision attaquée sur des questions essentielles. La réalité du marché est dès lors appréhendée différemment à un double point de vue. D'une part, la détermination des marchés à l'intérieur desquels pouvait « sévir » la pratique litigieuse est appréhendée dans un sens plus restrictif. Une analyse détaillée des procédures en vigueur conduit la cour à conclure que le marché pertinent se réduit au seul marché de l'hôpital, « où l'Avastin était accessible licitement et susceptible de faire l'objet, en l'absence de preuve contraire, d'un reconditionnement dans les conditions d'asepsie requises » (point 302). D'autre part, la substituabilité de l'Avastin et de Lucentis, à la supposer possible au regard de certaines de leurs propriétés, ne pouvait perdurer après l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-2 dite Bertrand, destinée à restreindre l'utilisation des médicaments hors AMM. Le droit interne ayant interdit la prescription de l'Avastin pour cette raison, ce médicament devait être regardé hors commerce pour le traitement de la pathologie en cause (point 367).

La divergence de points de vue dans cette affaire fait intervenir un autre élément.

2° De la tonalité des discours reprochés aux laboratoires

L'Autorité de la concurrence avait également sanctionné les différents laboratoires en raison de la tonalité des propos qu'ils avaient pu tenir pour convaincre de potentiels interlocuteurs de la suprématie de « leur » médicament. La cour d'appel de Paris la désavoue également sur ce point au regard de l'absence en l'espèce de tout débordement susceptible d'engager leur responsabilité.

En premier lieu, aucun des écrits de Novartis ne peut lui être reproché au nom d'un quelconque dénigrement. La question en droit de la concurrence est peu à peu devenue pour ainsi dire relativement classique. Elle se résout par la recherche d'un équilibre entre deux intérêts opposés. Si le principe veut que la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit ou un service soit constitutive d'une faute dont l'auteur doit réparation, une exception est appelée à jouer lorsque l'information en cause se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure (point 404). La présente rubrique s'est d'ailleurs intéressée il y a peu à cette hypothèse³. La cour se livre dès lors à l'analyse de chacune de ces exigences et les estime satisfaites (points 407 s.).

En deuxième lieu, il ne saurait être reproché à plusieurs des laboratoires concernés d'avoir tenu des propos alarmistes et trompeurs de nature à bloquer ou ralentir les initiatives des pouvoirs publics destinées à encadrer et sécuriser l'usage du médicament (points 480 s.) Dans ce contexte, la cour s'appuie avec force sur les enseignements livrés par le passé dans des litiges du même ordre, fondés sur la mise en œuvre de décisions de la CJUE et de la CEDH (points 480 s. et 522 s.).

La liberté d'expression trouve ici un terrain d'élection qui ne pouvait certainement lui échapper (points 401, 450, 494, 526).

b) De la réaffirmation de la compétence de l'ordre judiciaire dans ce même conflit

Les suites de la procédure relative aux agissements des laboratoires précités sont en réalité plus complexes qu'on ne peut l'imaginer de prime abord.

3 - Cf. [JDSAM 2022 n° 34](#) p. 132 avec nos observations et les références citées.

Sans doute, le débat portait-il en priorité sur l'existence ou non d'un abus de position dominante susceptible de leur être reproché. Mais, pour l'Autorité de la concurrence, la décision rendue ne se suffisait pas à elle-même. Pour lui faire produire la plénitude de ses effets, elle avait en outre pris l'initiative d'une communication, à partir d'une vidéo et de commentaires sur les réseaux sociaux (YouTube, LinkedIn, Twitter), à l'évidence naturellement critique à l'égard des acteurs mis en cause. Les recours intentés à ce titre ont été en réalité l'occasion pour les juridictions saisies de se prononcer sur d'importantes questions liées au bien-fondé de leur argumentation. En tout état de cause, la discussion ne pouvait aboutir qu'une fois appréciées la nature de la « campagne » décidée par l'Autorité et ses liens avec la condamnation des acteurs concernés. La réponse est finalement intervenue à l'issue d'un enchaînement quelque peu mouvementé de décisions de justice. Fort opportunément, la résolution d'une difficulté d'ordre procédural (1°) contribue à une utile continuité de solutions (2°).

1° D'une difficulté d'ordre procédural

À vrai dire, la sévérité de la décision précitée de l'Autorité de la concurrence ne pouvait, au moment où elle a été rendue, que susciter une réaction des entreprises mises en cause. Elles n'ont d'ailleurs pas manqué de le faire savoir. Encore fallait-il, pour obtenir gain de cause, qu'elles engagent leur action devant l'ordre de juridiction compétent pour en connaître. Dans la lignée du statut dont est dotée l'Autorité de la concurrence, la voie administrative s'impose-t-elle véritablement comme la seule possible et à quelles conditions ?

La réponse a progressivement évolué. Dans un premier temps, le recours intenté devant le premier président de la cour d'appel de Paris s'est heurté à une décision d'incompétence de sa part⁴, au nom du caractère indissociable de la décision et de la communication litigieuse. Dans un second temps, le pourvoi formé contre cette ordonnance est à l'origine d'un changement significatif qui se vérifie encore aujourd'hui. La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 janvier 2022⁵, a en effet considéré que le litige en cause soulevait une difficulté sérieuse dans la mesure où la communication litigieuse pouvait être analysée soit comme un élément de la communication de l'autorité qui relèverait de la compétence administrative, soit comme une sanction complémentaire qui relèverait alors de la compétence de l'ordre judiciaire. Elle a ainsi décidé de renvoyer l'affaire devant le Tribunal des conflits. La réponse donnée par ce dernier a directement orienté le cours de la procédure à venir.

2° D'une continuité de solutions

La décision rendue par le Tribunal des conflits⁶, au demeurant conforme aux solutions apportées dans des affaires similaires⁷, fait prévaloir la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Pour s'en tenir à l'essentiel, il estime en ce sens que « *si les actions de communication de l'Autorité de la concurrence relèvent en principe de la compétence de la juridiction administrative, la diffusion par l'Autorité de la concurrence, concomitamment à la mise en ligne d'une décision de sanction sur son site Internet, d'une vidéo et de commentaires se rapportant uniquement à cette sanction particulière, n'est pas dissociable de la décision elle-même* ». Il résulte de cette approche des conséquences décisives que n'ont pas tardé à relever les instances appelées à donner une suite (une fin ?) à ces procès.

Tout d'abord, il convient d'évoquer de nouveau l'arrêt de la cour d'appel de Paris précédemment étudié. La qualification d'abus de position dominante n'y était pas en effet seule en cause. Se posait également la question, à la demande de Novartis, de la « valeur » de la communication effectuée par l'Autorité dans ce contexte (points 556 s.). Les intérêts communs des deux laboratoires ont ici finalement prévalu. Il faut dire que le calendrier judiciaire leur était clairement favorable. En d'autres termes, il revenait à la cour d'appel de transposer la solution retenue par le Tribunal des conflits en faveur de la société Roche. Au terme d'un savant dosage (points 573s.), elle retient ainsi sa compétence pour imposer à l'Autorité de la concurrence des modifications de la communication litigieuse. Plus rien ne permet donc de mettre en doute la compétence de l'ordre judiciaire. La réformation de la décision antérieure de celle-ci produit ici des conséquences décisives (point 582).

4 - Paris, ord.12 mai 2021 n° 21/02163.

5 - Com., 5 janvier 2022 n° 21-16.868 L'Essentiel du droit de la distribution et de la concurrence 2022 n° 4 p. 5 obs. R. Amaro, RLC 2022 n° 114 p. 8; *adde* les références citées *infra* note 8.

6 - Tribunal des conflits, 11 avril 2022 n° 4242 publié au Recueil Lebon, AJDA 2022 p. 2045, Contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence, Dalloz actualité 13 avril 2023 V. Giovannini, JCP E 2023 1116 chr. Droit de la concurrence G. Decocq, A.L-H des Ylouses, E. Dieny et *alii* précité, L'Essentiel du droit de la distribution et de la concurrence 2022 n° 8 p. 4 obs. C. Bizet.

