

Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie

SOMMAIRE

Éditorial3

ANNE LAUDE
DIDIER TABUTEAU

Interview 4

CLAIRE HÉDON

Dossier thématique

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

Dossier coordonné par
LYDIA MORLET

Qu'est-ce que la discrimination ?8

BERTRAND QUENTIN

Discrimination et assurance.....13

JOËL MONNET

Le numérique comme outil de lutte contre les discriminations.....20

LYDIA MORLET

La reconnaissance de handicap psychique26

JEAN CANNEVA

De l'égalité des droits et des chances : du principe textuel aux difficultés d'application.....29

GUYLÈNE NICOLAS

Le rôle des politiques sociales et sanitaires dans la lutte contre les discriminations en matière de santé 37

DOMINIQUE VIRIOT-BARRIAL

La discrimination liée à l'âge : avancée en âge et accès aux soins.....50

JEAN-PIERRE AQUINO
GÉRALDINE VIATOUR

Chroniques

1 - Organisation sanitaire, politiques de santé55

Dépasser cinq paradoxes pour davantage de démocratie sanitaire 55

PIERRE-HENRI BRÉCHAT
PHILIPPE FLAMMARION
ODILE JEUNET

2 - Droits des malades et bioéthique 62

La démedicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre 62
MARIE MESNIL

3 - Etablissements de santé et médico-sociaux 70

« *A argent public, contrôle public* »..... 70
XAVIER CABANNES

4 - Produits de santé..... 74

Bilan des évolutions du cadre juridique de la substitution pour les biosimilaires entre 2014 et 2017 : tout ça pour ça ? 74

FRANÇOIS BOCQUET
PASCAL PAUBEL

5 - Assurances des activités de santé79

Mentions informatives dans les contrats d'assurance sur la prescription biennale sauf son inopposabilité..... 79
DAVID NOGUÉRO

6 - Responsabilité et indemnisation 82

Obligation d'information du médecin sur le risque grave exceptionnel : le doute est enfin levé ! 82
CLÉMENTINE LEQUILLERIER

Les conséquences du défaut d'information :
la consécration du cumul de la réparation
du préjudice d'impréparation et du préjudice
constitué par la perte de chance d'éviter le dommage 87
SYLVIE WELSCH

7 - Propriété intellectuelle et concurrence ... 90

I. Droit des brevets 90
JEAN-FRÉDÉRIC GAULTIER

II. Droit des marques 93
CAROLINE LE GOFFIC

III. Droit de la concurrence 95
CAROLINE CARREAU

8 - Financement et fiscalité 105

La politique d'extension des complémentaires santé
privées par l'octroi d'avantages socio-fiscaux aux
employeurs 105
RÉMI PELLET

9 - Travail et risques professionnels 106

Les responsabilités de l'employeur et de l'utilisateur
en matière de santé au travail au regard de
quelques arrêts récents 106
STÉPHANE BRISSY

10 - Droit pénal de la santé 109

La responsabilité pénale dans le domaine de la
psychiatrie du fait du passage à l'acte de patients 109
CAROLINE DENAMBRIDE

Le harcèlement moral entre deux professionnels
de santé ne peut exister que dans le cadre
des relations de travail entre eux 112
ANA ZELCEVIC-DUHAMEL

11 - Assurance maladie obligatoire et complémentaire 114

De l'autonomie du droit de la sécurité sociale
en matière de risques professionnels 114
PHILIPPE COURSIER

12 - Environnement et santé 118

La prévention des risques liés à l'exposition
aux ondes électromagnétiques 118
GWLADYS BEAUCHET
YVON MARTINET

Nouvelles de l'étranger

La participation des acteurs non étatiques aux
délibérations de l'organisation mondiale de la
santé : un regard sur le nouveau cadre réglementaire
établi par la résolution OMS/WHA/69.10 124

FERNANDO AITH
MARIA GABRIELA ARAÚJO DINIZ

Varia

Election, droit de vote, droits fondamentaux et
majeurs protégés 128
DAVID NOGUÉRO

Le financement des actions de groupe 138
BAPTISTE ALLARD

Bibliographie 144

Agenda 146

Rédaction 147

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Didier Tabuteau

Conseiller d'État, professeur associé à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po

La lutte contre les discriminations est un impératif social, économique, politique et juridique. Elle procède du principe d'égalité et vise à densifier et concrétiser sa portée.

Comme l'affirmait le Vice-Président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, le 5 octobre 2015 lors d'un colloque organisé par le Défenseur des droits : « Depuis plus d'une décennie, s'est ainsi exprimée dans nos institutions, nos pratiques et nos jurisprudences une ambition nouvelle pour la promotion de l'égalité concrète entre les citoyens et les personnes, conduisant à une lutte plus effective contre les discriminations ».

L'article 225-1 du code pénal définit les discriminations que la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 a étendues notamment à l'état de santé et les législations spéciales proclament, dans leur champ, leur interdiction. Le code de la santé publique précise, dans son article L 1110-3, qu'« aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins ». L'article L 115-1 du code de l'action sociale et des familles rappelle que « le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains » est le fondement de la lutte contre la pauvreté et les exclusions.

Le colloque organisé par l'Institut droit et santé de l'Université Paris Descartes, à l'initiative de Lydia Morlet-Haidara, a été l'occasion d'examiner les problématiques actuelles de la lutte contre les discriminations en matière de santé, d'âge et de handicap. Egalité des droits et des chances, politiques de lutte contre les discriminations, rôle des associations, enjeux assurantiel, place du numérique, ... De nombreux aspects de cette thématique centrale des politiques sanitaires et sociales ont fait l'objet d'analyses juridiques approfondies et de débats nourris.

Ce dossier du JDSAM met à la disposition de ses lecteurs la quintessence des travaux qui se sont déroulés dans ce cadre. Que les auteurs et tous ceux qui ont participé à la confection de cette livraison du Journal en soient très vivement et sincèrement remerciés. Nul doute que les lecteurs apprécieront la richesse, la rigueur et l'utilité de ces contributions.

Interview de Claire Hédon Présidente d'ATD Quart Monde

1/ Quelles sont les actions d'ATD Quart Monde en matière de santé ?

ATD QUART MONDE, Agir Tous pour la Dignité, est un Mouvement international, sans appartenance politique ou confessionnelle dont le but est d'éradiquer la misère.

Nous travaillons pour l'accès de tous aux droits fondamentaux car la misère est une atteinte aux Droits de l'Homme. Les plus pauvres n'ont, de fait, pas accès aux droits de tous : logement, éducation, travail, santé. Ils nous le disent et on ne pourra lutter efficacement contre la pauvreté que si l'on prend en compte leur expérience et leur parole.

Aujourd'hui présents dans plus de 30 pays, nous agissons à la fois :

- sur le terrain avec les personnes en situation de pauvreté pour obtenir l'application du droit.
- auprès des institutions et parlementaires, pour faire changer les lois et évoluer les pratiques.
- auprès de l'opinion publique, par des campagnes citoyennes pour faire changer le regard porté sur les plus pauvres et susciter l'engagement.

La santé est un des domaines où les plus pauvres ont du mal à faire valoir leurs droits. Sur le papier, tout le monde a accès aux soins, mais la réalité est plus complexe. L'espérance de vie des plus pauvres en France rejoint l'espérance de vie en Afrique...

Dans notre réseau santé Wresinski : militants Quart Monde¹, soignants et chercheurs continuent ensemble de défendre et d'améliorer le système de santé ainsi que l'effectivité du droit aux soins des plus démunis.

Pour former le personnel soignant à l'accueil des plus démunis, nous organisons des co-formations, selon la pratique du Croisement des savoirs. Elles permettent à des professionnels et des personnes vivant ou ayant vécu la pauvreté de se former réciproquement : les premiers apprennent à mieux connaître le monde de la grande pauvreté et les seconds à mieux comprendre l'accès à leurs droits.

Depuis 15 ans, à Nancy, un **laboratoire d'idées** constitué de personnes vivant dans la grande pauvreté travaille sur des thématiques liées à la santé. À partir de leur expérience, les personnes très pauvres ont acquis des savoirs qui peuvent ainsi être formalisés.

Ce groupe de réflexion se réunit une fois par mois au minimum. Les débats sont enregistrés et décryptés pour respecter la parole des participants ce qui permet d'établir la

confiance, de travailler sur la durée et d'élaborer une pensée construite.

Différents programmes de recherche ont été menés avec ce groupe :

- Se nourrir lorsqu'on est pauvre
- Enterrer dignement nos morts
- Un rapport financé par l'ARS Grand Est : « Développement de la médecine ambulatoire : une chance pour les plus vulnérables ? ». En effet, dans ce domaine, il y a un vrai enjeu d'inégalité de soins pour les plus vulnérables et un risque de discrimination non voulu mais réel.

Recherche « Se nourrir lorsqu'on est pauvre »

L'objectif est d'étudier l'impact de la précarité sur l'alimentation et sur le rôle social de l'alimentation, une dimension rarement abordée dans les recherches sur le sujet. On découvre combien cela conditionne l'identité individuelle, les liens familiaux, le positionnement d'une personne dans la société mais aussi dans la vie citoyenne.

Plusieurs études et enquêtes effectuées auprès de personnes bénéficiant de l'aide alimentaire en France mettent en évidence un ressenti de honte et de perte de dignité face à cette aide.

L'analyse recense ensuite les freins à une « alimentation durable » (barrière financière, matérielle, organisation de l'aide alimentaire ...) et détaille les incidences de ces difficultés alimentaires sur l'état de santé des personnes en situation de précarité. L'une d'elles résume ainsi sa situation : « Moi je coûte cher à la Sécu, parce que je mange mal. Et ma santé, elle craque et je coûte cher à la Sécu ... ».

Si le rappel des difficultés liées aux problèmes d'alimentation est indispensable, c'est la deuxième partie qui marque le plus par son originalité. « Moi, je fais les courses pour le mois, parce que j'ai toujours peur. Au moins, s'il y a un gros imprévu, je sais que mes petites auront à manger pour le mois. » explique C., mère de 4 enfants. On découvre ainsi les stratégies mises en place afin de trouver des solutions pour se nourrir correctement, de la surveillance des promotions aux jardins partagés en passant par le glanage ...

La compréhension de la question dans toute sa complexité permet de porter un nouvel éclairage sur les freins et de proposer des solutions permettant l'accès de tous à une alimentation saine et durable.

Cette recherche se poursuit avec la participation du laboratoire d'idées à une réflexion menée en Lorraine sur le droit à l'alimentation : « Comment vivre et se nourrir dignement avec les minima sociaux et un reste à vivre de 57 euros par mois (moins de deux euros par jour) pour s'alimenter ? »

.....
1 - Personnes vivant ou ayant vécu dans la grande pauvreté et engagées comme membres actifs au sein du Mouvement ATD Quart Monde

Recherche « Enterrer dignement nos morts »

Ces derniers mois, le laboratoire a mené une action-recherche, en lien avec des partenaires, pour que la dignité des personnes en situation de grande pauvreté soit préservée lors de la mort et des funérailles.

Le caractère universel de la mort est indéniable, cependant la gestion du décès et des corps est très inégale. En France, les funérailles sont payantes et particulièrement onéreuses au regard des seuils de précarité. En effet, le tarif moyen pour une crémation est de 2 340 à 62 70€, et pour une inhumation, il faut compter entre 1 980 et 7 530€ (source : Mutac.com). Le niveau des revenus est alors un élément discriminant face à la mort, puisque les personnes en situation de grande pauvreté sont dans l'impossibilité financière « d'enterrer leurs morts ». D'un point de vue pratique et logistique, il s'agit d'une question qui dépasse largement la sphère privée. Les dynamiques d'exclusion agissent jusqu'au moment de la mort – et même après. La problématique des obsèques des plus pauvres recouvre un intérêt public.

La Mairie de Nancy a organisé une réunion à laquelle le laboratoire a été associé, avec des élus, des services de la Ville (service administratif, CCAS, cimetière) pour faire le point sur ce qui existe. La municipalité a nommé une chargée de mission pour travailler sur l'amélioration des pratiques. Un partenariat s'est constitué avec les responsables politiques, les institutionnels, les professionnels et les instances religieuses.

Les militants Quart Monde ont défini un "panier" de biens nécessaires et suffisants pour "des obsèques dignes". En parallèle, les autres membres du groupe ont travaillé à la création d'un contrat de prévoyance décès destiné à être généralisé sur le territoire.

ATD Quart Monde a ainsi lancé, avec la CNP, un Contrat Obsèques destiné aux personnes vivant sous le seuil de pauvreté. Tout l'enjeu a consisté à fixer une cotisation mensuelle accessible aux personnes très pauvres. C'est pourquoi, contrairement aux contrats classiques, les mensualités n'évolueront pas selon l'âge du souscripteur, mais seront toujours basées sur la tranche d'âge enregistrée à la souscription. Ce contrat peut être souscrit jusqu'à l'âge de 80 ans, la limite de la garantie étant fixée à la fin de l'année des 90 ans de l'adhérent. Au-delà de 90 ans, le fonds de solidarité créé pour le contrat pourra prendre le relais. Le tarif de l'adhésion va de 0,5 euro mensuels pour les jeunes (jusqu'à 30 ans), à 13 euros mensuels après 70 ans. Ce projet s'inscrit dans la continuité de la complémentaire santé et garantie obsèques lancée en 2009, expérimentée par ATD Quart Monde et ses partenaires, et de la mise en place des mutuelles ACS (Aide complémentaire santé) généralisées à tout le territoire depuis le 1er juillet 2015. Le volet prévoyance obsèques plébiscité par les militants d'ATD Quart Monde complète ainsi l'offre des contrats ACS.

Enfin, le « Tiers bienveillant » est une association née à l'initiative d'ATD Quart Monde, en particulier des militants Quart Monde. Elle est tiers entre les services administratifs

de la mairie et l'entreprise des pompes funèbres. Son rôle est de chercher et transmettre aux pompes funèbres des vêtements propres pour habiller le défunt ; de rendre visite au défunt pour se recueillir, d'assister à la cérémonie d'inhumation ; de garder trace de l'identité du défunt ; éventuellement d'accompagner les proches du défunt (non solvables) dans les démarches citées plus haut.