7 - Cf. sur ce point le rapport de C. Maugüé à consulter sur le site Internet www.tribunal-conflits.fr/décisions_2022.

Ensuite, il faut observer que la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 22 mars 2023⁸, ne dit pas autre chose. Elle n'avait d'ailleurs d'autre choix conformément aux dispositions de l'article 11 de la loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits. Mais elle apporte un démenti total aux motifs avancés par le premier Président de la cour d'appel. Il en résulte à l'évidence des conséquences décisives pour l'avenir. L'arrêt s'y réfère en ces termes : « *la cassation des dispositions de l'arrêt déclarant le premier président de la cour d'appel de Paris incompetent pour statuer sur les demandes présentées contre la communication de l'Autorité relative à la décision n° 20-D-11 et renvoyant les parties à mieux se pourvoir entraîne la cassation du chef de dispositif disant que la demande présentée par la société Roche ne constitue pas une demande de sursis à exécution et en conséquence la déclare irrecevable sur le fondement des articles L. 464-8 et R. 464-22 du code de commerce, lequel s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire dès lors qu'il résulte de la décision du Tribunal des conflits précitée qu'une demande tendant à faire cesser la diffusion par l'Autorité, concomitamment à la mise en ligne d'une décision de sanction sur son site internet, d'une vidéo et de commentaires se rapportant uniquement à une sanction particulière infligée au requérant, qui n'est pas dissociable de la décision elle-même, s'analyse en une demande de sursis à exécution au sens de l'article L. 464-8, alinéa 2, précité* ».

Le dispositif spécifique institué par les textes enserme ainsi la procédure applicable aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de limites opportunes. Les laboratoires mis en cause ne peuvent que s'en réjouir...

D'autres hypothèses sont à considérer.

B. De litiges relatifs à l'interdiction d'actes de concurrence déloyale

Les règles de conduite imposées aux opérateurs économiques vont encore au-delà des mécanismes spécifiques envisagés jusqu'alors. Le changement en vérité est double, ainsi qu'il ressort de la législation applicable. Tout d'abord, il ne s'agit plus de la même sauvegarde. Les pouvoirs publics s'intéressent en outre à un autre volet essentiel de la conduite des échanges qui doit jouer cette fois en faveur, non des marchés, mais des intérêts propres des marchands. Ensuite, s'impose dans ce contexte la mise en œuvre d'un système qui ne doit rien aux dispositions précitées.

Le recours au droit commun de la responsabilité civile, de la compétence de l'ordre judiciaire, fournit ainsi le moment venu une réponse utile à des comportements nuisibles pour autrui. Le grief de concurrence déloyale a ainsi été retenu à l'encontre d'acteurs de santé pour l'intervention d'une publicité dont ils n'auraient pas dû pendre l'initiative **(a)** ou d'actes de débauchage **(b)** qui n'avaient pas lieu d'être.

a) Concurrence déloyale et publicité

S'il peut exister des exceptions au principe de la liberté du commerce, celles-ci sont strictement encadrées. L'action en concurrence déloyale ne peut ainsi prospérer qu'au regard d'exigences spécifiques dont les magistrats contrôlent le respect. Il reste alors à faire la part des choses.

Il serait ainsi logique que tout acteur économique pût promouvoir à sa guise ses produits ou services. Or, il peut arriver que dans la réalité la publicité soit refusée à certains professionnels. La question au demeurant a déjà été abordée dans ces lignes. Elle resurgit dans un arrêt récent qu'il convient d'analyser⁹. Il était demandé à la Haute juridiction de se prononcer sur les suites à donner à la décision prise par un centre de santé de valoriser ses activités dans un message publicitaire au mépris d'un texte le lui interdisant. Dans la lignée d'une disposition conforme à la hiérarchie des normes **(1°)**, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu en l'espèce un acte de concurrence déloyale **(2°)**.

1° D'une interdiction conforme à la hiérarchie des normes

L'arrêt étudié s'inscrit en vérité dans une succession de décisions appelées à se prononcer sur la valeur de l'interdiction de publicité *stricto sensu* imposée par les textes aux centres de santé. Il suffira sans doute de les évoquer brièvement, tant la réponse donnée en l'espèce devrait véritablement clore le débat. L'offensive lancée

8 - Com., 22 mars 2023 n° 21-16.868 Publié au Bulletin, Dalloz actualité 13 avril 2023 V. Giovannini précité, Gaz.Pal., 4 avril 2023 p. 28 Autorité de la concurrence et conflit de juridictions obs. C. Berlaud, JCP E 2023 1116 chr. Droit de la concurrence G. Decocq, A.L-H des Ylouses, E. Diény et *alii*, L'Actu-concurrence 2023 n° 12 du 17 avril 2023 observations A. Ronzano, RLC 2023 n° 125 p. 7.

9 - Civ. 1^{ère}, 8 mars 2023 n° 21-23.234.

en 2011 par les Chirugiens-dentistes de France et le Conseil national de l'Ordre de chirurgiens-dentistes a en effet tardé à porter ses fruits¹⁰. Mais les dispositions de l'article L. 6323-1 du code de la santé publique ont finalement « triomphé » des prétentions de l'Association pour le développement des soins dentaires .

D'une procédure à « rebondissements », se dégagent en vérité deux étapes décisives. La première résulte de décisions de l'ordre judiciaire soucieuses de faire respecter les dispositions précitées¹¹. La seconde réside dans la réponse donnée par le Conseil constitutionnel à la question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été adressée dans un arrêt de la Haute juridiction du 13 avril 2022¹². On se souvient de son contenu¹³. La Cour de cassation ne manque pas de s'en faire l'écho peu après dans l'arrêt étudié. Elle reprend fidèlement en effet l'argument majeur de la décision qu'elle avait sollicitée : « *Le législateur a, en adoptant ces dispositions, entendu éviter que ces centres, qui peuvent être créés et gérés notamment par des organismes à but lucratif, ne mettent en avant leurs conditions de prise en charge pour développer une pratique intensive de soins contraire à leur mission et de nature à porter atteinte à la qualité des soins dispensés et ainsi poursuivi un motif d'intérêt général et que, dans la mesure où l'interdiction de la publicité en faveur des centres de santé contribue à prévenir une telle pratique, la différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi, de sorte que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté. Il s'en déduit que la cour d'appel n'avait pas à tenir compte de la suppression de l'interdiction de toute publicité à laquelle étaient soumis les chirurgiens-dentistes* ».

L'attitude de l'association ne pouvait dès lors échapper à la censure.

2° D'un acte de concurrence déloyale

L'inobservation des prescriptions d'un texte déclaré conforme à la Constitution au terme de la saisine évoquée ci-dessus produit logiquement des conséquences que la Haute juridiction se devait d'entériner. Il résulte en effet d'une abondante jurisprudence que l'inobservation d'une réglementation imposée à des professionnels constitue un acte de concurrence déloyale¹⁴.

La solution étudiée ne saurait véritablement surprendre. Il en est ainsi plus précisément à un double point de vue. Tout d'abord, au regard des règles de responsabilité civile, les agissements litigieux imputés à l'Association Addentis entrent dans une typologie des actes de concurrence déloyale devenue classique. La désorganisation du marché regroupe en effet un ensemble de reproches auxquels se rattache sans difficulté le fait de prendre l'initiative d'une stratégie prohibée par les textes. Ensuite, du point de vue de droit de la concurrence proprement dit, il ne fait aucun doute que les centres de soins auxquels s'adresse le texte méconnu en l'espèce constituent une entité économique soumise aux restrictions législatives gouvernant leurs activités. Ils ont dès lors à répondre, comme tout autre, des fautes commises à l'occasion de leur profession.

Les règles de responsabilité civile sont encore appelées à jouer dans une perspective voisine.

b) Concurrence déloyale et débauchage

La liberté dont disposent normalement les opérateurs économiques doit encore se concilier avec la loyauté commerciale lorsque sont en jeu des relations de travail. Le grief de concurrence déloyale englobe également à ce titre la désorganisation de l'entreprise. Les tribunaux ont ainsi été amenés à définir les contours de la notion de

10 - Cf. en ce sens Ordre national des chirurgiens-dentistes, 10 ans de procédures intentées contre les centres déviants, à consulter sur le site Internet www.ordre-chirurgiens-dentistes.fr.

11 - Cf. sur ce point H. Groutel, Resp. civ. et assur. 2017 Repère 7.

12 - Cass., QPC, 13 avril 2022 Propr. ind. 2022 chr. 10 Un an de droit de la concurrence déloyale J. Larrieu.

13 - Conseil constitutionnel, Décision n° 2022-998 du 3 juin 2022 ; Contrats concurr. consom. 2022 chr. 3 ARCEP-Concurrence, régulation et secteur public obs. S. Nauguès, [JDSAM 2022 n° 35](#) p. 136 avec nos observations ; Légipresse 2022 p. 324, RLDA 2022 n° 183, p. 8.

14 - Cf. notamment en ce sens Com., 1^{er} avril 1997 n° 94-22.129 D.1998 somm. 218 Y. Serra, Com., 2 décembre 2008 Juris-data n° 2008-046120 Contrats, concurr. consom.2009 comm.58 M. Malaurie-Vignal ; Com., 9 novembre 2010 n° 08-16.752 Propr.ind. 2010 comm.44 J. Larrieu ; Com., 28 septembre 2010 n° 09-69.272 Propr. ind. 2011 chr.11 Un an de droit de la concurrence déloyale J. Larrieu ; Contrats concurr. consom. 2011 comm.69 M. Malaurie-Vignal, Resp. civ. et assur. 2010 comm.301 ; Com.21 janvier 2014 n° 12-25.443 ; Com., 15 janvier 2020 n° 17-27778 ; Com., 17 mars 2021 n° 19-12.290 ; Com., 17 mars 2021 n° 19-10.414 D.2021 p. 2203 Concurrence interdite-Concurrence déloyale et parasitisme obs. N. Dorandeu, CCE 2021 comm.5 G. Loiseau, Contrats concurr. consom. 2021 comm.116 M. Malaurie-Vignal, Légipresse 2021 p. 262, Propr. ind. 2014 chr.8 Un an de droit de la concurrence déloyale J. Larrieu ; Com. 22 septembre 2021 D.2021 p. 2203 Concurrence interdite-Concurrence déloyale et parasitisme obs.N. Dorandeu ; Com., 12 janvier 2022 n° 20-11.139 D.2022 p. 116 et 1280 obs. S. Vernac, Contrats concurr. consom.2022 comm. 43 M. Malaurie-Vignal Trib. gr. inst. Paris, 15 avril 2022 n° 19/12628 ; *adde* sur l'ensemble de la question Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, Rép. Dalloz Droit commercial Vo Concurrence déloyale n° 193 ; J.Passa, J. Lapousterle, Domaine de l'action en concurrence déloyale JCI Concurrence Consommation Fasc. 240.

débauchage et les suites qui devaient leur être données sur le fondement de l'article 1240 du code civil.

La méthode suivie en la matière n'est *in fine* guère différente de celle qui vient d'être évoquée. En d'autres termes, il apparaît que le débauchage ne constitue pas en lui-même un acte de concurrence déloyale. Il ne le devient qu'au travers de circonstances propres à chaque litige. Un arrêt récent de la cour d'appel de Paris rend précisément compte des critères susceptibles d'être retenus dans un litige d'autant plus intéressant qu'il intervient dans le cadre de prestations liées à la santé¹⁵. L'enseignement qui en ressort doit toutefois être relativisé au regard de ses antécédents.

Les mêmes causes à l'évidence ne produisent pas ici les mêmes effets. On ne peut en effet que constater la rupture qu'opère la décision étudiée par rapport à la censure décidée par la Haute juridiction. Ni l'appréciation de la faute éventuellement commise (**1°**), ni celle du préjudice subi (**2°**) n'obéissent à la même logique.

1° Aléa dans la détermination de la faute

Les faits de l'espèce étudiée correspondent au schéma habituel du débauchage. En d'autres termes, étaient en conflit deux entreprises dont les activités concernaient, pour l'une, la livraison à domicile d'appareils de traitement et de matériel médical et, pour l'autre, la fourniture, dans le domaine de la nutrition et tous autres types de soins associées, de produits, matériels et services nécessaires au maintien des malades à domicile. Celle-ci reprochait à la précédente l'embauche de plusieurs salariés qui lui étaient précédemment liés. Les magistrats devaient donc se prononcer sur l'existence de faits susceptibles de constituer une concurrence déloyale.

La Cour de cassation reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir induit la faute exigée par l'article 1382 devenu 1240 du code civil dès lors qu'en l'absence d'éléments probants sur la violation des obligations de non-concurrence de deux des salariés en cause, elle ne pouvait statuer de la sorte « *sans établir l'existence d'actes de détournement de clientèle mis en œuvre par cette société, ni sa connaissance des agissements fautifs d'un troisième* ». La cour de renvoi maintient son point de vue initial au terme d'une analyse minutieuse de l'ensemble de l'opération intervenue entre les parties et du comportement des acteurs concernés. Elle fait même abstraction d'une autre donnée.

2° Aléa dans la détermination du préjudice

Le grief de concurrence déloyale tient encore à une autre considération imposée par les textes. Le débauchage n'est en effet illicite qu'à la condition qu'il soit à l'origine d'une désorganisation de l'entreprise adverse¹⁶. La décision de la Haute juridiction ne manque pas d'ailleurs de s'y référer. Elle reproche à ce titre aux juges du fond d'avoir motivé leur décision par des motifs inopérants. La cour de renvoi, en vérité, ne fait pas mieux. Elle fait même peut-être pire, en considérant que les agissements dénoncés se suffisent en eux-mêmes, « *sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs relatifs au détournement des informations commercial et médical ou à la désorganisation* ». Le contraste entre les deux décisions est pour le moins singulier. Les parties en présence s'en contenteront-elles ?

La sauvegarde des règles de concurrence intervient encore sur d'autres fondements.

2. Santé, concurrence et procédures administratives

Les intérêts du marché l'emportent le moment venu sur tout autre priorité du domaine « privé ». Il en résulte des conséquences décisives pour leur défense. Celle-ci implique en effet des recours spécifiques alors confiés offerts aux autorités ou instances officiellement désignées à cette fin. Le changement que l'on évoque ici est double. Il tient tout d'abord à la nature des agissements litigieux. Sont plus précisément visées des conduites qui mettent en péril l'ouverture des marchés au mépris de diverses interdictions posées par les textes. Il révèle ensuite la mise en place de mécanismes aptes à en garantir le respect. L'approche des exigences à satisfaire relève alors de

15 - CA Paris, 11 janvier 2023 n° 22/07193 sur renvoi de Com., 16 février 2022 n° 20-20.491 Propr. ind. 2022 chr.10 Un an de droit de la concurrence déloyale J. Larrieu ; comp. Com., 16 février 2022 n° 20-20.132 Contrats concurr. consom. 2022 comm.81 M. Malaurie-Vignal ; CA Douai, 3 mars 2022 n° 21/01023 Propr. ind. 2022 chr.10 Un an de droit de la concurrence déloyale J. Larrieu ; CA Paris, 8 février 2023 n° 21/07084 ; CA Paris, 17 février 2023 n° 21/04585 ; Com., 13 avril 2023 n° 22-12.808.

16 - Cf. notamment en ce sens, Com., 26 juin 2012 n° 11-19.520 Resp. civ. et assur. 2012 comm.292 ; Com., 12 mai 2021 n° 19-714 Légipresse 2021 p. 262, Resp. civ. et assur. 2021 comm.142 ; Com., 9 juin 2015 n° 14-15.781 cité par J. Larrieu, Propr. ind. 2022 chr.10 Un an de droit de la concurrence déloyale ; Com., 6 avril 2022 n° 21-11.434 D.2022 p. 2255 Y. Picod, Contrats concurr.consom. 2022 comm. 116 M. Malaurie-Vignal ; *adde* sur l'ensemble de la question Répertoire Dalloz Droit commercial Vo Concurrence déloyale n° 167 s..Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu.

procédures spécifiques distinctes de celles évoquées jusqu'alors. Sans doute, comme il vient d'être vu, certaines particularités fondent-elles la compétence de la cour d'appel de Paris pour juger de décisions de l'Autorité de la concurrence relatives à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, mais d'autres pratiques mettent en péril la structure des marchés. Les dispositions applicables confient ainsi le contrôle des opérations de concentration à l'ordre administratif.