2/ Quelles sont les difficultés d'accès aux soins rencontrées par les personnes pauvres aujourd'hui en France ?

On peut se féliciter de la mise en place de la CMU qui permet de protéger et mieux soigner de nombreuses personnes. C'est une avancée de notre protection sociale, un système qui a montré son efficacité et fait réaliser des économies de santé. De plus les dossiers sont plus faciles à remplir, les droits sont renouvelés automatiquement pour les personnes âgées. Mais il reste encore un taux de non recours élevé. Alors que le nombre de bénéficiaires de la Couverture maladie universelle Complémentaire (CMU-C) continue de s'accroître (+3,5 % entre décembre 2014 et décembre 2015), le taux de non-recours en métropole est estimé entre 23 et 36 % en 2014.

Des difficultés persistent également car des médecins refusent de soigner des patients avec la CMU au tarif «conventionnel», sans dépassement d'honoraires, comme la loi les y oblige. Les personnes en situation de pauvreté sont, de fait, victimes de discrimination pour cause de précarité sociale. Fin juin 2016, la loi a d'ailleurs reconnu un 21^{ème} critère de discrimination à cause « de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur ».

Enfin la médecine ambulatoire peut être dangereuse pour les familles en précarité économique et sociale qui vivent dans des habitats insalubres ou trop petits.

3/ Quelles pourraient être les solutions pour y remédier ?

Plusieurs pistes doivent être développées.

Il faudrait améliorer la prise en charge sur des situations ou périodes de fragilité identifiées et mieux utiliser les dispositifs existants par une meilleure information du public.

- banaliser la carte de mutuelle des personnes bénéficiaires de la CMU-C et de l'ACS pour éviter la stigmatisation par les professionnels de santé
- créer un dispositif d'attribution en urgence de la CMUC pour 3-6 mois
- faire évoluer la couverture CMU-C et ACS pour éviter les effets de seuil avec le RSA et l'AAH

INTERVIEW D'UNE PERSONNALITÉ

- élargir la prise en charge par l'assurance maladie (matériel médical, bandelettes pour les diabétiques, lunettes)
- améliorer le fonctionnement du RSI : tenir compte de la réalité du travail précaire, protéger les jeunes auto-entrepreneurs qui relèvent de la CMU ou de l'ACS

Il faudrait analyser et améliorer le « parcours personnalisé de santé » des plus vulnérables (méthode du patient traceur).

Se faire soigner en ville mobilise, pour certains patients, plusieurs professionnels de santé, dans un parcours complexe. Améliorer la qualité et la sécurité de leurs soins nécessite d'analyser l'organisation de ces parcours et les interfaces entre professionnels de santé et du champ social et médico-social, le cas échéant.

La Haute Autorité en Santé propose aux professionnels de ville une démarche d'analyse du parcours de soins en équipe pluri-professionnelle. Il s'agit de la méthode du « patient traceur », déjà utilisée dans le secteur hospitalier et adaptée aux soins de ville. Elle consiste à analyser, *a posteriori*, le parcours de santé d'un patient qui a donné son accord. Elle prend en compte les perceptions du patient et les croise avec celles des professionnels pour évaluer notamment les organisations, la coordination des soins et des services. Il s'agit d'une approche pédagogique, transparente et bienveillante qui permet d'identifier des actions d'amélioration.

Quelle place pour des patients traceurs dans la population pauvre ? Nous demandons que les patients traceurs soient aussi des personnes en précarité, pas seulement des personnes diabétiques ou cardiaques.

De même quelle place pour les plus pauvres dans la construction des plateformes territoriales d'accompagnement des parcours de santé ?

Il est nécessaire de favoriser une meilleure appropriation de sa santé chez les personnes en situation de précarité.

Pour éviter le recours à la médecine hospitalière qui doit rester le dernier recours, il faut une amélioration de la prise en charge, en termes de lien social et en termes économiques

Il s'agit de modifier la façon dont chacun vit sa santé, par une ouverture permettant d'éviter le recours systématique aux soins. L'objectif est de se réapproprier la prise en charge de sa propre santé. Pour cela, il faut :

- Développer la promotion de la santé et la prévention, en particulier dans les domaines de l'hygiène dentaire et du suivi gynécologique.
- Impliquer des parents pour l'éducation des enfants à la santé et au soin du corps.
- Adapter l'éducation à la santé aux enfants : sketch / scénettes sur l'hygiène dentaire ; ateliers « prendre soin de soi » (en centres aérés, colonies).

Il faut travailler à faire évoluer les professionnels de santé, par leur formation et l'attention à la relation soignant – soigné. Il s'agit de les former à mieux comprendre les patients et mieux se faire comprendre d'eux, notamment via :

- un module « précarité » obligatoire en formation initiale, axé sur la communication, l'information (sur ses droits, sur l'orientation, etc), le développement des capacités de compréhension, le respect de la dignité de la personne malade.
- des modules de mise en situation de médecins avec des patients formateurs en situation de vulnérabilité (hôpital virtuel).

Il faudrait développer des dispositifs de « pair médiation » et de dynamique sociale autour des personnes les plus vulnérables, tant en matière de prévention, que de soins :

- Davantage associer les représentants des usagers « précaires » (ou les associations dont ils font partie comme ATD Quart Monde) pour élaborer des recommandations de bonne pratique de prise en charge.
- Mieux recourir à l'accompagnant déjà prévu dans le cadre d'une prise en charge en chirurgie ambulatoire.
- Garantir des centres et maisons de santé accessibles (accessibilité géographique et des locaux), avec une médecine de qualité, respectant la confidentialité de l'accueil (secrétariat), acceptant la prise en charge par la CMU et l'ACS, avec des lieux de prévention et associant la population locale aux décisions.
- Améliorer l'accessibilité à l'HAD en réduisant les restes à charge.

4/ Qu'en est-il de l'application de la protection universelle maladie (PUMA) un an après sa mise en place ?

Pour les familles qui vivent de rupture en rupture, c'est un grand soulagement. Une protection individuelle qui suit les personnes en situation de précarité dans leurs parcours hachés, qui reste effective quels que soient les aléas des contrats de travail temporaires, qui ne dépend plus du travail du conjoint, c'est une vraie avancée. Les femmes ne sont plus « ayant droit » de leur conjoint, elles ont la Sécu à leur nom. Si elles se séparent de leur conjoint, elles n'ont plus de rupture de droit.

5/ Quel regard portez-vous sur la situation de la France en matière d'accès à la prévention et aux soins par rapport aux autres pays ?

Nous avons constaté de graves problèmes de 2004 à 2012, avec une perte d'accès aux soins et d'accessibilité du système

INTERVIEW D'UNE PERSONNALITÉ

de santé. Heureusement la mutuelle pour tous, le tiers payant, le développement des projets territoriaux de soins et de maisons médicales sont des avancées.

En guise de conclusion...

Les travaux du Mouvement ATD Quart Monde sur la santé en milieu défavorisé ont été menés sous l'éclairage constant de la recherche d'une citoyenneté partagée, d'un vrai engagement à lutter contre les injustices et pour l'accès aux droits de tous afin de lutter contre la misère et l'exclusion. Il faut aller plus loin que le droit à l'accès aux soins et travailler sur le droit à la « protection de la santé » qui implique plus généralement une attention à un environnement vivable, à des déterminants de la santé et des déterminants sociaux favorables à la protection de la santé de tous les citoyens.

A la question : « Que pouvons-nous faire, dans le domaine de la santé, pour ceux qui vivent dans la misère ? », nous voulons répondre par celle-ci : « Que peuvent faire ceux qui vivent la misère pour humaniser le monde de la santé ? »

Claire Hédon

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

Dossier coordonné par Lydia Morlet,

Maître de conférences, HDR à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Qu'est-ce que la discrimination ?

Bertrand Quentin

Philosophe, Maître de conférences HDR à l'Université Paris-Est Marne-la-Vallée, Responsable du Master 1 d'éthique médicale et hospitalière appliquée (Ecole éthique de la Salpêtrière)

La discrimination est partout. Discriminer c'est faire des distinctions hiérarchiques. On pourrait d'ailleurs se retourner contre la proposition de cette thématique ciblée sur les discriminations liées au handicap, à la santé et à l'âge et accuser ceux qui l'ont mise en avant de discrimination dans le choix des thèmes de discriminations... Pourquoi en effet n'allons-nous pas parler aujourd'hui des discriminations liées à l'origine sociale, des discriminations liées à la nationalité (l'exemple des migrants qui font aujourd'hui trembler les principes de l'Europe), des discriminations liées au sexe (la discrimination récurrente à l'égard des femmes) ?

Alors, bien-sûr, on se rendra compte qu'il faut bien faire des choix dans la vie. Parce que tout n'est pas possible en même temps. Et puis, il y a une différence à faire entre discriminer au sens de décider selon des goûts légitimes, selon des hiérarchies qui peuvent être argumentées et discriminer selon le sens qui est celui du débat public et de ce colloque, c'est-à-dire créer des hiérarchies non légitimes, qui vont empêcher à certains l'accès à la vie commune. Il y a une discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge.

En même temps notre boutade introductive a quelque chose de profond. La discrimination est partout. Y compris dans son sens péjoratif. On ne peut occulter le caractère universel du processus discriminatoire. Dès lors nous ne pouvons philosophiquement nous contenter d'asséner de grands principes de bienveillance universelle, mais il nous faut aller du côté de la psychologie des profondeurs. Nous ne pouvons nous passer d'une recherche d'anthropologie philosophique pour aller à la source de cette universalité.

I - Un processus universel de discrimination

I-1 Retourner contre certains autres, la découverte inacceptée de notre vulnérabilité première

L'être humain naît démuné, dans un monde dont il n'est pas l'auteur, qu'il ne maîtrise pas et il connaît un niveau de vulnérabilité physique inconnu ailleurs dans le règne animal, cela combiné avec des capacités intellectuelles qui se développeront de manière unique. Tout nouveau-né dépend du coup entièrement du bon vouloir de ceux qui l'entourent pour la satisfaction de ses besoins. L'angoisse et la honte de savoir que l'on est en réalité non pas tout-puissant, mais radicalement impuissant, c'est ce que Freud va appeler l'*Hilflosigkeit*, l'angoisse d'être « privé de toute aide ». Et cette *Hilflosigkeit* va produire en réaction cette attitude typique du bébé repérée par Freud comme « omnipotence infantile » à travers l'expression : « Sa Majesté le bébé ». Joan Tronto, auteure du *care* – ce terme pourrait être traduit en français par « le soin », « le prendre-soin » mais j'utiliserai encore du terme « *care* » pour en marquer l'appartenance à ce mouvement philosophique contemporain – Joan Tronto, donc, nous parle de la

« rage ressentie par les enfants lorsqu'ils sont confrontés à leur impuissance à l'égard de ceux qui prennent soin d'eux [...] L'universalité du sentiment de rage des enfants explique le besoin universel qu'ont les cultures de médier l'hostilité ressentie par les humains à l'égard de leurs besoins, en particulier de leurs besoins matériels » (169).

Nous avons instinctivement une hostilité à l'égard de ceux qui nous aident ou qui nous ont aidé. Nous avons honte de recevoir de l'aide. Du coup ceux qui prennent le plus souvent soin des autres sont paradoxalement perçus comme « autres » et traités avec mépris. Le travail qui accompagne le soin devient par exemple celui des membres les moins aisés de la société. Un cercle vicieux apparaît qui fait que le soin des autres étant dévalorisé, les personnes qui effectuent ce type de travail le sont également. Le désir originel de l'enfant narcissique qui voulait transformer ses parents en esclaves va trouver sa satisfaction dans la création d'une hiérarchie sociale inégalitaire, une discrimination entre les hommes. Et dans l'histoire, le soin a été principalement le travail des esclaves, des serviteurs et des femmes.

Mais cette origine du processus de discrimination, cette honte infantile n'est pas sans effets, y compris des effets de violence ; le mécanisme du bouc émissaire peut y trouver un terreau fertile comme le montre encore Martha Nussbaum :

« le dégoût commence à créer de vrais dommages lorsqu'il s'articule au narcissisme de base des enfants. Une manière efficace de prendre complètement ses distances avec sa propre animalité consiste à projeter les propriétés d'animalité (la mauvaise odeur, la saleté, la crasse) sur d'autres groupes, et à traiter ces gens comme s'ils étaient sources de contagion et de souillure. Ils deviennent une sous-classe et, de fait, une frontière ou une zone tampon entre la personne angoissée et les propriétés redoutées et stigmatisées de l'animalité. Les enfants commencent ainsi très tôt à identifier certains d'entre eux comme sales ou dégoûtants » (45-46).

Les violences à l'école en direction de tel ou tel élève peuvent avoir ces ressorts secrets - parce qu'il est mal intégré, parce qu'il est pauvre, qu'il est en mauvaise santé, qu'il n'a pas les jambes ou les bras comme ceux des autres etc.

La discrimination ne va donc pas disparaître avec un discours de ministre, si elle est ainsi infantilement implantée en nous. De même, quand le petit d'homme devient grand, il continue à s'aider de procédés discriminatoires. Il va par exemple étayer son estime de lui-même par le procédé de stigmatisation.

1-2 Etayer son estime de soi par le procédé de stigmatisation

Les êtres humains se regardent en permanence les uns les autres. Ils n'ont généralement pas assez de force intérieure pour fonder leur estime de soi sur eux-mêmes. Leur identité est trop flottante. Ils la constituent, l'étayent en se jugeant les uns les autres : celui-ci est beau, bien bâti ; celui-là ne l'est pas mais s'habille à la mode. Celui-là ne marche pas comme les autres. Il est bizarre. Celui-ci est étrange car il a des yeux de fou. Oh, qu'est-ce qu'il n'est pas comme nous ! Pour Rousseau le mal advient dans la société humaine à partir du moment où les hommes se regardent, à partir du moment où ils se comparent, où ils veulent avoir plus que le voisin. Le mal apparaîtrait avec « l'amour propre » nous dit Rousseau dans son *Discours sur l'origine* (Rousseau [1755], 1992 : 116). L'« amour propre » c'est déjà pouvoir se constituer un « propre » en se distinguant de l'autre. Le XX^e siècle retrouvera ces chemins, dans une version sociologique : Erving Goffman nous fera ainsi comprendre en 1963 dans *Stigmate* que

« le maniement du stigmaté constitue un trait général de la société, un procédé à l'œuvre partout où prévalent des normes d'identité. Il reste identique à lui-même, qu'il s'agisse d'une déviation majeure du type traditionnellement défini comme stigmatique, ou d'un écart dérisoire

dont on a honte d'avoir honte » (Goffman, [1963] 1975: 153).