L'observation qui précède se vérifie par le contrôle qu'en opèrent tant la Commission de l'Union européenne **(A)** que l'Autorité de la concurrence **(B)**.

A. Du contrôle des concentrations par la Commission de l'Union européenne

Les pouvoirs publics se sont préoccupés à grande échelle des dangers que pouvaient représenter pour les marchés les opérations de concentration. L'approche retenue en la matière privilégie, on le sait, un contrôle préventif¹⁷. Est ainsi appelé à jouer le dispositif prévu par le règlement (CE) n° 139/2004 dont la Commission de l'Union européenne assure la mise en œuvre.

Il reste à préciser l'étendue de la saisine de celle-ci **(a)** et l'orientation des décisions rendues **(b)**.

a) Étendue de la saisine

Le contrôle des concentrations confié à la Commission implique des investigations de sa part plus ou moins étendues. En tout état de cause, il ressort de cette même rubrique que certaines d'entre elles ont un contenu et des ramifications qui ne sauraient être ignorées par les États. Ce constat se vérifie pleinement dans une espèce sensible à bien des égards. Abordée dans ces lignes sous l'angle de la méconnaissance des interdits posés en la matière, l'acquisition de Grail par Illumina pose encore d'autres questions.

Il convient en particulier de s'intéresser aux suites données au recours intenté par celles-ci devant le Conseil d'État pour contester le renvoi de l'opération litigieuse qu'avait opéré en son temps, avec d'autres, l'Autorité de la concurrence à la Commission. L'arrêt auquel il convient de se référer désormais s'inscrit en riposte à une série de reproches précédemment évoqués **(1°)** et répond à la question des pouvoirs de la Commission dans un souci de cohérence **(2°)**.

1° D'une série de reproches

Un bref rappel des faits litigieux suffira sans doute à la démonstration. On se souvient en effet que la Commission avait progressivement pris et renforcé les mesures en son pouvoir pour vérifier la compatibilité de l'opération précitée avec le droit de l'Union européenne. Elle avait été d'ailleurs aidée dans cette mission par l'intervention d'autres autorités des États membres depuis lors reconnue licite¹⁸.

En tout état de cause, la procédure avait été lancée et reposait sur une accumulation de dérives imputées aux acteurs concernés. La conclusion de l'opération néanmoins interdite par la Commission ne pouvait dès lors rester

sans conséquence. Plus récemment, on le sait, leur était adressée une communication de griefs destinée à dénouer l'opération litigieuse¹⁹.

17 - Comp. toutefois CJUE, 16 mars 2023 aff.C-449/21 Towercast SASU Contrats concurr. consom. 2023 comm.86 I. Guittard, Dalloz actualité 11 mai 2023 obs. M. Blayney, J.B Roche, Europe 2023 comm.174 L. Idot, JCP E 2023 act.296, JCP E 2023 act.424 obs. D. Berlin, L'Essentiel du droit de la distribution et de la concurrence 2023 n° 5 p. 1 obs. C. Grimaldi, RLC 2023 n° 126 p. 5 qui admet qu'une opération de concentration inférieure aux seuils de notification puisse être contrôlée sur le fondement de l'article 102TFUE ; *adde* A. Ronzano, L'actu-concurrence n° 12, 17 avril 2023.

18 - Cf. Trib. UE, 13 juillet 2022 aff. T-227/21 Illumina Inc, Grail LLC c. Commission Contrats concurr. consom.2022 comm. 157 D. Bosco, Europe 2022 com.335 L. Idot, [JDSAM 2022 n° 35](#) p. 140 avec nos observations, L'actu-concurrence n° 29 25 juillet 2022 observations A. Ronzano. et sur pourvoi CJUE, 10 mars 2023 (ordonnance du Président) aff. C-611/22 P Illumina c. Commission sur la demande d'intervention d'une association regroupant un nombre important d'entreprises actives dans le secteur des dispositifs pharmaceutiques et médicaux (Biocom California).

19 - Commission européenne, 5 décembre 2022 Communiqué de presse du 5 décembre 2022, IP/22/7403, A. Ronzano L'Actu-concurrence n° 45 du 26 décembre 2022, [JDSAM 2023 n° 36](#) p. 121 avec nos observations, L'Essentiel du droit de la distribution et de la concurrence 2023 n° 1 p. 5 obs. E. Dieny ; *adde* sur l'ensemble de la question JCI Europe Fasc.1490 Contrôle des concentrations Exercice du contrôle : procédure et substance D. Berlin.

2° D'un souci de cohérence

La démarche intentée devant le Conseil d'État s'appuie sur de prétendues atteintes au droit interne²⁰. Elle tend à remettre en cause, pour excès de pouvoir, la décision de renvoi de l'opération vers la Commission prise en son temps par l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article 22 du règlement sur les concentrations. L'initiative contestée devenait ainsi de la compétence éventuelle des juridictions administratives nationales.

Dans un premier temps, fut ainsi posée une pure question de procédure. Les demandeurs n'obtinrent pas toutefois satisfaction. Sur demande de référé-suspension, le Conseil d'État dénia sa compétence pour statuer sur la valeur de la décision prise par l'Autorité de la concurrence²¹. Il considéra en effet que l'acte litigieux n'était pas en réalité détachable de la procédure d'examen décrite par les textes européens dont relève l'ensemble de l'opération étudiée.

Dans un second temps, sur le fond, le Conseil d'État estime à son tour que la demande adressée par l'Autorité de la concurrence à la Commission européenne sur le fondement du règlement relatif au contrôle des opérations de concentration « *n'est pas détachable de la procédure d'examen de cette opération, menée sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne* », quels que soient au demeurant les effets d'une telle demande pour les entreprises concernées.

Si le débat est désormais clos au regard de l'influence des règles de droit administratif en vigueur dans notre État, d'autres développements devraient intervenir dans cette affaire véritablement peu commune. Un retour à la « normale » s'impose à ce titre.

b) Décisions

Le contrôle des opérations de concentration est en quelque sorte l'instrument de mesure des changements que peuvent supporter les marchés sans risque pour la concurrence. La question est à l'évidence sensible. Pour cette raison, la procédure instituée par les textes se déroule en différentes étapes selon des modalités qui tiennent à des données propres à chaque espèce. La Commission européenne y contribue, on le sait, dans une mesure essentielle. Les choses devraient toutefois évoluer rapidement. A en effet été récemment adopté sous son égide un train de mesures visant à simplifier davantage les opérations en cause²². La précision est importante car le domaine de la santé y est naturellement inclus²³.

De nouvelles perspectives se dessinent tant au regard d'opérations liées aux échanges de produits (**1°**) que de services (**2°**).

1° Concentrations sur les marchés de produits

La Commission a reçu notification le 16 janvier 2023 d'un projet de concentration au terme duquel DaVita et Medtronic, entreprise mondiale exerçant ses activités dans le domaine des technologies de soins de santé, entendaient acquérir la division RCS de Medtronic, spécialisée dans la recherche, le développement, la fabrication, la commercialisation ainsi que la distribution et la vente de produits de soins rénaux et d'autres dispositifs médicaux utilisés dans le traitement des patients présentant une insuffisance rénale au stade terminal²⁴. La Commission s'est prononcée le 14 février 2023 dans le sens d'une non-opposition²⁵.

La Commission a reçu notification le 20 janvier 2023 du projet d'acquisition par Omron et Kirin de KTS. Omron est un fabricant japonais qui conçoit et fournit dans le monde entier des équipements de contrôle et du matériel médical. Kirin, entreprise japonaise fait partie d'un groupe présent notamment dans les domaines des produits pharmaceutiques et des sciences de la santé²⁶. Les activités de KTS sont liées à la fabrication de systèmes de

20 - CE, 13 février 2023 n° 450877 Concurrences 2023 n° 1 Alertes, L'actu-concurrence 2023 n° 7 du 13 mars 2023, Dalloz actualité 28 mars 2023 obs.V. Giovannini, Europe 2023 comm. 145 L.Idot

21 - CE, ord. du 1^{er} avril 2021 n° 450878, AJDA 2021 p. 1074, RTDEur. 2022 p. 287 Chronique de jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'UE : Contrôle des concentrations L. de Fournoux cité par V. Giovannini précité.

22 - Cf. Commission européenne, Communiqué de presse du 20 avril 2023 IP/23/2357.

23 - Cf. en ce sens Pharmacie : les fusion-acquisitions sous le radar des autorités de la concurrence Le Figaro, 14 avril 2023 p. 26.

24 - Commission européenne, affaire M.10825 DaVita/Medtronic/Medtronic Renal Care solutions JOUE C-39 du 1^{er} février 2023 p. 23.

25 - Communiqué de presse MEX/23/904 du 15 février 2023.

26 - Commission européenne, affaire M. 11034 Omron/Kirin/KTS JOUE C-39 du 1^{er} février 2023 p. 5.

contrôle complets de divers contenants utilisés notamment dans l'industrie pharmaceutique. La Commission s'est prononcée dans le sens d'une non-opposition dans une décision du 14 février 2023²⁷.

La Commission, après la notification qui lui avait été adressée²⁸, a également rendu le 27 février 2023 une décision de non-opposition à l'opération par laquelle Ardian France S.A., NB Renaissance Partners Holdings S.à r.l. et Mediolanum Farmaceutici S.p.A. cherchaient à acquérir, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), et de l'article 3, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations, le contrôle en commun de Neopharmed Gentili S.p.A., société active dans la commercialisation de produits pharmaceutiques finis en doses et de compléments dans divers domaines thérapeutiques, dans la vente de dispositifs médicaux et de cosmétiques²⁹.

La Commission a reçu le 10 janvier 2023 notification d'une opération de concentration par laquelle ACE Belgium et Febelco sollicitaient la prise de contrôle en commun de Pannoc³⁰. Celle-ci est une entreprise pharmaceutique belge qui se concentre sur le développement, la production, le conditionnement et la vente de composants médicaux et de cosmétiques, ainsi que d'un nombre limité de médicaments. La Commission, en l'espèce a décidé le renvoi de cette opération à l'Autorité belge de la concurrence³¹.

La Commission a été saisie le 16 février 2023 d'une notification par laquelle Stena, société d'investissement dans différents domaines entendait acquérir le contrôle exclusif de Midsona qui développe, fabrique et commercialise des produits de soins personnels et des produits d'hygiène, et les commercialise ensuite par différents canaux³². La Commission ne s'y est pas opposée³³.

D'autres opérations lui ont de surcroît été soumises.

2° Concentrations sur les marchés de services

L'approche marchande des échanges initiés par les acteurs de santé se prolonge encore dans le secteur des services.

La Commission a ainsi reçu notification le 6 février 2023 de l'opération par laquelle des sociétés d'investissements, Partners Group et GHO, entendaient acquérir le contrôle en commun de Sterling Pharma. Cette entité est un prestataire de services liés aux contrats de développement et de services d'organisation de la fabrication en lien avec des principes actifs pharmaceutiques à petites molécules et des conjugués anticorps-médicament³⁴. La Commission s'est prononcée le 3 mars 2023 dans le sens d'une non-opposition³⁵.

La Commission a reçu le 30 mars 2023 notification de l'opération de concentration par laquelle L-GAM et EPIC Bpifrance entendaient acquérir le contrôle en commun de l'ensemble de Biose³⁶. La Commission a décidé encore une fois de ne pas s'y opposer³⁷.

L'activité assez dense de la Commission ces derniers mois n'est pas exclusive d'autres interventions.

B. Du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence

La procédure est connue et forge un droit des concentrations à la hauteur des enjeux de santé publique. En d'autres termes, l'Autorité de la concurrence est également appelée à se prononcer sur le respect des textes applicables à de telles opérations. La « moisson » recueillie depuis la précédente livraison de cette rubrique n'appelle pas de longs développements. Elle se résume en effet à deux décisions. L'une concerne le marché de produits **(a)**, l'autre le marché des services **(b)**.

.....

27 - Communiqué de presse MEX/23/904 du 15 février 2023 JOUE C-163 du 8 mai 2023 p. 3.
 28 - Commission européenne, Affaire M.10997 NB/Ardian/Mediolanum/Neopharmed JOUE C-44 du 8 février 2023 p. 44.
 29 - JOUE C-123 du 4 avril 2023 p.1, Communiqué de presse MEX/23/1281 du 28 février 2023.
 30 - Commission européenne, Affaire M.10967 ACE Pharmaceuticals Belgium/Febelco/Pannoc Chemie JV JOUE C-18 du 19 janvier 2023 p. 16.
 31 - Communiqué de presse MEX/23/1301 du 1^{er} mars 2023.
 32 - Commission européenne, Affaire M.11035 Stena/Midsona JOUE C-58 du 24 février 2023 p. 27.
 33 - Communiqué de presse du 15 mars 2023 MEX/23/1681.
 34 - Commission européenne, affaire M.11026 Partners Group/GHO/SterlingPharma JOUE C-60 du 17 février 2023 p. 30.
 35 - Communiqué de presse du 6 mars 2023 MEX/23/1485.
 36 - Commission européenne, affaire M.11074 L-GAM, EPIC BpiFrance/Biose JOUE C-126 du 11 avril 2023 p. 7.
 37 - Communiqué de presse MEX/23/2506 du 28 avril 2023.

a) Concentration sur le marché de produits

L'Autorité de la concurrence à qui, le 24 février 2023, avait été notifié le projet de concentration, a finalement approuvé la prise de contrôle exclusif du groupe Biotech Dental par le groupe Henry Schein³⁸. Comme il est pour ainsi dire évident au regard de sa présentation elle-même, cette décision met en présence deux entreprises actives notamment dans le secteur des produits destinés à l'industrie dentaire.

L'opération en cause est loin d'être anodine. Il apparaît en effet que le groupe Biotech Dental emploie plus de 700 personnes et a réalisé l'année dernière un chiffre d'affaires de 120 millions d'euros en couvrant toute la chaîne de valeur du secteur dentaire, de la conception de ses propres matériaux pour la fabrication des implants à la fourniture de consommables alignés sur les prix pratiqués dans des régions du monde réputées pour l'attractivité de leurs prix³⁹. Il est par ailleurs précisé que par le jeu de ces participations croisées, les deux industriels s'associent pour concurrencer le leader des gouttières orthodontiques pour un marché qui dépasse les cinq milliards de dollar⁴⁰. D'autres développements sont attendus à l'initiative d'autorités américaines.

b) Concentration sur le marché de services

Déjà signalée dans ces lignes du fait de la notification adressée à l'Autorité le 18 janvier 2023⁴¹, l'opération par laquelle la Caisse des dépôts et consignations, via la société Docaposte, projetait l'acquisition du contrôle exclusif sur les sociétés Esculape Capital SAS et Maincare solutions SAS a finalement connu un sort favorable⁴².

Le communiqué de presse publié en son temps par Docaposte évoque « *l'acquisition de l'un des leaders de l'accompagnement de la transformation numérique des hôpitaux en France* ». Maincare est présenté à ce titre comme garant de « l'offre globale de solutions numériques « métiers » (production de soins, télémédecine, coordination des soins gestion administrative, gestion économique et financière, logistique, ressources humaines) et de services (conseil stratégique, communication)... »⁴³.

Les contraintes imposées aux acteurs de santé sont réellement de nature et d'intensité diverses. Leur influence appelle dès lors par définition de délicats arbitrages. Il devient ainsi possible et même souhaitable de leur attribuer des vertus qui ne doivent pas être sous-estimées.

Caroline Carreau

38 - Autorité de la concurrence, Décision n° 23-DCC-48 du 16 mars 2023 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Biotech Dental par le groupe Henry Schein à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr.