Stigmatiser c'est attirer l'attention sur le défaut de l'autre afin d'en ressortir grandi par comparaison. Nous stigmatisons le voisin en faisant remarquer à notre épouse : « tu te rends compte que ce n'est jamais lui qui passe l'aspirateur ». Le couple peut ainsi se sentir renforcé au jeu du « il n'est pas comme moi », « ils ne sont pas comme nous ». De même, par rapport à un rival professionnel potentiel nous ferons remarquer qu'il n'a pas fait une école très prestigieuse ou qu'il n'était curieusement pas à la dernière réunion de direction. Mais nous pouvons aussi remarquer « qu'à l'âge qu'il a, il n'est plus très percutant » et puis « avec ses difficultés de santé c'est difficile de pouvoir compter sur lui », sans parler de celui qui a un handicap visible. Les humains ne sont pas tendres quand chacun veut défendre « son petit bout de gras ».

« La solidarité du groupe est appréciée parce qu'elle est une forme d'invulnérabilité par procuration et il n'est pas surprenant que des gens stigmatisent et persécutent si souvent les autres dans le cadre d'une solidarité de groupe » (Nussbaum : 56).

Nous avons chacun besoin de nous protéger contre l'insécurité et la discrimination est un moyen, peu glorieux certes, mais un moyen utilisé depuis bien longtemps. La stigmatisation est un procédé social *permanent*. Il reste, comme en toute chose, qu'il puisse y avoir du plus et du moins et qu'il peut y avoir des domaines où la stigmatisation est plus nocive que dans d'autres.

Après cette promenade spéléologique dans la psychologie humaine universelle, il nous faudrait faire une remontée dans les boyaux spécifiques liés aux thématiques d'aujourd'hui.

Commençons avec la question du handicap.

II - Discrimination face au handicap : l'empathie égocentrée

Ravages de l'« empathie égocentrée »

Le concept d'« empathie égocentrée » que nous avons proposé dans notre ouvrage *La philosophie face au handicap* (2013), rend compte de cette situation très fréquente où la personne dite valide, croisant une personne en situation de handicap, fait un effort immédiat pour « se mettre à sa place » (empathie) - mais cela produit bien souvent un dégoût ou un frisson d'effroi, car nous imaginons qu'il nous serait insupportable de ne pas avoir de bras, d'avoir des jambes tordues, de parler avec une élocution hachée. Notre empathie reste donc « égocentrée » - centrée sur notre manière présente de ressentir et de juger la vie et nous amène à faire un paralogisme, une erreur logique : nous imaginons la personne handicapée malheureuse et

en souffrance permanente. D'où notre difficulté à lui parler normalement. Nous « marchons sur des œufs », craignant l'impair. Sa vulnérabilité, sa capacité d'être blessée, est alors accrue par notre attitude inappropriée.

Les « compensations inopportunes » comme réponse inadaptée à une vulnérabilité réelle

Les professionnels qui travaillent dans le monde du handicap, les familles elles-mêmes, peuvent en venir à une forme de compassion qui les amène à vouloir retirer à la personne en situation de handicap un souci, un fardeau, une épreuve de la vie de tous les jours. Le raisonnement étant : « c'est déjà difficile d'être handicapé, alors on ne va pas lui ajouter ce poids supplémentaire ». Si le raisonnement peut être légitime pour certaines tâches administratives, il vire à la faute humaine quand sous prétexte d'alléger l'existence de l'autre on lui retire ce qui fait partie de la condition humaine et qui nous forge aussi dans la patience, l'effort et les échecs. C'est particulièrement vrai devant l'épreuve du deuil que certaines « âmes charitables » veulent épargner à une personne handicapée mentale ou psychique. « Elle va perturber la cérémonie », « elle ne comprendra rien ». La vulnérabilité de l'autre est prise ici comme prétexte pour lui supprimer une épreuve, certes difficile, mais qui appartient à notre condition humaine partagée. A donc lieu une « compensation » (on compense par rapport à un handicap) mais une compensation « inopportune » parce qu'elle prend place dans un domaine qui ne devrait pas donner de « passe-droit ». Nous avons ici une discrimination radicale qui nous exclut de la condition humaine.

Le handicap est un concept relatif : vers une accessibilité technique de notre société

Au sein du grand public, le handicap est souvent pensé comme synonyme de déficience. Or le handicap peut bien aussi être défini par des lieux ou des rôles et non par des infirmités. C'est une réflexion qui sera notamment développée par Patrick Fougeyrollas (le « Processus de production du handicap ») à la suite des recherches internationales de normes tenant compte de l'impact sociétal sur le handicap (notamment la CIF : Classification Internationale du Fonctionnement, du handicap et de la santé).

Nous devons penser le handicap comme produit par un rapport à un lieu physique particulier par exemple très mal conçu. Ce sont les habitations totalement inadaptées qui rappellent sans cesse aux personnes handicapées qu'elles sont différentes. Il faudra donc s'attaquer aux dispositions architecturales (impossibilités d'accès), aux problèmes de luminosité, de taille d'affichage (difficultés de visualisation) etc.. Si en effet les accès aux trottoirs, bus, collèges, lycées, mairies se font bien, la déficience peut rester la même, mais le handicap a diminué. Si j'ai des problèmes de vision mais que la mairie a fait travailler des experts de la déficience visuelle sur la luminosité des affichages, alors mon handicap diminue. De la même façon si j'ai certains problèmes

d'audition mais qu'ont été faits des traitements acoustiques adéquats dans le bâtiment municipal. Plus nos déficiences sont grandes, plus les structures spatiales et architecturales peuvent être déterminantes dans leur prévention, leur réduction ou leur aggravation.

Mais n'oublions pas l'« accessibilité relationnelle » de notre société

Il peut y avoir un défaut « français » dans la pensée de l'accessibilité. Nous considérons qu'un ensemble est accessible (par exemple à un fauteuil) dès lors qu'il n'y a besoin d'aucune intervention humaine autre que celle de l'utilisateur ou de celui qui l'accompagne, et que la technique pourvoit seule aux besoins. Cette conception est très réductrice puisque le jour où la technologie est défaillante, l'accès devient impossible. L'accès n'est donc pas qu'une affaire de largeur de portes et de locaux aux normes. C'est aussi et surtout une affaire humaine d'accueil et d'équipe (A.-L. Chabert, 2016). La technique peut en effet être développée pour éviter aux professionnels le contact avec la personne handicapée et elle les conforte dans ce « droit à ne pas avoir de contact ». Nous devons donc aussi penser le handicap comme produit par un rapport à une personne - par exemple qui ne fait aucun effort vers vous. Dans cette perspective, chacun (porteur d'une infirmité ou non) découvre qu'il peut jouer un rôle. La lutte pour une réduction du handicap est, on le voit, une lutte relationnelle. Chacun d'entre nous a un impact possible par son attitude dans l'augmentation ou la diminution du handicap de l'autre.

La lutte pour une réduction du handicap est une lutte relationnelle. Chacun d'entre nous a un impact possible par son attitude dans l'augmentation ou la diminution du handicap de l'autre.

L'accessibilité relationnelle, c'est ce qui est particulièrement nécessaire par rapport au handicap mental et psychique.

Un exemple de discrimination médicale fondée sur un préjugé psychiatrique

Il s'agit d'une patiente adressée à l'hôpital en psychiatrie par un psychiatre du CMP du secteur. Il y a aggravation de son état au fur et à mesure des journées (elle n'arrive plus à marcher seule, elle a besoin d'aide pour aller aux toilettes, pour s'alimenter. Devant cette aggravation, le psychiatre subodorant une psychose quelconque interdit les visites (prescription médicale de restriction de liberté : pas de visite, pas de téléphone, pyjama obligatoire) : pour lui permettre de mettre de la distance par rapport à ses problèmes familiaux. C'est un pouvoir qui lui a été donné à la fin de ce quinquennat anxigène amenant la loi du 5 juillet 2011 (relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et modalités de leur prise en charge). Une infirmière est dubitative :

« j'ai commencé à douter de cette consigne, et lorsqu'un de mes collègues infirmier m'a demandé de « désobéir » en permettant au fils de la patiente de lui rendre visite, je me suis rendu compte que j'étais d'accord avec lui et j'ai pu prendre parti le lendemain face au médecin » (Dalia MARTIN in « Questions éthiques en psychiatrie : la liberté face à la représentation », mémoire de DU d'éthique soignante et hospitalière, Ville-Evrard, 2015 : 2).

« En quoi l'interdiction des visites pour une patiente avec un état de santé inquiétant pour les soignants pouvait l'aider elle ou sa famille ? Je n'ai pas encore trouvé de réponse à cette question qui m'a pendant longtemps tourmenté » (9).

Car sur une période d'un mois la patiente est devenue complètement dépendante pour les gestes quotidiens. Finalement envoyée aux urgences, un nouveau diagnostic va apparaître : maladie de Creutzfeld-Jacob. Elle meurt peu de temps après. On a empêché ses proches de la voir pendant plusieurs semaines parce que le psychiatre la soupçonnait de psychose.

Nous repérons ici que le seul fait d'être adressée par un psychiatre du CMP fait son effet de stigmatisation a priori : une maladie « simplement » somatique n'était plus dans la grille de lecture. Voilà le type de risque que nous courons à enfermer les patients dans des cases nosologiques étanches. Cet exemple est celui d'une discrimination devant l'égalité d'accès aux soins médicaux. Et cet exemple parle encore plus exactement du droit à être considéré comme un patient normal indépendamment de troubles psychiques ou mentaux. Un très grand nombre de personnes handicapées en France ne reçoivent pas les soins médicaux dont bénéficie le reste de la population.

Terminons avec la discrimination à l'égard des personnes âgées.

III - Un vieux ça ne sert à rien

Je suis déjà en train d'enfreindre la loi avec ce titre puisque depuis l'arrêté du 13 mars 1985, texte consolidé au 4 juillet 1985, le terme de « vieux » est interdit d'utilisation dans tout document administratif en France. Vous me direz que je ne produis pas devant vous un texte de nature administrative – du moins je l'espère...

Dans le même arrêté qui rendait « vieux » illégal (ainsi que « vieille » et « vieillard ») était indiqué que serait obligatoirement utilisée l'expression de « *personne âgée* » avec la définition suivante : « *une personne âgée est une personne plus âgée que la moyenne des autres personnes de la population dans laquelle elle vit* »...

D'un côté l'on se veut plein de bonne volonté à vouloir interdire un terme qui serait devenu stigmatisant. De l'autre on se débat avec une définition de la vieillesse qui se veut objective mais qui frise l'absurde (la moyenne des

personnes vivant en France tournant autour de trente-huit ans). Toute la difficulté vient du fait que la « vieillesse » n'est pas une réalité objective, qu'elle dépend essentiellement des représentations collectives, quand bien même nous imaginons spontanément que le nombre d'années vécues serait une donnée indiscutable. *La vieillesse est bien une construction sociale*. Dans certaines sociétés cette représentation n'existe pas (les Cuiva de Colombie), dans d'autres, l'avancée en âge est une marque de valorisation sociale (certaines sociétés traditionnelles), dans nos sociétés occidentales elle serait souvent l'inverse.

Ce qui caractérise cependant les représentations dévalorisées de la vieillesse dans nos sociétés, c'est leur indexation à un prisme médical qui repère analytiquement les pertes de fonctionnement. L'homme ne serait ce qu'il est véritablement, que dans son action, que lorsque sa puissance peut pleinement s'exercer. A travers cette idéologie de « l'autonomie » les personnes âgées vont être marquées au fer rouge par le stigmate : « vous êtes dépendants ». Une maltraitance invisible commence avec ce discours ambiant qui est injonction permanente à l'autonomie. Les personnes âgées, elles-mêmes, étant perméables à l'idéologie de notre temps, vont dire que vieillir c'est dégradant. Dès lors, ce n'est bien souvent pas l'âge qui est la cause directe de l'accroissement des dépressions chez certains vieillards mais l'impression de ne « servir à rien ».

Il importerait donc de bien rappeler de manière kantienne que tout homme est une « fin en soi » et qu'un homme ça n'a pas à servir à quelque chose. Le vieux subira moins de discrimination quand on aura développé notre conscience que la dignité d'un homme est inaliénable, qu'il soit ou qu'il soit moins un moyen rémunéré dans la chaîne de production de biens de consommation.

Conclusion

Nous avons donc vu que la honte de notre vulnérabilité première a des effets de discrimination, que la stigmatisation est un procédé social *permanent*. Il reste, comme en toute chose, qu'il puisse y avoir du plus et du moins et qu'il peut y avoir des domaines où la stigmatisation est plus nocive que dans d'autres. La stigmatisation des personnes handicapées, des personnes âgées, de certains groupes fragilisés a un effet social dramatique. Nous pouvons donc essayer de corriger ce qui politiquement a un impact sur notre manière de vivre ensemble.

L'éthique peut se voir comme un effort individuel de chacun d'entre nous mais comme Aristote ne cesse de le montrer dans *l'Éthique à Nicomaque*, il y a bien une responsabilité collective à rendre possible une atmosphère où l'on pourra se comporter d'une manière pleinement humaine. L'éthique est toujours adossée à une politique et à des lois. Si vous voulez que se réduisent les situations de discriminations, il faut que le collectif en décide politiquement le réalise légalement et y mette le prix. Il faut des moyens financiers, humains et de formation pour qu'une

organisation ait la souplesse suffisante pour ne pas résoudre ses problèmes à travers des pratiques de discrimination. Et pour que l'individu soit aidé à cheminer avec plus de clarté, le droit va nous aider à fixer certaines bornes au sein de la vie collective. Nous attendons maintenant le droit au tournant.