39 - Cf. en ce sens Les Échos, 19 décembre 2022 à consulter sur le site Internet www.lesechos.fr.

40 - Cf. en ce sens Les Échos, *eod.loc*.

41 - Cf. [JDSAM 2023 n° 36](#) p. 121 avec nos observations.

42 - Autorité de la concurrence Décision n° 23-DCC-29 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Maincare Solutions par Docaposte à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr.

43 - À consulter sur le site Internet www.docaposte.com.

La révision du règlement sanitaire international (RSI) au G20

Fernando Aith

Professeur Titulaire de Droit de la Santé à l'Université de São Paulo – Brésil, Directeur du Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo, Brésil (Cepedisa/USP).

Roberta de Freitas

Conseillère spéciale de Coopération Internationale de la Fondation Oswaldo Cruz – Brésil, Co-directrice du Centre d'Études sur la Bioéthique et la Diplomatie en Santé – NETHIS/FIOCRUZ.

João Miguel Estephano

Conseiller spécial de la présidence de la Fiocruz pour les affaires internationales, Étudiant de master en politique publique en santé à l'école de gouvernement Fiocruz

Résumé

Cet article vise à évaluer si la discussion sur la révision du Règlement sanitaire international (RSI) dépasse le cadre du groupe de travail créé dans ce but à l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) et à l'assemblée mondiale de la santé, étant présent dans d'autres forum d'importance mondiale.

L'hypothèse, présente dans ce travail, est que la pandémie de covid-19, malgré les impacts extrêmement négatifs sur la santé, l'économie et la vie de la population mondiale, a contribué à ce que les questions liées à la santé soient plus largement discutées dans le scénario international.

Un forum important dans les relations internationales est le G20 (Groupe des Vingt). Le G20 est un forum international composé des principales économies mondiales, qui se réunissent pour discuter de questions économiques et financières d'importance mondiale. Le groupe discute également d'autres questions pertinentes dans plusieurs domaines tels que la santé, l'agriculture, l'éducation, l'environnement, la culture, la lutte contre la corruption, entre autres.

Dans ce contexte, cet article propose une évaluation de l'apparition de la discussion sur la révision du RSI dans les déclarations des chefs d'État et de Gouvernement du G20 en 2019, 2020, 2021 et 2022, à travers une analyse de contenu basée sur la technique de l'analyse fréquentielle. L'horizon temporel a été défini dès la déclaration signée avant la pandémie (2019) jusqu'à la dernière déclaration disponible (2022).

De cette manière, il sera possible de mettre en évidence et d'analyser l'émergence, le contexte et l'importance de la discussion de la révision du RSI au sein du G20 après le début de la pandémie de covid-19.

Abstract

The aim of this article is to assess whether the discussion on the revision of the International Health Regulations (IHR) goes beyond the scope of the working group set up for this purpose at the World Health Organization (WHO) and the General Assembly, as it is present in other forums of global importance. The hypothesis of this work is that the covid-19 pandemic, despite its extremely negative impacts on the health, economy and lives of the world's population, has contributed to more discussion on health-related issues at an international level.

An important forum in international relations is the G20 (Group of Twenty). The G20 is an international forum composed of the world's leading economies, which meet to discuss economic and financial issues of global importance. The group also discusses other relevant issues in various fields such as health, agriculture, education, the environment, culture and the fight against corruption, among others.

In this context, this article proposes an assessment of the appearance of the discussion on the IHR revision in the declarations of the G20 Heads of State and Government in 2019, 2020, 2021 and 2022, through a content analysis based on the technique of frequency analysis. The time horizon was defined from the declaration signed before the pandemic (2019) to the last declaration available (2022).

In this way, it will be possible to highlight and analyze the emergence, context and importance of the IHR revision discussion within the G20 after the start of the covid-19 pandemic.

Introduction

Le Règlement sanitaire international (2005) (RSI) fournit un cadre juridique complet qui définit les droits et obligations des pays face aux événements et urgences de santé publique susceptibles de traverser les frontières¹.

Le RSI est un instrument du droit international juridiquement contraignant pour 196 pays, dont les 194 États membres de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Le RSI est né comme une réponse aux épidémies meurtrières qui ont ravagé l'Europe, et crée des droits et des obligations pour les pays, y compris l'obligation de signaler les événements de santé publique d'importance internationale.

Le RSI introduit des garanties importantes pour protéger les droits à la santé de la population mondiale, ainsi que des voyageurs et d'autres personnes en ce qui concerne le traitement des données personnelles, le consentement éclairé et la non-discrimination dans l'application des mesures sanitaires en vertu du Règlement (WHO, 2023).

La résolution WHA73.1 de l'Assemblée mondiale de la santé a demandé au Directeur général de l'OMS, entre autres, de lancer un processus progressif d'évaluation impartiale, indépendante et complète de la réponse sanitaire internationale coordonnée par l'OMS au covid-19. Dans ce contexte, et conformément à la résolution, le Directeur général de l'OMS a convoqué un Comité d'examen du RSI, dans le but de :

- Examiner le fonctionnement du RSI lors de la réponse au covid-19 ;
- L'état de la mise en œuvre des recommandations pertinentes des précédents Comités d'examen du RSI.

Le Comité a commencé ses travaux en septembre 2020, qui se poursuivent jusqu'à présent. Il rendra compte de ses progrès, par l'intermédiaire du Directeur général, aux organes directeurs de l'OMS (WHO, 2023).

Bien que l'OMS soit le principal forum de discussion sur la santé dans la scène internationale, le débat sur les stratégies pour la protection de la santé globale peut se produire dans plusieurs forums multilatéraux tels que le G7, le G20, le Mercosur, les BRICS, entre autres, étant le G20 (Groupe des 20 principales économies du monde) un forum international important et pertinent. Depuis sa création, le G20 a joué un rôle clé dans la promotion de la coopération et la recherche de solutions communes aux défis économiques auxquels la communauté internationale est confrontée, et fréquemment les décisions au sein du G20 ont un impact considérable sur la santé globale.

Le G20 est composé de 19 pays et de l'Union européenne. Les 20 membres sont : l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine, la France, l'Allemagne, l'Inde, l'Indonésie, l'Italie, le Japon, le Mexique, la Russie, l'Arabie saoudite, l'Afrique du Sud, la Corée du Sud, la Turquie, le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Union européenne. Le groupe a été créé en 1999 en réponse au besoin d'une plateforme de dialogue plus inclusive et représentative pour aborder les questions économiques mondiales, comme alternative au G7. L'objectif était de rassembler les économies les plus développées du monde, représentant différentes régions et systèmes économiques, afin de promouvoir la stabilité financière et une croissance durable (About G20, 2023²).

Le G20 présente une évolution significative dans ses discussions. Au départ, il se concentrait principalement sur les questions financières et la stabilité macroéconomique, mais après la crise financière mondiale de 2008, le rôle du G20 s'est considérablement élargi, devenant un forum de rencontre des chefs d'État et de Gouvernement de pays membres du groupe. De cette manière, le forum a assumé un rôle central dans la coordination des politiques

1 - WHO. International Health Regulations. Disponible sur : https://www.who.int/health-topics/international-health-regulations#tab=tab_1 (Consulté le : 26 juin 2023).

2 - About G20. Disponible sur : <https://www.g20.org/en/about-g20/#previous-summits> (Consulté le : 26 juin 2023).

économiques, la promotion d'une croissance inclusive, la réduction des inégalités et la réponse aux défis mondiaux tels que le changement climatique, le commerce et le développement durable (Kirton ; Larionova, 2020³).

Les discussions au G20 sont initiées par des groupes d'engagement (qui impliquent la société civile organisée, des groupes de réflexion et d'autres acteurs étatiques et non étatiques), suivis de discussions par les «Sherpas» (représentants de haut rang désignés par les pays membres du groupe) dans divers groupes de travail. Après, les débats avancent vers une réunion ministérielle et les points consensuels vont figurer dans la déclaration des chefs d'État et de Gouvernement des pays membres du Groupe qui est élaborée après une réunion du sommet du G20. Par conséquent, la déclaration des chefs d'État et de Gouvernement est le document le plus important du G20 et contient les principaux engagements du groupe avec les divers thèmes abordés dans le forum.

Il est important de signaler que le Brésil exercera la présidence du G20 à partir de décembre 2023, pour une durée d'un an. C'est la première fois que le Brésil accueille et préside les discussions du G20 et cela se produit dans une situation où le gouvernement brésilien s'engage pour la récupération de l'agenda international du Brésil dans le domaine de la santé. C'est donc un moment opportun et très fructueux pour le Brésil de jouer à nouveau un rôle de premier plan dans les discussions internationales, non seulement dans le domaine de la santé, mais dans d'autres domaines pertinents.

Par conséquent, en raison de l'importance mondiale du G20 et compte tenu du contexte stratégique du Brésil par rapport au groupe, cette analyse peut servir comme un outil d'aide à la compréhension des possibles stratégies qui peuvent être développées par le gouvernement brésilien dans la présidence du G20.

Méthodologie

Le présent travail présente une analyse de contenu des déclarations des dirigeants du G20 de 2019, 2020, 2021 et 2022, à travers l'utilisation de l'analyse de fréquence (Bardin, 2016⁴) de mots-clés liés à des sujets d'intérêt dans le domaine de la santé, ainsi qu'une analyse comparative entre les documents 2019, 2020, 2021 et 2022, afin de mettre en évidence l'apparition, le maintien et le contexte de la discussion de la révision du RSI.

Des mots et expressions en anglais liés au RSI ont été sélectionnés, à savoir : (i) Règlement sanitaire international, (ii) Règlement sanitaire et (iii) RSI. Après la sélection, une recherche a été effectuée dans les documents du G20 susmentionnés (entre 2019 et 2022), afin d'identifier la fréquence à laquelle chaque mot/expression y apparaît (analyse de fréquence). Le résultat de cette recherche a été organisé dans un tableau pour faciliter son évaluation et favoriser l'analyse comparative entre les documents des années analysées par rapport à l'année précédente.

L'engagement du G20 sur les débats au regard de l'implémentation du Règlement sanitaire international

Les résultats de la recherche effectuée montrent un engagement chaque année plus fort du G20 au regard de l'implémentation du RSI et de la nécessité d'une attention spéciale sur la gouvernance globale de contrôle contre les risques sanitaires et pandémiques.

Le tableau ci-dessous présente l'analyse de fréquence des mots et expressions recherchées selon la méthodologie décrite :

Mots et expressions	Fréquence			
	Osaka (2019)	Riyad (2020)	Rome (2021)	Bali (2022)
International Health Regulations	1	1	1	2
Health regulations	1	1	1	2
IHR	0	2	0	4

Source : élaborée par les auteurs.

3 - Kirton, J. J., & Larionova, M. V. (Eds.). The G20 at 10: Prospects, challenges, achievements. Springer, 2020.

4 - Bardin, L. Análise de Conteúdo. São Paulo: Edições 70, 2016.

Il est remarquable que le G20 a traité du thème du RSI dans chaque déclaration du G20 au long des années analysées. En fait, nous avons trouvé quelques contenus importants dans les textes des déclarations du G20 approuvées, à savoir :

2019 : La mention du RSI est faite uniquement pour faire référence au respect de la réglementation, sans mentionner la révision, le sujet spécifique du document ou affirmer l'engagement de suivre le RSI.

« Nous nous engageons à améliorer la préparation et la réponse en matière de santé publique, notamment en renforçant nos propres capacités de base et en soutenant les capacités d'autres pays conformément au Règlement sanitaire international de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) (2005) ». (G20 Osaka summit leaders' Declaration, 2019⁵)

2020 : La mention du RSI est déjà plus complète, il y a l'engagement des chefs d'État et de Gouvernement sur la réglementation, sa mise en œuvre, ainsi que l'importance du partage des informations et des données. Il a également été question des travaux du comité d'examen du RSI. Très probablement, ce changement de positionnement était déjà le reflet de la pandémie de covid-19.

« Nous nous engageons à faire progresser la préparation, la prévention, la détection et la réponse aux pandémies mondiales. Nous réaffirmons notre engagement à respecter pleinement le Règlement sanitaire international (RSI 2005), à améliorer sa mise en œuvre, notamment en soutenant les capacités des pays dans le besoin, et à poursuivre le partage de données et d'informations opportunes, transparentes et normalisées ».

« Nous prenons note des évaluations des lacunes dans la préparation à la pandémie entreprises par les organisations internationales compétentes et nous attendons avec intérêt les travaux du Groupe indépendant sur la préparation et la riposte à la pandémie et du Comité d'examen du RSI sur l'évaluation de la riposte sanitaire mondiale à la pandémie, comme indiqué dans le Résolution de l'Assemblée mondiale de la santé (AMS) sur le covid-19 ». (G20 Riyadh summit leaders' Declaration, 2020⁶)

2021 : Dans la déclaration de Rome, la mention du RSI a de nouveau été faite en référence au règlement, mais a conservé la mention de la mise en œuvre du RSI. De plus, contrairement à la déclaration de Riyad (2020) où il y avait un engagement des chefs d'État et de Gouvernement envers le RSI, les chefs d'État et de Gouvernement ont fait une mention plus douce, disant seulement que les efforts sont bienvenus.

« Nous nous félicitons des efforts multilatéraux visant à soutenir et à renforcer la préparation et la riposte à une pandémie, y compris l'examen d'un éventuel instrument ou accord international dans le cadre de l'OMS, et renforcer la mise en œuvre et le respect du Code international Règlement sanitaire 2005 ». (G20 Rome summit leaders' Declaration, 2021⁷)

2022 : La mention du RSI dans la Déclaration de Bali (2022) était un peu plus large, car elle mentionne le groupe de travail qui révisé le RSI, les ressources financières pour combler les lacunes critiques dans les pays liées au RSI, ainsi que le réseau mondial de surveillance des agents pathogènes. Cependant, il n'y a pas eu d'engagement exprès des chefs d'État et de Gouvernement comme dans la déclaration de Riyad (2020).

« Nous soutenons le travail de l'Organe intergouvernemental de négociation (INB) qui rédigera et négociera un instrument juridiquement contraignant qui devrait contenir à la fois des éléments juridiquement contraignants et non juridiquement contraignants pour renforcer la prévention, préparation et réponse pandémique (PPR), et le groupe de travail sur le Règlement sanitaire international qui examinera les amendements au Règlement sanitaire international (RSI) (2005), sachant que la décision sera prise par l'Assemblée mondiale de la santé ».

« Nous nous félicitons de la fourniture de ressources financières supplémentaires, pour aider à financer les lacunes critiques dans la mise en œuvre du RSI (2005) et à accroître les capacités de PPR ».

« Pour permettre la surveillance mondiale des agents pathogènes dans le cadre de notre engagement à mettre en œuvre le RSI (2005), nous encourageons le partage des données sur les agents pathogènes en temps opportun

5 - G20 Osaka Summit Leaders' Declaration. Disponible sur : <https://www.g20.org/pt/about-g20/> (Consulté le : 26 juin 2023).

6 - G20 Riyadh Summit Leaders' Declaration. Disponible sur : <https://www.g20.org/pt/about-g20/> (Consulté le : 26 juin 2023).

7 - G20 Rome Summit Leaders' Declaration. Disponible sur : <https://www.g20.org/pt/about-g20/> (Consulté le : 26 juin 2023).

sur des plateformes partagées et fiables en collaboration avec l'OMS ».

« Nous reconnaissons l'importance des normes techniques et des méthodes de vérifications partagées, dans le cadre du RSI (2005), pour faciliter les voyages internationaux fluides, l'interopérabilité et la reconnaissance des solutions numériques et des solutions non numériques, y compris la preuve des vaccinations ». (G20 Bali summit leaders' Declaration, 2022⁸)

Comme on peut le voir, la mention du RSI et de sa révision, plus durement, générant l'engagement des chefs d'État et de Gouvernement du G20 n'a eu lieu que dans la déclaration de Riyad en 2020, année où il y a eu la déclaration de la pandémie de covid-19 par l'OMS et alors que les pays souffraient déjà des conséquences d'une pandémie. De plus, la déclaration de Bali (2022) a également montré une augmentation des citations sur le RSI, malgré le maintien d'un ton plus léger concernant l'engagement des chefs d'État et de Gouvernement. Seuls ces deux communiqués ont gardé mention de la révision du RSI.