Bertrand Quentin

Références bibliographiques

- CHABERT, A-L. « L'accessibilité n'est-elle qu'une question de porte large et de logo handicap ? » in *Ethique. La vie en question*, avril. 2016.
- GOFFMAN, E. [1963] *Stigmate*. Les usages sociaux des handicaps, Editions de Minuit, 1975.
- MARTIN, D. « Questions éthiques en psychiatrie : la liberté face à la représentation », mémoire de DU d'éthique soignante et hospitalière, Ville-Evrard, 2015.
- NUSSBAUM, M. [2010] *Les Émotions démocratiques*. Comment former le citoyen du XXI^e siècle ?, Paris, Flammarion, 2011.
- QUENTIN, B. *La Philosophie face au handicap*, Toulouse, érès, 2013 (rééd. 2015).
- ROUSSEAU, [1755] *Discours sur les fondements et l'origine de l'inégalité parmi les hommes* in *Écrits politiques*, Paris, LGF, 1992.
- TRONTO, J. [1993] *Un monde vulnérable*. Pour une politique du *care*, Paris, La Découverte, 2009.

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

Discrimination et assurance

Joël MONNET

Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

Equipe de recherche en droit privé, Université de Poitiers
Co directeur du master de droit des assurances de Niort
(Universités de Poitiers et de La Rochelle)

La prise en compte des données liées à la santé, à l'âge et au handicap dans le secteur de l'assurance constitue l'un des thèmes forts des études consacrées à la question des discriminations en droit des assurances déjà étudiée à d'assez nombreuses reprises¹ ; il est néanmoins toujours au cœur de l'actualité, dans un contexte qui a changé.

En droit de la santé, l'adoption récente de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, outre ses aspects largement médiatisés, contient des dispositions applicables aux situations d'assurance qui constituent des avancées importantes pour le sujet de la prise en compte des données de santé.

Par ailleurs, dans ses modalités et dans ses conséquences la question du questionnaire médical qui accompagne la souscription de certaines assurances de personnes est directement influencée par la rigueur jurisprudentielle issue de l'arrêt de la Chambre mixte du 7 février 2014² réservant

1 - J. Bigot, « Essai d'une typologie de la solidarité » *Assurance et solidarité*, Colloque A.I.D.A., 1999, *R.G.D.A.*, 2002-3, p. 802 et s ; H. Clément Salavera, La sélection des risques de santé en prévoyance individuelle, comment concilier le point de vue des assureurs et des consommateurs ? Des innovations sont-elles possibles ? Travaux de l'ENASS, B. Dubuisson « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions », *Mélanges J. Bigot*, L.G.D.J., Lextenso Editions, 2010, p. 105 et s. ; F. Ewald, A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ?, in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges Yvonne Lambert-Faivre et Denis Clair-Lambert*, Dalloz, 2002, p. 167 et s. ; J. Monnet, Assurance et discrimination, 8^{ème} journée René Savatier 2007 Poitiers ; D. Noguero, Sélection des risques, discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables », *R.G.D.A.*, 2010-3, p. 633 et s. ; M. Perier, « L'assureur et l'aversion aux risques » in *Etudes offertes à H. Groutel, Responsabilité civile et assurances*, Litec Lexis Nexis, 2006, p. 329 et s. ; M. Robineau, Sélection des risques et discriminations en droit des assurances, Cahiers du droit de la santé du sud-est, n° 11 Santé et discriminations, p. 177.

2 - Cass. Ch. mixte 7 février 2014, n° 12-85107 : D. Noguero, D. 2015, p. 1231, G. Da Costa Gomez, Pratique assurantielle des déclarations pré-imprimées, déroulement d'une saga, JCP 2014, p. 1745 ; J. Kullmann, déclaration pré-rédigée des risques, deux voies pour un arrêt, RGDA 2014, p. 196 ; H. Groutel, Déclaration du risque : modalités, Resp civ. et ass. 2014, comm. 99 ; P. Desuet, La déclaration de risque ne peut être constituée que par des réponses à des questions dont l'assureur peut apporter la preuve. Quelles conséquences en assurance construction ? R.D.I. 2014, p. 217

les sanctions de fausse déclaration intentionnelle aux seules hypothèses de question-réponse et en les écartant dans la simple circonstance de signature d'un document de déclaration de santé pré-rempli. Même si des arrêts très récents de la seconde chambre civile tendent à en limiter la portée, il s'agit là d'un principe jurisprudentiel dont il a déjà été fait application en matière d'assurances de personnes.

Outre ces éléments d'actualité, la question des relations entre les mécanismes assurantiels de sélection ou de segmentation des risques et les objectifs de mutualisation, de non discrimination, d'égalité et de solidarité est maintenant assez classique sans que l'on puisse véritablement établir une hiérarchie d'ensemble entre ces notions.

La sélection des risques est inhérente à l'opération d'assurance, elle cantonne la mutualisation aux assurés acceptés par l'assureur qui est encore considéré, dans le droit du contrat d'assurance, comme celui qui accepte le contrat qui lui est proposé par le candidat à l'assurance. Dans sa formulation légale on la trouve principalement à l'article L. 113-2 du code des assurances obligeant l'assuré à répondre aux questions posées par l'assureur lors de la conclusion du contrat et à déclarer en cours de contrat les circonstances nouvelles qui auraient pour effet d'aggraver les risques, d'en créer de nouveaux et de rendre caduques les réponses initialement faites à l'assureur. L'absence de sélection des risques ne se conçoit que dans une logique de solidarité assortie d'une obligation d'affiliation telles celles qui sont développées dans les régimes de sécurité sociale qui échappent pour ces motifs à la qualification d'entreprise d'assurance³.

Par ailleurs la loi elle-même contient des dispositions qui font dépendre le régime d'assurance applicable de certains critères tels celui de l'âge, que l'on pense par exemple au régime fiscal des primes des contrats d'assurance sur la vie selon qu'elles sont versées avant ou après 70 ans ou encore, même si l'âge ne sera pris en compte qu'à travers l'inexpérience de la conduite aux solutions applicables aux jeunes conducteurs.

La première impression est ainsi celle la liberté contractuelle de l'assureur d'assurer qui il veut et dans les conditions d'indemnisation qu'il a très généralement arrêtées lui-même, plus rarement négociées avec son assuré.

Mais l'assurance n'est pas seulement un contrat, elle est aussi dans une certaine mesure un bien dans ce sens que son utilité se révèle souvent déterminante, que ce soit

3 - CJCE 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, Rec. I-637 ; D. 1993. SC. 277, obs. X. Prétot.

dans la vie quotidienne ou à l'occasion de situations plus exceptionnelles telles qu'un emprunt bancaire si bien que son accès doit être au mieux garanti, au moins facilité.

Et c'est bien sous cet angle que le sujet des discriminations dans le secteur de l'assurance est généralement abordé.

Les éléments de santé ou d'âge ne sont pas totalement absents lorsqu'il s'agit de mesurer l'importance d'un préjudice, que l'on pense par exemple aux modalités de calcul des capitaux alloués en réparation de l'incapacité permanente partielle, ils sont rarement déterminants quant à la reconnaissance même d'un sinistre sauf dans une certaine mesure pour l'appréciation du caractère d'extériorité dans l'assurance des accidents corporels où les prédispositions d'un individu peuvent conduire à refuser une garantie. Ainsi, il est ainsi habituellement admis en jurisprudence que les lésions dues à la piqûre d'un serpent venimeux sont accidentelles car elles touchent de la même manière tous les individus alors que la piqûre d'une guêpe ne sera pas accidentelle car les lésions qu'elle provoque sont dues plus à l'allergie développée par une personne qu'aux effets de la piqure elle-même. La solution peut surprendre mais elle n'est que jurisprudentielle et imitée à une forme spécifique d'assurance habituellement désignée sous l'expression de contrats GAV (Garanties des accidents de la vie).

De même des critères d'âge sont souvent déterminants en matière d'ouverture des droits au versement des prestations dues en cas d'assurance en cas de vie ou encore pour fixer le terme d'une assurance ou faire varier le montant des primes. S'ils peuvent être à l'origine de contentieux en matière d'information ou de conseil, ils ne sont pas sources de contestation au regard des principes d'égalité et de non discrimination.

Enfin il peut arriver que la lecture des dispositions contractuelles conduise à la mise en place de solutions adaptées à la situation d'handicap d'un assuré. Le défenseur des droits a par exemple rappelé qu'un assureur qui prend l'engagement de mettre un véhicule à la disposition d'un conducteur doit prendre toutes les mesures qui permettront au conducteur handicapé de pouvoir utiliser un véhicule adapté à son handicap⁴.

Même si les articles 111-7 et 111-8 du code des assurances interdisent les discriminations autant en termes de refus d'assurance que de différence dans les prestations versées, les questions se posent toutefois davantage en termes d'accès à l'assurance plutôt qu'en termes d'indemnisation. La question qui s'évince du sujet du colloque est donc bien celle de l'accès à l'assurance, notamment au regard des critères d'état de santé.

Une enquête réalisée par la Halde en 2010 démontre que, en dehors de la situation financière du candidat à l'assurance, les aspects de santé sont la source principale de refus d'assurance.

Cette situation est-elle anormale au regard des objectifs de non discrimination, le droit des assurances est-il source de

4 - Défenseur des droits, décision MLD/2012-31

discriminations liées à des raisons de santé et d'âge ?

Il est possible de présenter les choses en relevant qu'il est assez souvent fait obligation aux assureurs de ne pas tenir compte des données (I), notamment de santé mais que dans le même temps la loi leur reconnaît aussi le droit d'y porter un intérêt (II).

I – L'indifférence imposée des données médicales

Une série de dispositions érige certaines considérations de santé en critères interdits dont l'utilisation est susceptible dans certains cas de conduire à la qualification de discrimination.

Deux cas peuvent être distingués selon que l'indifférence est liée à la nature de la relation contractuelle (A) ou aux caractéristiques des données médicales (B).

A – La nature de la relation contractuelle

A l'évidence bon nombre de situations d'assurance sont indifférentes aux questions de handicap, de santé et d'âge. Il est dans l'ordre des choses que ces critères soient parfois inefficients dans la mesure du risque.

Ainsi, les contrats d'assurance auto, notamment dans leur déclinaison en termes de responsabilité pour conduite d'un véhicule ne sont pas tarifés en fonction de l'état de santé du conducteur principal et il en va ainsi de la plupart des contrats relevant des branches IARD (Incendie Assurance Risques Divers).

Lorsque l'ordre des choses ne suffit pas, la neutralité des données médicales peut être imposée ce qui est notamment le cas dans le cadre de l'assurance emprunteur. Ainsi, selon les dispositions de la convention AERAS (s'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé) l'assurance la demande d'assurance liée à un prêt à la consommation se fait sans questionnaire médical lorsque l'emprunt porte sur une somme, éventuellement cumulée sur plusieurs opérations de 17 000 euros, que la durée de l'emprunt est inférieure à 4 années et que l'emprunteur n'est pas âgé de plus de 50 ans⁵.

C'est aussi le cas dans une règle générale qui fait échapper le titulaire d'un contrat d'assurance sur la vie à l'obligation de déclarer les aggravations de risque qui surviennent en cours de contrat et dont il ignorait l'existence au moment de la souscription⁶. La solution n'est pas explicitement énoncée à propos des contrats d'assurance contre la maladie et l'on peut imaginer que l'obligation de déclaration d'un risque nouveau pèse toujours sur l'assuré⁷. Toutefois

5 - Voir site internet convention AERAS, points clé, crédit à la consommation

6 - C. Ass. art. L. 113-2 dernier alinéa

7 - Les juges l'ont admis dans le cadre d'une assurance emprunteur à propos d'une absence de déclaration d'une séroposivité constatée ultérieurement à la souscription mais avant la mise en œuvre du contrat, Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2004, n° 02-20532 Resp. civ. et ass. 2004 comm. 117 obs. H. Groutel

contrairement aux solutions admises à propos des autres situations d'assurance, il n'en résultera aucune modification du contrat, l'article L. 113-4 du code des assurances n'étant pas applicable à l'assurance vie et à l'assurance contre les maladies en cas d'évolution de l'état de santé de l'assuré⁸

Mais l'indifférence peut aussi être imposée en raison du statut de l'entreprise d'assurance. Ainsi l'article L. 112-1 du code de la mutualité interdit aux mutuelles de recourir au questionnaire médical⁹ pour les assurances individuelles et collectives à adhésion facultative relatives au remboursement ou à l'indemnisation des faits occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident.

Il s'agit là d'un engagement fort dont les entreprises d'assurance relevant du code des assurances ont bien conscience comme le démontre l'engagement pris par la FFSA le 26 novembre 2013 de pratiquer de la même manière pour les contrats proposés aux entreprises concernées par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Cet engagement prévoit que l'accès des salariés à la couverture rendue obligatoire au niveau de la branche se fera sans effectuer de sélection reposant sur l'état de santé tant pour les garanties santé que de prévoyance prévues par l'accord de branche.

L'indifférence des données médicales peut aussi être une condition d'application d'un régime social et fiscal approprié. Ainsi l'article R. 242-1-1 du code de la Sécurité sociale dispose que pour le bénéfice de l'exclusion de l'assiette des cotisations en matière de retraite et de prévoyance, qu'elles soient prévues par un ou par plusieurs dispositifs mis en place conformément aux procédures mentionnées à l'article L. 911-1, doivent couvrir l'ensemble des salariés¹⁰.

De même jusqu'à la loi 2015-1785 du 29 décembre 2015, l'article 1001 2 bis du code général des impôts¹¹ réservait l'application d'un taux de 7 % en matière de taxe sur les conventions d'assurance aux contrats d'assurance maladie relatifs à des opérations individuelles ou collectives à adhésion facultative à la condition, notamment, que les primes ne soient pas fixées en fonction de l'état de santé de l'assuré.