Considérations finales

Les résultats de la recherche suggèrent que la pandémie de covid-19 a apporté plus d'importance aux discussions sur la santé dans le scénario international, surtout dans les débats du G20, selon l'hypothèse présentée.

On a aperçu un véritable changement de ton et d'engagement entre la déclaration du G20 de 2019 et la déclaration de 2020. À cet égard, même si la déclaration de Rome (2021) n'a pas présenté d'augmentation quantitative de la mention du RSI ou de sa révision, elle a apporté une évolution qualitative par rapport à la mention du RSI dans la déclaration d'Osaka (2019). De plus, la Déclaration de Bali (2022) a corroboré l'hypothèse de cet essai en présentant une augmentation quantitative et qualitative de la mention du RSI, démontrant un nouveau niveau de préoccupation des grandes économies du monde sur la protection de la santé publique globale et sur la capacité de l'OMS d'être une agence véritablement stratégique dans le système de gouvernance globale créé au sein de l'Organisation des Nations Unies.

Finalement, bien qu'il soit important d'élargir les discussions sur la santé à d'autres forums internationaux que ceux qui sont traditionnellement liés à la santé, en raison d'intérêts diffus et connexes, il est nécessaire de souligner que la diplomatie internationale continue à ne pas prendre en compte le citoyen en tant que sujet et acteur dans le processus de construction publique des stratégies globales de santé. Le débat international sur la santé mené légitimement par les États devrait, au moins, être médiatisé avec plus de transparence et de possibilités de participation citoyenne, puisque les engagements futurs assumés ont un impact direct sur leur vie.

Fernando Aith, Roberta de Freitas & João Miguel Estephano

8 - G20 Bali Summit Leaders' Declaration. Disponible sur : <https://www.g20.org/pt/about-g20/> (Consulté le : 26 juin 2023).

Pour nous soumettre un article ou pour tout échange avec l'équipe éditoriale, veuillez écrire à jdsamids@gmail.com

CHARTRE DES CONTRIBUTEURS DU JOURNAL DE DROIT DE LA SANTE ET DE L'ASSURANCE MALADIE

Format des contributions

Les articles comportent approximativement entre 2000 et 40 000 caractères (espaces compris) et sont envoyés à la rédaction sous format Word. Les notes de bas de page sont à privilégier par rapport aux notes de fin d'article.

Les débuts d'articles doivent être présentés ainsi : le prénom, le nom et la fonction de l'auteur, le titre de la contribution, puis un résumé de cinq lignes de l'article, en français et en anglais.

Les citations de plus d'une ligne sont mises en italique. Les notes de bas de page se terminent par un point.

Qualité des contributions

Les auteurs s'engagent à envoyer des articles publiables en l'état.

Le travail de l'équipe éditoriale doit se limiter à un travail de mise en forme et ne doit pas constituer un travail de réécriture du contenu. Si tel devait être nécessaire, l'article pourrait être refusé.

L'article, une fois réceptionné par l'équipe éditoriale, est soumis, en aveugle, au comité de lecture de la revue. Des demandes de corrections ou de précisions pourront alors être formulées à l'auteur.

Les articles soumis par des doctorants ou des étudiants de Masters doivent être au préalable validés par le directeur de recherche ou un responsable pédagogique.

Après mise en page par l'équipe de rédaction selon les exigences éditoriales, les articles sont soumis aux auteurs pour validation.

Lutte contre le plagiat et l'auto-plagiat

Les contributions soumises doivent être des textes originaux non publiés ailleurs. Les auteurs et coordonnateurs de la revue doivent faire preuve de vigilance sur les problématiques de plagiat et d'auto-plagiat. La direction de la revue attire l'attention des auteurs sur le fait que les articles sont contrôlés par un logiciel anti-plagiat.

Respect des délais de soumission des articles

Les dates butoirs pour la soumission des articles sont les suivantes :

- 31 octobre
- 31 janvier
- 31 mai

Directrice de la publication

CHRISTINE CLERICI

Présidente de l'Université Paris Cité

Directrice de la rédaction

LYDIA MORLET-HAÏDARA

Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université Paris Cité, Directrice de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Coordinatrice de la rédaction

LAURENCE WARIN

Docteure en droit public de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France, ATER au Centre Maurice Hauriou pour la recherche en droit public, Université Paris Cité

Conception graphique

CHARLOTTE DE BRUYN

Assistante recherche de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Comité international

FERNANDO AITH

Professeur à l'Université de Sao Paulo - USP, Co-Directeur du Centre d'Etudes et de Recherches en Droit de la Santé

Sabrina BURGAT

Professeure aux Facultés de droit de Neuchâtel et Genève, Co-directrice de l'institut de droit de la santé

Anne-Sylvie DUPONT

Professeure aux Facultés de droit de Neuchâtel et Genève, Co-directrice de l'institut de droit de la santé, Chaire de droit de la sécurité sociale

JEAN-MARC HAUSMAN

Professeur, Faculté de droit et de criminologie, Université de Louvain (Belgique) et Gastdocent, Faculteit Rechtsgeleerdheid en Criminologische Wetenschappen, Katholieke Universiteit Leuven (Belgique)

SANDRA HOTZ

Professeure à la Faculté de droit de Neuchâtel, Co-directrice de l'institut de droit de la santé

LARA KOURY

Professeure agrégée, Codirectrice du Groupe de recherche en santé et droit de McGill

MÉLANIE LÉVY

Professeure à la Faculté de droit de Neuchâtel, Co-directrice de l'institut de droit de la santé

AUDREY FERRON-PARAYRE

Professeure agrégée, Section de droit civil, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (Canada), codirectrice de l'Observatoire pluridisciplinaire sur le devenir du droit privé et chercheuse au Centre de droit, politique et éthique de la santé

CATHERINE RÉGIS

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, titulaire d'une Chaire de recherche du Canada en droit et politiques de la santé, chercheuse au Centre de recherche en droit public et co-directrice du Hub santé - Politique, Organisations et Droit (H-POD)

GENEVIÈVE SCHAMPS

Professeure à l'Université Louvain-la-Neuve, Directrice du centre de droit médical et biomédical, Vice-rectrice du Secteur des sciences humaines

Comité éditorial et scientifique

STÉPHANE BRISSY

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Nantes, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

CAROLINE CARREAU

Maître de conférences émérite en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

PHILIPPE COURSIER

Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

ANNE DEBET

Professeur en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

ALBANE DEGRASSAT-THÉAS

Maître de conférences, praticien hospitalier, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

LUC GRYNBAUM

Professeur en droit privé à l'Université Paris Cité, Chef du département de droit, économie et de gestion de l'école de droit d'Abu Dhabi, Avocat Of Counsel chez de Gaulle Fleurance & associés, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris

ANNE LAUDE

Professeur des Universités en droit privé, doyen honoraire de la Faculté de droit, d'économie et de gestion, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France, Présidente d'honneur de l'Association française de droit de la santé

CAROLINE LE GOFFIC

Professeur de droit privé à l'Université de Lille, Membre du CRDP - Equipe LERADP, membre associée de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

CLÉMENTINE LEQUILLERIER

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

CAMILLE MARÉCHAL POLLAUD-DULIAN

Maître de conférences HDR en droit privé, Directrice du Master 2 DGAN, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

LYDIA MORLET-HAÏDARA

Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université Paris Cité, Directrice de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

DAVID NOGUÉRO

Professeur en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

PASCAL PAUBEL

Professeur associé à l'Université Paris Cité, Chef de service du SEPBU, AGEPS, AP-HP, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

JÉRÔME PEIGNÉ

Professeur à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

DIDIER TABUTEAU

Professeur associé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

ANA ZELCEVIC-DUHAMEL

Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France