8 - C. Ass. art. L. 113-4 dernier alinéa

9 - Code de la mutualité, Article L112-1 Modifié par La loi n° 2014-57 du 27 janvier 2014

10 - Article R242-1-1 modifié par DÉCRET n°2014-786 du 8 juillet 2014 - art. 1

11 - 2° bis à 7 % pour les contrats d'assurance maladie relatifs à des opérations individuelles et collectives à adhésion facultative à la condition que l'organisme ne recueille pas d'informations médicales auprès de l'assuré au titre de ce contrat ou des personnes souhaitant bénéficier de cette couverture, que les cotisations ou les primes ne soient pas fixées en fonction de l'état de santé de l'assuré et que ces garanties respectent les conditions mentionnées à l'article L. 871-1 du code de la sécurité sociale, ainsi que pour les contrats d'assurance maladie relatifs à des opérations collectives à adhésion obligatoire à la condition que les cotisations ou les primes ne soient pas fixées en fonction de l'état de santé de l'assuré et que ces garanties respectent les conditions mentionnées au même article L. 871-1 ;

B – En fonction de la nature des données médicales

Plusieurs mesures vont dans le sens de la neutralité des données médicales dans l'opération d'assurance.

Ainsi de nouvelles interdictions de discrimination ont été inscrites à l'article 111-8 du code des assurances par la loi du 7 juin 2011 relative à la bioéthique qui interdit dorénavant aux assureurs de tenir d'un don d'organes par refuser une assurance ou établir des différences en termes de primes ou de prestations. La loi du 26 janvier 2016 a ajouté les cas de dons de cellules ou de gamètes.

De même il convient de mentionner une disposition de la loi du 26 janvier 2016 que l'on trouve dans la partie de la loi relative à l'accès aux données en matière de santé¹² et en vertu de laquelle la politique dite d'open data ne doit pas être utilisée par les assureurs pour fonder des exclusions ou justifier des modifications de primes d'assurance (code de la santé publique L. 1561-1 V 2°).

Mais au-delà de ces précisions la question de la nature des données médicales doit principalement être envisagée sous deux aspects, celui de l'interdiction des tests génétiques d'une part et celui du droit à l'oubli prévu aujourd'hui pour certaines pathologies d'autre part.

A propos des tests génétiques le principe est celui de l'interdiction formulée à l'article 1141-1 du code de la santé publique¹³ issu, tout comme l'article 16-13 du code civil qui contient la même interdiction, de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 contribuant à la création d'un « no man's land génétique »¹⁴ qui concerne autant les contrats individuels que collectifs¹⁵ et qui est réaffirmé dans le Code des assurances (C. ass., art. L. 133-1), dans le Code de la sécurité sociale (CSS, art. L. 932-29) et dans le Code de la mutualité (C. mut., art. L. 112-4). La solution est aussi exprimée à l'article 225-3 du code pénal qui s'il autorise la prise en compte de données de santé dans le cadre de certaines assurances¹⁶ dispose que

12 - A. Laude, De quelques problématiques relatives à l'ouverture des bases de données en santé, *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2014, n° 3, p. 30.

13 - Modifié par Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 98 JORF 5 mars 2002

Les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci.

L'infraction à ces dispositions expose son auteur à des sanctions pénales : un an d'emprisonnement et 20 000 euros d'amende (art. 226-25 code pénal issu d'une loi 2004-800 du 6 août 2004).

14 - E. Linglin, *Corps humain et assurance*, Thèse Paris II 2014, n° 159, p. 137

15 - En ce sens, P. Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008, n° 2049, p. 1303

16 - Voir seconde partie de l'étude

les discriminations restent punies lorsque se fondent sur la prise en compte de tests prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie.

La règle selon laquelle « l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales et de recherche scientifique » était déjà contenue dans la loi bioéthique du 29 juillet 1994. De même la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création de la CMU interdit de tenir compte des caractéristiques génétiques d'une personne qui demande à bénéficier d'un régime de protection complémentaire en matière de santé.

Ce principe a été aussi exprimé dans le cadre de plusieurs engagements internationaux¹⁷. Dès 1989 une résolution du Parlement européen concluait à l'indifférence des données génétique en matière d'assurance¹⁸. La convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et de la biomédecine signée à Oviedo le 4 avril 1997 en son article 11 énonce que « toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite. La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO énonce en son article 6 que « nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques... ». De même la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée à Nice le 7 décembre 2000 interdit toute discrimination fondée sur plusieurs critères dont les caractéristiques génétiques. Il est possible de citer enfin, la résolution 2004/9 sur la confidentialité des données génétiques du conseil économique et social des Nations Unies du 21 juillet 2004 (point 3). Tout dernièrement, une recommandation du Conseil de l'Europe du 26 octobre 2016 appelle les États membres à interdire les tests génétiques à des fins d'assurance - et à mieux protéger les données relatives à la santé ou au patrimoine génétique traitées par les compagnies d'assurance¹⁹.

Les organisations professionnelles du secteur de l'assurance avaient elles-mêmes pris les résolutions nécessaires sans attendre ce front législatif. Ainsi dès 1994 elles se sont engagées dans un moratoire renouvelé en 1999 pour un délai de 5 ans²⁰, à ne pas tenir compte des résultats de l'étude génétique des caractéristiques d'un candidat à l'assurance, à ne poser aucune question relative à des tests génétiques et à ne pas demander au candidat à l'assurance de se soumettre à de tests génétiques, ni de leur fournir les résultats de tests préexistants.

Il s'agit donc là d'une position forte du droit français des assurances dans la mesure où l'interdiction des tests

génétiques accroît l'asymétrie d'information et donc le risque d'anti sélection dans le cas où une personne qui connaît un test l'exposant à une maladie grave et qui souscrit une assurance décès sans informer l'assureur ou, inversement personne connaissant un test très favorable souscrit un contrat en cas de vie.

Cette description de l'état du droit positif n'épuise pourtant pas totalement la question, outre qu'il est toujours possible de se demander dans quelle mesure les tests génétiques et notamment les tests prédictifs peuvent constituer une donnée fiable pour la mesure des risques de santé d'un individu²¹, le sujet trouve encore un écho dans une double direction.

D'abord, l'interdiction des tests génétiques n'interdit pas à l'assureur de tenir compte de données qui pourraient ressortir des réponses données à un questionnaire médical, ne serait-ce par exemple que par référence à une hospitalisation, à des soins donnés en raison de tel ou tel symptôme ou encore aux antécédents familiaux. Par ailleurs, l'accroissement considérable des données disponibles sur la personne humaine par les différents intervenants du secteur du numérique peut faire courir le risque d'une prise en compte indirecte de données génétiques par le rapprochement d'informations d'un autre ordre.

Cela explique justifie sans doute que la question ne soit pas abordée de la même manière dans toutes les législations²².

En ce qui concerne le droit à l'oubli, le sujet était en discussion depuis d'assez nombreuses années et constituait l'une des revendications régulières des associations défendant les droits des personnes atteintes de maladie et notamment de pathologies cancéreuses.

Le droit à l'oubli s'est d'abord concrétisé par un protocole d'accord signé le 24 mars 2015 dans le cadre du plan cancer et qui a servi de base à une révision de la convention AERAS (S'assurer, emprunter avec un risque aggravé de santé) selon laquelle les assureurs se sont engagés à ne plus poser de questions lorsque s'est écoulé un temps de 5 années après la fin des protocoles thérapeutiques mis en place pour des cancers ayant atteint des personnes de moins de 15 ans

21 - M. A. Hermitte, L'utilisation des tests génétiques par les assureurs, Médecine/science 2000, 16 : 1232-5 ; « Notions fondamentales de génétique à l'attention des underwriters en matière d'assurance vie » SCOR 2013 Global Life.

22 - Des pays connaissent une législation identique à celle de la France, c'est le cas de la Belgique, du Danemark et de l'Irlande. Dans d'autres pays les tests sont autorisés mais avec consentement et seulement au-delà d'un seuil de prise en charge : Pays Bas, Suède, Allemagne pour assurance vie avec capital supérieur à 300 000 euros ou 30 000 euros rente annuelle. Royaume uni : seuil de 500 000 livres sterling et test doit être approuvé par le Gouvernement. Aux États-Unis, la loi GINA (Genetic Information Nondiscrimination Act) interdit la discrimination fondée sur des informations obtenues de tests génétiques en matière d'assurance maladie, mais cela ne concerne pas l'assurance-vie, l'assurance invalidité ni l'assurance dépendance. Au Québec les tests sont autorisés mais encadrés, voir le lien : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/805740/test-genetique-assurances-projet-de-loi-discrimination> et <http://www.ledevoir.com/politique/canada/484753/hbuzzetti-discrimination-genetique>

17 - C. Ruet, l'information relative aux caractéristiques génétiques, in P. Blochet V. Depadt-Sebag (dir) in L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 103 - 132 spéc. P. 129

18 - Résolution du Parlement européen du 16 mars 1989, Problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique et de la fécondation humaine artificielle

19 - Communiqué de presse DC168(2016)

20 - D. 2001, somm. P. 1429

et dans tous les autres cas après un temps de 15 années. Les personnes se trouvant dans ces situations devront être assurées au tarif normal, sans surprime. De manière plus spéciale il était prévu qu'une grille de référence mise en place par la commission des études et des recherches de la convention AERAS définissent les types de cancer concernés et le délai à prendre en compte depuis la fin du traitement.

La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 relative à la modernisation du système de santé, art. 190²³ s'est saisie de la question du droit à l'oubli ce qui a eu pour conséquence d'une part de réduire le délai mentionné ci-dessus de 15 à 10 années et de faire passer l'âge des cancers dits pédiatriques de 14 à 18 ans. Ainsi, le droit à l'oubli a donc non seulement reçu une consécration légale avec la loi du 26 janvier 2016 modifiant les dispositions du code de la santé publique auxquelles renvoie l'article L. 133-1 du code des assurances mais il s'est aussi consolidé dans ses modalités en limitant encore davantage le domaine possible pour le questionnement de l'assureur et en étendant la solution, à la suite des débats parlementaires, à d'autres types de pathologies.

Cette solution légale se trouve aujourd'hui complétée par les premiers résultats de la grille de référence prévue par la convention AERAS qui réduit encore le délai à partir duquel il ne sera plus possible aux assureurs de solliciter des informations médicales en tenant compte de la nature de certaines pathologies. A ce jour une grille de référence a été adoptée le 4 février 2016 qui concerne 6 maladies et qui prévoit des délais de droit à l'oubli allant de 1 an (48 semaines pour les pathologies d'hépatite virale C) à 10 ans et précise par ailleurs ce qu'il faut entendre par fin du protocole thérapeutique : fin du traitement actif, absence de rechute, date à laquelle aucun traitement n'est nécessaire hormis possibilité d'une thérapeutique persistante de type hormonothérapie ou immunothérapie.

Par ailleurs les assureurs ne pourront plus désormais pour une même pathologie, cumuler les limites d'exclusion de garantie et de régime de surprimes. Bien qu'inscrite à l'art. L. 1141-16 du code de la santé publique, la règle est naturellement destinée à compléter le régime juridique déjà conséquent des clauses d'exclusion.

II – L'intérêt reconnu des données de santé,

Il faut redire ici ce qui a déjà été indiqué à de multiples reprises tant la solution est importante, la loi pénale qui interdit et sanctionne les discriminations comporte une exception qui permet aux assureurs dans le cadre des garanties touchant

à la personne de l'assuré de tenir compte des données relatives à l'état de santé du candidat à l'assurance.

Ainsi les comportements interdits visés à l'article 225-2 du code pénal tels que refus d'assurance pour l'un des motifs de discrimination énoncés à l'article précédent, 225-11 ou encore sa prise en compte pour conditionner une prestation d'assurance, échappent aux sanctions de discriminations lorsque les données de santé sont utilisées dans le cadre des assurances dites de personnes concernant les risques décès, atteinte à l'intégrité physique, incapacité de travail et invalidité²⁴.

Certes si l'article 225-3 prend soin de rappeler l'interdiction de prise en compte des tests génétiques et des prélèvements d'organes, il n'en constitue pas moins une solution régulièrement mise en débat car elle autorise tout simplement un assureur à refuser une assurance ou à en conditionner la mise en place à des conditions de cotisations ou d'exclusion particulières. Même si la prise en compte des données relatives à l'état de santé dans le cadre des assurances de personnes est bien légalement toujours présentée comme une discrimination, l'article 125-3 du code pénal a pour conséquence qu'elle ne sera pas sanctionnée.

La sélection des risques est donc possible qu'elle soit individuelle ou collective et il appartient aux organes compétents, notamment aux services du défenseur des droits, de veiller à ce qu'elle ne se transforme pas en une discrimination sanctionnée.

Il est utile de donner quelques éléments d'appréciation pour chacune de ces situations de sélection individuelle ou collective.

A – La sélection individuelle des risques en matière de santé

Lorsqu'il s'agit de veiller à la bonne application de l'article 225-3 du code pénal deux tendances peuvent être relevées.

D'un côté il est assez naturel qu'il soit rappelé que la loi doit être respectée et qu'en soi un refus ou une obligation de surprime n'est pas une discrimination interdite susceptible de sanction. Ainsi le fait de proposer des tarifs d'assurance différenciés en fonction de l'état de santé ne constituerait pas un comportement qui pourrait être sanctionné²⁵ sous réserve que le prix ne soit pas totalement disproportionné²⁶.

Dans le domaine particulier de l'assurance emprunteur, c'est même l'objectif de la convention AERAS, outre les solutions évoquées ci-dessus à propos des assurances souscrites dans

23 - L. Morlet-Haidara, L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé, RDSS 2016, p. 658, M. Desolneux, La création d'un nouveau droit à l'oubli pour les malades, Rev. Lamy dr. civil 2016, n° 135 p. 41 ; S. Chamouard-El-Bakkali, Un droit à l'oubli pour les personnes ayant subi une pathologie cancéreuse, Rev. Lamy dr. civ. 2016, n° 135 p. 25 ; L. Bloch « Loi Touraine : quelles nouveautés dans le domaine de la responsabilité et des assurances ? (L. n° 2016-41, 26 janv. 2016) Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2016, alerte 7 ; s. la dir. de G. Fauré, Chronique de droit des patients, Petites affiches 26 fév. 2016

24 - La solution résulte de la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, art. 4, et était inscrite initialement à l'article 416 du code pénal. La dernière mouture de l'article 125-3 est issue de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014.

25 - Sur des circonstances voisines Cass. crim. 8 juin 1993, n° 92-82479 et délibération de la Halde du 3 sept. 2007, dél. n° 2007-194

26 - Sur des circonstances voisines, Cass. crim., 25 nov. 1997, n° 96-85670

le cadre des contrats de consommation, d'aménager l'étude du dossier médical du candidat à l'assurance en situation de risque aggravé de santé tout et d'en limiter éventuellement les effets par des solutions de limitation des surprimes. Même si elle constitue une avancée importante qui permet à de nombreuses personnes de répondre aux conditions d'octroi d'un crédit immobilier, la convention AERAS repose néanmoins dans son principe même sur la persistance d'une sélection des risques présentés par les personnes atteintes de maladies.

D'un autre côté, il est tout aussi normal que l'article 225-3 fasse l'objet d'une interprétation stricte qui appelle plusieurs observations à propos de la prise en compte des critères d'âge et de handicap.

Pour l'essentiel il semble important de relever que la notion d'état de santé ne doit pas être interprétée trop largement ce qui implique notamment de ne pas y ranger des considérations touchant à l'âge d'un candidat à l'assurance ou à sa seule situation de bénéficiaire de l'allocation aux adultes handicapés²⁷ ou de titulaire d'une assurance chômage dont la cessation était prévue à partir de l'âge de 55 ans²⁸.

En lui-même le critère de l'âge est mentionné, aux côtés de celui de l'état de santé, à l'article 225-1 du code pénal, il ne l'est pas à l'article 225-3 il n'y a donc aucune raison, aucun motif d'interprétation qui permettrait d'écarter le grief de discrimination en cas de refus d'assurance exclusivement fondé sur des conditions d'âge. A ce jour une décision est régulièrement citée en exemple sans qu'elle ait été confirmée ultérieurement, il s'agit d'un arrêt de la cour d'appel de Nîmes²⁹ par lequel un assureur a été reconnu coupable de l'infraction de refus de fourniture de services en raison de l'âge, la Cour énonçant notamment que la sélection des risques par l'assureur, autorisée dans son principe, a pour limite la prohibition résultant des articles 225-1 et s. du code pénal.

La prise en compte du critère de l'âge n'a toutefois pas été vue comme une discrimination interdite lorsqu'elle intervient dans le cadre des assurances de personnes pour lesquelles le critère de l'âge constitue un élément fort d'appréciation du risque dès lors qu'elle est objectivement justifiée par des éléments actuariels et statistiques. Par une décision du 16 novembre 2012³⁰, le Défenseur des droits s'est prononcé en faveur de la mise en place d'un partenariat entre assureurs et autres parties sur les enjeux liés à la fixation de limites d'âge dans l'accès aux assurances de personnes.

Ce qui vaut pour l'âge vaut aussi pour le handicap qui selon la Halde ne doit pas être confondu avec l'état de santé. Le refus d'assurance fondé sur la prise en compte du seul handicap

ne saurait être justifié s'il ne s'accompagne pas d'une prise en compte de risques déterminés liés à la santé du candidat à l'assurance. Il s'agit là d'une position importante³¹ rappelée dans une délibération ultérieure³².

On indiquera enfin que la Commission européenne a déposé le 2 juillet 2008 une proposition de directive relative aux discriminations fondées sur l'âge et sur le handicap la religion et les convictions et orientations sexuelles, qui contenait des solutions propres à l'assurance. Malgré un vote favorable du Parlement européen le 2 avril 2009, la proposition n'a pas à ce jour été adoptée par le conseil européen.

B- La sélection des risques en matière de prévoyance collective

Il convient ici d'examiner une situation tout à fait particulière, présentée généralement comme l'archétype de l'anti sélection et de l'interdiction de discrimination qui dans son application pourtant a conduit à des conséquences qui viennent d'être sanctionnées par le Défenseur des droits.

En matière de souscription des contrats collectifs de prévoyance complémentaire la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989³³ prévoit en son article 2 que lorsque les salariés sont garantis par un contrat collectif à adhésion obligatoire contre les risques de décès, d'atteinte à l'intégrité physique, d'incapacité de travail ou d'invalidité, l'assureur devra prendre en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration. La règle est un peu différente en cas de contrats à adhésion facultative (art. 3 de la loi).

L'assimilation postérieure de l'état pathologique à la maladie par la Cour de cassation³⁴ a contribué à élargir la portée de la solution. L'assureur ne pouvant alors pratiquer une sélection individuelle des risques est contraint soit d'assurer l'ensemble du groupe, soit de refuser sa garantie à l'ensemble du groupe³⁵. C'est la raison pour laquelle il est possible de parler de sélection collective des risques, approche qui est renforcée par la possibilité qui est laissée par la loi à l'assureur de faire valoir d'éventuelles fausses déclarations qui ne lui auraient pas permis d'apprécier correctement l'ensemble des risques à couvrir.

Par l'effet des longues hésitations et oppositions qui ont animé la controverse sur la pratique des clauses de désignation finalement écartées par le conseil constitutionnel³⁶ malgré de fortes résistances, il est désormais possible à l'assureur

31 - Délibération n° 2007-234 du 1^{er} octobre 2007

32 - Délibération n° 2010-266 du 31 décembre 2010

33 - Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi EVIN ou « Loi Prévoyance », relative à la prévoyance complémentaire.

34 - V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2001, pourvoi n° 98-12478, R.G.D.A., 2001-2, p. 373, note L. FONLLADOSA; Cass. civ. 2^e, 3 février 2011, pourvoi n° 10-30588,

35 - E. Linglin, thèse précitée, n° 3421, p. 283 ; Ph. Pierre, Traité du contrat d'assurance terrestre, Litec, 2008, n° 2049, p. 1300.

36 - Conseil constitutionnel, déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013

27 - Décision du défenseur des droits, MLD/2013-117

28 - Délibération de la Halde n° 2010-196 du 27 sept. 2010 : la cessation de l'assurance à partir d'un certain âge ne pourrait être admise que si l'assureur était en mesure de démontrer que le dépassement d'un âge déterminé fait perdre au contrat d'assurance son caractère aléatoire.

29 - CA Nîmes 6 novembre 2008, 02 - 100901

30 - Décision MLD 2012/150

qui a en charge les garanties accordées aux salariés d'une entreprise de mettre un terme à son assurance en procédant à la résiliation annuelle des contrats. Ainsi l'assureur qui ne serait pas lié d'une manière ou d'une autre à l'égard d'une branche professionnelle peut en quelque sorte pratiquer une sélection collective au terme de chaque année de son contrat ce qui est une manière pour lui de prendre en compte des données liées à la santé des salariés concernés.

C'est dans ce cadre qu'un assureur avait pris le parti de ne pas renouveler le contrat accordé aux personnels d'une entreprise qui venait de procéder à l'embauche d'une personne handicapée. L'entrepreneur craignant de ne pas trouver un nouvel assureur avait alors préféré se séparer de son employé de manière à conserver des conditions identiques d'assurance ce dont le dossier laisse imaginer. Saisi de cette situation le Défenseur des droits a décidé de recommander à la Ministre du travail, à la Ministre de la santé et au Ministre de l'économie de mettre en place un dispositif de suivi de l'accès des entreprises aux couvertures de prévoyance collective obligatoire³⁷.

Joël Monnet

.....
37 - Décision du défenseur des droits, MLD-2015-283

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

Le numérique comme outil de lutte contre les discriminations

Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences, HDR à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Le mouvement transhumaniste prône l'usage des sciences et des techniques afin d'améliorer les caractéristiques physiques et mentales des êtres humains. L'homme avec un grand H serait donc un homme augmenté par les nouvelles technologies.

Cette mutation est évidemment susceptible de concerner l'homme diminué par le handicap, des problèmes de santé ou par l'âge. Il est en effet susceptible d'être confronté à certaines discriminations contre lesquelles les nouvelles technologies sont en mesure de l'aider à lutter.

La première partie de cet article sera l'occasion de présenter les différents outils numériques dont les domaines d'intervention sont très variés. Dans la seconde partie, l'accent sera mis sur le fait que l'effectivité de ces moyens de lutte contre les discriminations suppose que chacun ait un véritable accès à cette chance numérique.

I. Les différents domaines d'intervention des outils numériques de lutte contre les discriminations

Bien souvent discriminées, par ce que confrontées à des difficultés de déplacement ou d'accès aux opportunités offertes aux valides, le numérique offre de nombreuses réponses aux personnes souffrant de handicap. Sept champs d'action seront successivement envisagés.

1) Le numérique, outil d'intégration sociale

Le numérique constitue évidemment un formidable outil de communication pour les personnes aveugles grâce aux logiciels de transcription en braille qui permettent l'envoi de mail ou encore de SMS par le biais d'applications mobiles telle Braille touch qui utilise six touches de l'écran pour saisir soixante trois caractères.

Le numérique est également une opportunité pour les personnes sourdes, malentendantes ou dysphasiques confrontées à des difficultés d'accès à la communication

téléphonique. Elles peuvent en effet utiliser les appels en visio sur les téléphones portables ou l'outil skype afin de communiquer à distance par langage des signes.

Une expérimentation gouvernementale a par ailleurs permis la création d'un centre relais téléphonique offrant des heures de communication traduites en langue française des signes, en langage parlé complété (qui complète la lecture labiale) ou encore en retranscription textuelle. On peut également citer l'initiative d'Aditus qui, à Paris, a ouvert le premier relais téléphonique public. Mesdames Corinne Erhel et Laure de la Raudière ont rendu en juillet 2014 un rapport à Manuel Valls sur cette expérimentation¹.

Ces dispositifs ont directement inspiré la loi pour une république numérique, dite aussi loi Lemaire, adoptée le 7 octobre 2016².

L'article 105 de ce texte permet en effet un enrichissement de l'article 78 de la loi du 11 février 2005³ en prévoyant que « Les services d'accueil téléphonique destinés à recevoir les appels des usagers sont accessibles aux personnes sourdes, malentendantes, sourdaveugles et aphasiques par la mise à disposition d'un service de traduction simultanée écrite et visuelle... sans surcoût pour les utilisateurs finals et à la charge des services publics concernés ».

Ces services d'accueil téléphonique seront accessibles directement ou, à défaut, par l'intermédiaire d'une plateforme en ligne dédiée délivrant le service de traduction simultanée écrite et visuelle. L'accessibilité sera assurée personnellement par le service public ou confiée, sous sa responsabilité, à un opérateur spécialisé.

Le texte prend le soin de préciser que ces services devront respecter la confidentialité des échanges.

Ce service n'est pas immédiatement effectif, la loi Lemaire ayant prévu qu'il devra être mis en œuvre à une date prévue par le décret d'application du texte et, au plus tard, 5 ans après la promulgation de la loi.

Cette obligation d'accessibilité concerne également les acteurs privés. La loi nouvelle a en créé l'article L. 112-8 du code de la consommation disposant que « Les entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à un seuil défini par décret rendent le numéro de téléphone, destiné à recueillir l'appel d'un consommateur en vue d'obtenir la bonne exécution d'un contrat conclu avec un professionnel ou le

1 - [Rapport d'information n° 1936](#), Assemblée nationale

2 - [Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique](#)

3 - [Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées](#)

traitement d'une réclamation, accessible aux personnes sourdes, malentendantes, sourdaveugles et aphasiques par la mise à disposition d'un service de traduction simultanée écrite et visuelle ». Là encore, ce service d'accessibilité peut être assuré directement par l'entreprise ou confié, sous sa responsabilité, à un opérateur spécialisé. Le législateur a prévu l'application de ces exigences au plus tard dans les deux ans de la promulgation de la loi.

On regrette cependant qu'aucune sanction n'ait été prévue en cas de non-respect de ces nouvelles obligations, une chance ayant ici été perdue de données plus d'effectivité à ces dispositions.

Les outils numériques peuvent également favoriser l'intégration sociale en facilitant les déplacements grâce à différentes applications. Par exemple, « J'accède mobile » qui propose un guide géolocalisé des lieux accessibles en France et en Europe, « Guide en ville » qui offre un accompagnement à la personne lors de ses déplacements urbains, « Blindsquare » qui géolocalise l'utilisateur et lui donne par synthèse vocale des informations sur l'environnement qui l'entoure, ou encore l'application « Dis-moi » qui permet de s'exprimer à l'aide de plus de 240 photos.

Le numérique favorise enfin l'intégration sociale en facilitant les démarches administratives grâce aux services en ligne ou encore aux achats en ligne.

2) Le numérique, moyen de lutte contre la discrimination dans l'accès au savoir et à la formation

La loi de février 2005 prévoit la scolarisation des enfants handicapés en milieu ordinaire et leur reconnaît un droit à l'accompagnement permettant ainsi l'accueil de 260 000 enfants par an. Si ce chiffre apparaît faible, il a cependant doublé en huit ans et augmente de 10 % par an⁴.

Le développement du numérique n'est pas étranger à cette bonne progression. Il permet en effet d'alléger l'investissement cognitif de l'enfant qui doit fournir le même effort intellectuel que les autres mais avec, en plus, un travail d'adaptation à son handicap.

De nombreuses ressources, dites adaptées, existent et sont recensées sur le site eduscol.education.fr. Ce portail national des professionnels de l'éducation propose d'ailleurs un dossier spécial « sur numérique et handicap »⁵.

Différents dispositifs numériques peuvent également être utilisés. En tout premier lieu, les manuels scolaires numériques ou les ordinateurs et les tablettes qui permettent de compenser un handicap visuel ou d'écriture.

4 - Numérique et accès aux savoirs pour tous, interview de Patrice Renaud, chargé de mission handicap et numérique au sein de la direction du numérique pour l'éducation. Postcast disponible sur le site eduscol.education.fr.

5 - <http://eduscol.education.fr/pid25656/numerique-et-handicap.html>

Les tablettes sont spécialement profitables aux enfants dyslexiques car en affichant moins de mots sur une ligne elles leur permettent de mieux se concentrer sur chacun. Des outils plus sophistiqués existent : le paperboard numérique qui enregistre les écrits du professeur sur le tableau et les retransmet instantanément sur l'ordinateur de l'apprenant, les tableaux blancs numériques ou vidéos projecteurs interactifs qui, à l'inverse, permettent à l'enfant décrire au tableau sans se déplacer, ou encore les visualisateurs. L'interaction peut même se faire à distance pour un enfant contraint à rester chez lui du fait de son handicap. Pour les personnes sourdes ou malentendantes il existe aussi des kits qui offrent la possibilité de participer aux cours sans interprète en proposant une transcription instantanée de la parole, ou via une webcam, une visio-interprétation en langue des signes.

Si l'acquisition de ces matériels est évidemment fort utile à l'enfant souffrant de handicap, elle est également susceptible de profiter à l'ensemble de la classe en rendant l'enseignement plus ludique et plus interactif.

Le numérique facilite également l'accès au savoir, à tout âge, grâce aux enseignements à distance qui, par le biais de MOOC⁶ ou de SPOC⁷, répondent à des besoins spécifiques de formation.

3) Le numérique, un moyen d'accès à la culture

Le site « Websourd » propose par exemple un accès à l'information mondiale en langue des signes.

La fonction « replay » évite par ailleurs aux personnes souffrant de handicaps auditifs de s'astreindre aux horaires de diffusion des journaux accessibles aux sourds et malentendants (souvent très tôt le matin ou tard le soir) en permettant de les visionner à tout moment.

Se développe également les bibliothèques numériques, telle la Bibliothèque numérique pour le Handicap (BnH) qui est une plateforme nationale multimédia de prêt de livres numériques et audio accessibles à toutes les personnes en situation de handicap.

Enfin, de plus en plus de lieux d'exposition proposent des visites virtuelles.

4) Le numérique, outil de lutte contre les discriminations liées à l'accès aux soins

On pense évidemment ici aux technologies permettant le développement de la télémédecine. Ces nouveaux outils de prise en charge médicale à distance constituent en effet un appréciable moyen de lutte dans la discrimination résultant des déserts médicaux. Grâce à l'usage d'objets connectés, comme un tensiomètre ou des dispositifs permettant de

6 - Massive Open Online Courses. Il s'agit d'enseignements massifs en ligne et d'accès gratuit.

7 - Small Private Online Courses. Les enseignements sont ici payants et donc réservés à un petit nombre d'apprenants.

relever la glycémie, les personnes à mobilité réduite et atteintes de pathologies chroniques éviteront de fatigants et multiples déplacements chez leur médecin. Ces technologies sont également de nature à réduire les coûts de prise en charge.

Les applications de traduction sur mobile peuvent également pallier l'absence de médiation sanitaire et ainsi lutter contre les discriminations dans l'accès au soins.

La loi de modernisation de notre système de santé⁸, dite aussi loi Touraine, promulguée le 26 janvier 2016, a par ailleurs créé un « un Service Public d'Information en Santé » (SPIS) qui ambitionne de devenir une sorte de GSP santé offrant à chacun une information sur l'offre sanitaire, médico-sociale et sociale, le but étant donc de favoriser l'accès aux soins.

Ce service public prendra la forme d'une plate-forme multimédia et pourrait être accessible par la téléphonie mobile, ce qui permettra d'y associer un service de géolocalisation.

L'article L.1111-1-1 du code de la santé publique prévoit spécialement que « les informations diffusées sont adaptées et accessibles aux personnes handicapées ».

Initialement reportée à l'adoption d'un décret d'application, la mise en œuvre de ce service est finalement d'application immédiate. Cette précipitation s'avère regrettable car si l'idée est séduisante ce SPIS reste néanmoins en l'état une coquille vide. Sans ordonnancement de l'existant, on peut par ailleurs craindre une concurrence des différents acteurs et, en l'absence de réelle impulsion, le SPIS risque de se limiter au site Ameli.fr.

5) Le numérique, outil de lutte contre les discriminations dans l'exercice des droits citoyens

Il est ici question du vote électronique qui peut être réalisé sous deux formes : des machines à voter installées dans les isolements ou la possibilité de votes en ligne ou à distance.

Les machines à voter sont déjà prévues par le Code électoral, l'article L. 57-1 précisant que ces machines « doivent permettre aux électeurs handicapés de voter de façon autonome, quel que soit leur handicap ». Malheureusement trop peu sont installées. En 2012, seulement soixante-quatre communes ont utilisé des machines à voter, réunissant 1,5 million d'électeurs, ce qui ne représente que 3, 33 % des 45 millions de personnes inscrites sur les listes.

S'agissant du vote électronique à distance, il n'est accepté que pour l'élection des députés élus par les Français établis hors de France et celle des conseillers consulaires. Il est par ailleurs très utilisé pour les élections professionnelles. Ce vote à distance a également été proposé dans le cadre des primaires des partis de droite et de gauche.

On regrette que ces modalités modernes de vote ne soient

8 - [Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé](#)

pas plus développées car, en l'état actuel des choses, est privilégié le vote par procuration alors qu'il ne garantit pas un vote autonome ni un parfait respect de la volonté électorale.

Deux rapports, qui ne vont d'ailleurs pas dans le même sens, sont spécialement consacrés à cette question. L'un, très favorable, de Dominique Orliac et Jacqueline Gourault remis en juillet 2014⁹. L'autre, plus réservé, de Alain Anziani et Antoine Lefèvre¹⁰.

6) Recours au numérique et personnes âgées

Il n'est pas tant question ici de lutte contre la discrimination mais plus largement de l'utilisation des outils numériques comme moyen de facilitation de la vie des personnes âgées.

Les nouveaux procédés de télémédecine sont tout d'abord susceptibles de répondre à leurs difficultés de déplacement en permettant des consultations à distance. Ils éviteront également de pénibles et fatigants allers-retours entre le domicile et l'hôpital.

Le numérique est par ailleurs en mesure de favoriser le maintien à domicile dans des conditions sécurisées grâce à la télésurveillance, à la géolocalisation des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer, au développement de la domotique ou encore aux futurs sols connectés qui permettent de signaler les chutes.

La conception et le développement de ces différents dispositifs est créateur d'emplois et, à ce titre, l'un des facteurs d'essor de ce qu'on désigne aujourd'hui sous le terme de « Silver économie¹¹ ».

Il importe également de relever que la loi d'adaptation de la société au vieillissement, dite loi Delaunay, du 28 décembre 2015¹², affirme dans son volet anticipation et prévention que « maîtriser l'usage du numérique est un facteur démontré de prévention de la perte d'autonomie »¹³. « Il faut permettre à tous d'y avoir accès et éviter une nouvelle « fracture » entre ceux qui disposent des moyens d'accéder à l'information et de s'équiper et les autres »¹⁴.

Dans ce sens, et pour garantir l'information, un portail internet est d'ailleurs désormais consacré aux personnes âgées¹⁵.

9 - L'accessibilité électorale nécessaire à beaucoup utile à tous, [rapport proposé sur le site de la documentation française](#)

10 - Vote électronique ; préserver la confiance des électeurs, [Rapport sénat n°445. Avril 2014.](#)

11 - [Pour plus d'informations sur le sujet](#)

12 - [Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement](#)

13 - Voir le rapport annexé à la loi et spécialement les commentaires des articles 2 et 3 de la loi.

14 - Idem.

15 - <http://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/>

7) Le numérique, outil de lutte contre la discrimination dans l'accès au travail

Cette thématique a été volontairement écartée du colloque en ce qu'elle s'avère trop éloignée des considérations de l'Institut Droit et Santé. Cependant, et au regard des enjeux du numérique en matière de lutte contre les discriminations dans l'accès au travail, la question devait être abordée au travers de développements sommaires.

On pense évidemment tout d'abord aux possibilités octroyées par le télétravail.

L'essor des métiers du numérique est également une chance pour les personnes dyslexiques ou dysphasiques qui peuvent y exprimer leurs talents de logique et d'innovation en étant moins confrontées aux difficultés du langage. Le site *handi-numérique* est d'ailleurs spécialement consacré à l'accessibilité des métiers du numérique aux personnes handicapées¹⁶.

Lancée en 2015, la Grande école du numérique permet également à des jeunes hors du système scolaire, notamment du fait d'un handicap, de suivre une formation innovante et accélérée dans ce secteur créateur d'emplois¹⁷.

Les développements proposés permettent de prendre la mesure de la plus value que constitue le numérique pour les personnes souffrant de discrimination liée au handicap, à la santé ou à l'âge. Le numérique est donc bien une chance !

Dans une seconde partie, il semble cependant essentiel d'attirer l'attention sur le fait que ces vertus du numérique supposent que chacun puisse véritablement y accéder.

II. La réalité de l'accès au numérique

Il importe que les dispositions soient prises afin que chacun puisse bénéficier des opportunités offertes par le numérique. Il faut pour cela agir à différents niveaux. Il s'avère en effet crucial de garantir un accès à Internet **(1)**, de lutter contre l'illettrisme numérique **(2)** et de veiller à assurer l'accessibilité numérique **(3)**.

1) L'accessibilité à Internet

Depuis 2012, beaucoup d'efforts ont été faits pour assurer l'accès de tous à Internet sur l'ensemble du territoire. Notamment, par le biais du plan France Très Haut Débit ayant permis le déblocage de 20 milliards d'euros, par les douze plans numériques menés dans le cadre de la nouvelle France industrielle ou encore la mission French Tech.

La loi pour une économie numérique va plus loin en reconnaissant un droit au maintien de la connexion.

L'article 108 de la loi enrichit en effet l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles en prévoyant que les foyers

en difficultés de paiement, ce qui est malheureusement trop souvent le cas des personnes souffrant de handicap, peuvent bénéficier de l'aide financière du fond de solidarité pour le logement. Le texte prévoit que la connexion sera maintenue par le fournisseur d'accès le temps de l'instruction de la demande d'aide.

Le débit de l'accès à Internet peut être restreint par l'opérateur « sous réserve de préserver un accès fonctionnel aux services de communication au public en ligne et aux services de courrier électronique ».

S'il importe que chacun dispose d'une connexion internet encore faut-il s'assurer qu'il soit en mesure de l'utiliser ce qui suppose de lutter contre ce qu'il est désormais commun d'appeler l'illettrisme numérique.

2) Les mesures de lutte contre l'illettrisme numérique

Ces mesures sont profitables à tous et pas seulement aux personnes souffrant de handicap.

La loi pour une république numérique entend renforcer les moyens de lutte contre l'illettrisme numérique. L'article 109 prévoit ainsi d'enrichir les articles L. 6111-2 et L. 6321-1 du code du travail, relatif au droit à la formation continue et aux obligations de l'employeur en termes de formation, en visant spécialement les formations permettant de développer « les compétences numériques ». Comme tout valide, le travailleur handicapé pourra donc prétendre à ces dispositifs de formation.

D'autres mesures concernent plus spécialement les personnes en situation de handicap.

Sous l'impulsion du Secrétariat au numérique a ainsi été créée, par un décret du 3 février 2015¹⁸, une agence nationale du numérique qui entend faciliter l'accompagnement aux usages numériques des personnes en situation de handicap. Cette mission est principalement assurée dans le cadre du réseau des 5 000 Espaces Publics Numériques (EPN) répartis sur l'ensemble du territoire. Ces espaces de proximité, gérés le plus souvent par les collectivités territoriales, ont vocation à offrir un service d'accompagnement aux personnes peu familières du numérique. Le portail « médiation numérique¹⁹ » met à disposition un annuaire qui permet à chacun d'identifier les endroits proposant ce genre de service.

L'effectivité de ce dispositif suppose cependant que des personnes soient spécialement formées pour encadrer l'apprentissage des personnes atteintes de formes différentes de handicap.

Une fois que l'on s'est assuré que la personne a bien accès à Internet, qu'elle a les connaissances suffisantes pour

16 - <http://www.handi-numerique.com/>
17 - <https://www.grandeecolenumerique.fr/>

18 - Décret n° 2015-113 du 3 février 2015 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du numérique »
19 - <http://www.mediation-numerique.fr/>

l'utiliser, encore faut-il veiller à ce qu'elle soit effectivement en mesure d'y avoir accès. Se pose alors la délicate question de l'accessibilité numérique.

3) L'accessibilité numérique

Tim Bernes-Lee l'inventeur du World Wide Web, le fameux 3 W (www) a affirmé que « *La puissance du Web est dans son universalité. Y accéder quel que soit son handicap est un point essentiel* ». Malheureusement, beaucoup trop de pages sont inaccessibles aux aveugles et aux malentendants. Il faut dès lors s'imaginer surfer avec les yeux fermés, les oreilles bouchées et peut-être aussi avec des mouffles empêchant une bonne utilisation des touches !

Afin d'éviter une nouvelle forme de discrimination, l'accessibilité à Internet doit donc être pensée à tous les niveaux et des référentiels d'accessibilité doivent être élaborés.

Il importe que les sites soient compatibles avec les technologies support utilisées par les personnes handicapées. Il faut ainsi que le site permette l'écoute des contenus, qu'il soit utilisable sans souris puisqu'une personne aveugle ne peut visualiser le pointeur sur l'écran. Le site doit aussi être construit sans point bloquant. Par exemple, un dispositif de synthèse vocale doit pouvoir identifier un « cliquer ici » sans quoi l'internaute ne peut plus naviguer.

La référence en la matière est la législation américaine, intitulée « Web Accessibility Initiative²⁰ » qui a conduit à l'élaboration de règles internationales d'accessibilité : les WCAG La mise en œuvre de ces règles s'appuie sur 61 critères de succès permettant de tester les sites.

Au niveau européen, un grand pas a récemment été fait. Le 26 octobre 2016 a en effet été adoptée une directive européenne relative l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public²¹.

En France, en 2005, l'article 47 de la loi handicap fait de l'accessibilité une exigence pour tous les services de communication publique en ligne de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics qui en dépendent. Un décret du 14 mai 2009²² a imposé une mise en œuvre différenciée de cette exigence d'accessibilité : dans un délai de deux ans à partir de la publication du décret pour les services de communication publique en ligne de l'État et des établissements publics qui en dépendent, et dans un délai de trois ans pour les services de communication publique en ligne des collectivités territoriales et des établissements publics qui en découlent.

20 - <http://www.w3.org/WAI/flyer/flyerfront.fr.html>

21 - [Directive \(UE\) 2016/2102](#) du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public

22 - Décret n° 2009-546 du 14 mai 2009 pris en application de l'article 47 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et créant un référentiel d'accessibilité des services de communication publique en ligne.

Par ailleurs, et s'inspirant des règles WCAG, la France a élaboré en octobre 2009 un « [Référentiel Général d'Accessibilité des Administrations](#) », le RGAA²³. Ce référentiel propose un ensemble de 187 tests, organisés en 12 thématiques, permettant de vérifier l'accessibilité des pages web. Une nouvelle version a été proposée en avril 2015²⁴.

La mise en œuvre et le suivi de ce référentiel sont assurés par le Comité Interministériel du Handicap (le CIH)²⁵.

En juin 2015, le gouvernement a mis en place un label baptisé « e-accessible » qui vise à distinguer les administrations publiques qui s'engagent sur la voie de l'accessibilité et à inciter les autres à se mettre en conformité.

Malgré ces dispositions de grand progrès restent à faire, l'État n'étant malheureusement pas au niveau de ses exigences. Selon l'association BrailleNet.org, sur 600 sites administratifs testés, seuls 4 % sont déclarés conformes aux critères d'accessibilité.

L'adoption de la loi pour une république numérique est heureusement de nature à améliorer les choses. L'article 106 du texte conduit en effet à modifier l'article 47 de la loi du 11 février 2005. Cet article 47 dispose désormais que « Les recommandations internationales pour l'accessibilité de l'Internet doivent être appliquées pour les services de communication au public en ligne. »

Cela n'est pas nouveau puisque le principe d'accessibilité était déjà inscrit dans l'ancienne version mais la loi nouvelle a cependant le mérite d'étendre cette obligation aux organismes délégataires d'une mission de service public (ex. : une entreprise assurant la restauration collective dans les écoles). Les applications mobiles sont également désormais concernées.

Le contenu des obligations a également été détaillé et enrichi. Un schéma pluriannuel de mise en accessibilité des services de communication au public en ligne devra être élaboré et rendu public. Il faudra le décliner en plans d'actions annuels. La page d'accueil du site devra également comporter une mention clairement visible précisant si le site est ou non conforme aux règles relatives à l'accessibilité ainsi qu'un lien renvoyant à une page indiquant notamment l'état de mise en œuvre du schéma pluriannuel de mise en accessibilité. Les usagers devront par ailleurs être en mesure de signaler les manquements aux règles d'accessibilité de ce service.

On aurait pu craindre qu'il s'agisse là encore de vœux pieux mais le gouvernement a conféré un caractère obligatoire à ces nouvelles dispositions en prévoyant que « Le défaut de mise en conformité d'un service de communication au public en ligne fait l'objet d'une sanction administrative dont le montant, qui ne peut excéder 5 000 euros, est fixé par décret en Conseil d'État ». Si l'on peut regretter le faible montant

23 - Arrêté du 21 octobre 2009 relatif au référentiel général d'accessibilité pour les administrations

24 - Arrêté du 29 avril 2015.

25 - <http://www.gouvernement.fr/comite-interministeriel-du-handicap-cih>

de la sanction, il est heureusement prévu qu'elle puisse être prononcée chaque année lorsque le manquement perdurera.

Un décret en Conseil d'État détaillera ces nouvelles obligations mais le texte précise dès à présent que le délai de mise en conformité ne pourra excéder trois ans.

Pour une meilleure effectivité du dispositif le décret définira également les modalités de formation des personnels intervenant sur les services de communication au public en ligne.

Il faut toujours rester prudent quant à l'affirmation de grands principes d'accessibilité numérique. Néanmoins, le caractère contraignant de ces nouvelles dispositions contribue à donner plus d'effectivité aux engagements pris ce qui devrait sensiblement améliorer l'accessibilité des services publics en ligne.

Les présents développements démontrent que le numérique est un formidable outil de lutte contre les discriminations liées au handicap, à la santé et à l'âge. Il s'avère dès lors impératif que les personnes concernées se forment et, si possible, investissent dans du matériel adéquat. Elles doivent en effet savoir saisir cette chance que représente l'outil numérique. Mais encore faut-il pour cela que l'accessibilité numérique leur soit garantie...

Lydia Morlet

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

La reconnaissance de handicap psychique

Jean Canneva

Président d'Honneur de l'Union nationale des amis et familles de malades psychiques (Unafam)

I - Le cadre institutionnel du handicap

- **La déclaration des Nations Unies** du 9 décembre 1975.

Est concernée : « toute personne dans l'incapacité d'assurer par elle-même tout ou partie des nécessités d'une vie individuelle ou sociale normale, du fait d'une déficience, congénitale ou non, de ses capacités physiques ou mentales ».

- **Les lois de 1975** relatives aux « Institutions sociales et médico-sociales ».

- **La loi du 2 janvier 2002** de « Renovation de l'Action Sociale ».

- **La loi du 4 mars 2002** des « Droits individuels et collectifs des malades ».

- **La loi du 11 février 2005 sur « L'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes en situation de handicap ».**

La loi définit la « situation de handicap » :

« Constitue un handicap toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques d'un poly handicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

Il est souvent fait référence aux classifications des handicaps établies par le Professeur P. Wood en 1980. Celles-ci distinguent les déficiences motrices, sensorielles, intellectuelles, psychiques (neuf catégories), les incapacités portant sur l'activité (neuf catégories), les désavantages conséquences des incapacités, les troubles graves du développement des apprentissages associés, invalidants, rares, avec deux composantes l'une organique et l'autre liée aux activités.

Les réponses sont le plus souvent institutionnelles avec un secteur médico-social financé au plan national et régional ou départemental, avec intervention des Maisons Départementales des Personnes Handicapées (MDPH), des Commissions Départementales des personnes Handicapées (CDAPH) et de la Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie (CNSA).

On distingue la prise en charge de la petite enfance, avec entre autres, la « Protection maternelle et infantile », les Centres d'Action Médicale Précoce (CAMPSP), les Centres médico-pédagogiques (CMPP), les Services d'Education Spécialisée à Domicile (SESSAD), les Services d'Accompagnement Familial et d'Education Précoce (SAFEP), les Services de Soutien à l'Education Familiale et à l'intégration Scolaire (SSEFIS), les Services d'Aide à l'Acquisition de l'Autonomie et à l'Intégration Scolaire (SAAAIS) et l'ensemble des établissements médico éducatifs.

Il convient de mentionner le principe de l'inscription scolaire en milieu ordinaire et le projet personnalisé de scolarisation retenus par la loi de 2005.

Dans le domaine de la santé, il existe des mesures d'accompagnement spécifiques avec intervention possible en particulier des Instituts Médico-Educatifs (IME), des Instituts Médico-professionnels (IMPro), des Instituts Educatifs thérapeutiques et Pédagogiques (ITEP), ainsi que des dispositions particulières possibles au moment des examens, l'enseignement à distance, à domicile, à l'hôpital, l'obtention de ressources et d'aides financières, l'allocation d'éducation, l'allocation journalière de présence parentale, les frais de transport et d'hébergement et les donations.

Pour les adultes, les foyers de vie ou d'accueil, les Foyers d'Accueil Médicalisé (FAM), les Maisons d'Accueil Spécialisées (MAS), les Etablissements d'Hébergement pour Personnes Âgées Dépendantes (EHPAD), les Services d'Accompagnement à la Vie Sociale (SAVS), les Services d'Accompagnement Médico-Social pour Adultes Handicapés (SAMSAH), auxquels s'ajoutent les services à domicile, les contrats de séjour.

L'intégration à la vie ordinaire s'analyse désormais en termes d'accessibilité, non seulement matérielle mais aussi par l'accès à la culture et aux loisirs, le droit à la vie privée, à la vie affective, à la sexualité et à la parentalité.

Il convient de mentionner également les questions relatives à la protection juridique des majeurs, si importantes lorsqu'il s'agit des handicaps mentaux et psychiques.

C'est dans ce cadre qu'il faut analyser la protection contre la discrimination.

II- La protection contre la discrimination

1- Les textes

- La Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen :

« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés sans distinction aucune. La non-discrimination peut être entendue comme une politique visant à la reconnaissance d'une pleine citoyenneté à chaque personne en situation de handicap.

- **Le traité d'Amsterdam** (1997) (art 13) a jeté les bases d'une avancée en Europe.

- **En France, la loi 90-602 du 12 juillet 1990** organise la mise en œuvre de ces principes.

La notion de **non-discrimination** implique l'élimination de tout traitement défavorable ou inégalitaire d'une personne du fait de son handicap.

o La discrimination est directe lorsque la personne subit un traitement défavorable par rapport à une personne sans handicap.

o Elle est indirecte lorsqu'un traitement logiquement applicable à tout un chacun lui est plus spécifiquement appliqué.

- **Le Code Pénal** définit la discrimination comme toute distinction entre personnes physiques

sur la base de l'état de santé, du handicap ou d'autres critères analogues. Ces actes sont punis par la loi, notamment dans le domaine de l'emploi ou du licenciement, ou dans la fourniture de biens et services.

2- Le cas particulier du handicap psychique.

a) La stigmatisation massive née de l'application incomplète de la loi de 1975.

En 1975, les très nombreuses personnes ayant des incapacités liées à des pathologies psychiques ne vivaient plus essentiellement dans les hôpitaux comme autrefois, mais à la charge des familles lorsque celles-ci existaient.

De nouveaux médicaments avaient en effet, été découverts depuis une dizaine d'années. Cette révolution dans la façon de soigner a permis de supprimer 100.000 lits dans les anciens asiles.

En 1975, les autorités ont décidé de proposer au législateur une loi sur le handicap.

La situation des personnes souffrant de pathologies psychiques relevait manifestement de la définition de cette loi, car elles étaient bien « dans l'incapacité d'assurer par elles-mêmes tout ou partie des nécessités d'une vie individuelle ou sociale normale, du fait d'une déficience, congénitale ou non, de leurs capacités physiques ou mentales ».

Or il n'en fut rien. La loi de 1975 a bien évoqué la situation des personnes souffrant d'un handicap « mental » mais le terme a été interprété principalement comme désignant la population des personnes souffrant d'une déficience intellectuelle. Les projets concernant les personnes souffrant d'un handicap psychique n'étaient concrètement pas acceptés.

Arrivé en 1998 à la Présidence de la principale Association de parents concernés en la personne d'un proche, j'ai été amené à expliquer au Gouvernement au nom des familles que cette situation était totalement inacceptable car elle ne respectait pas l'égalité de traitement entre les citoyens. L'argument essentiel tient à la nature indirecte de la stigmatisation évoquée ci-dessus.

Pour le comprendre, il faut prendre en compte une caractéristique fondamentale du handicap psychique qui tient à ce que les pathologies psychiques créent des incapacités telles que lorsque la personne concernée a le plus besoin d'aide (le cas échéant même pour sa survie), n'est plus en état de demander cette aide. Les familles expérimentées appellent cette caractéristique du handicap, la « non expression des demandes ».

Dans ces conditions, la seule réponse par des soins « sur demande » comme c'est le cas le plus fréquent en France, n'est pas suffisante.

Dès lors, il est incontestable, en Droit, que la personne souffrant de troubles psychiques est traitée « moins favorablement que quelqu'un d'autre pour un motif lié à son handicap ». A la limite, elle peut mourir abandonnée. Je suis en mesure de témoigner que cette situation a existé.

En introduisant le terme « psychique » dans la définition du handicap, le législateur de 2005 a bien voulu retenir notre interprétation et a prévu des dispositions propres à ce handicap telles que celles concernant les Groupements d'Entraide Mutuelle (GEM) qui intègrent partiellement les problèmes que posent les « incapacités à se déterminer ». La stigmatisation massive aura ainsi duré plus de trente ans !

En 2016, la situation des personnes en cause pose encore beaucoup de problèmes, en particulier du fait de la difficile coopération entre les services sanitaires et sociaux. Les risques de stigmatisation et d'abandon sont réels. Mais au moins un mouvement de dé-stigmatisation est désormais en marche concernant la population en cause.

b) La reconnaissance du handicap psychique par la loi de 2005 et ses conséquences.

Cette reconnaissance oblige à des travaux de recherche utiles vis-à-vis de toutes les personnes qui sont en difficulté dans la Cité mais qui ne sont pas en état de se manifester du fait d'une situation handicapante.

Certes, il s'agit ici de handicaps liés à la santé et à l'âge, mais la validité du principe demeure lorsqu'il s'agit d'autres causes, économiques par exemple.

Il est d'ailleurs, intéressant de constater que lors de

l'élaboration de la loi de 2007 sur la Protection juridique, le législateur a cherché à distinguer les réponses selon que les causes du handicap étaient sociales ou sanitaires.

La situation des personnes souffrant d'un handicap psychique est exemplaire dans la mesure où les incapacités en cause concernent, momentanément ou durablement, l'ensemble des capacités d'autonomie de la personne dans sa vie quotidienne. Il n'existe pas réellement de « compensation » possible. De fait, lorsque les facultés sont altérées ou abolies, les conditions de la liberté et donc de la responsabilité sont directement en cause, comme les juristes le savent bien.

Le législateur a prévu trois situations qui concernent des cas extrêmes :

- les mesures de protections juridiques,
- les soins sans consentement (2011),
- et l'article 122-1 du Code Pénal.

En réalité, dans les familles concernées par des troubles psychiques en la personne d'un proche, on retrouve ces situations au quotidien :

- dès l'éducation, s'il s'agit de jeunes
- à l'adolescence et dans la vie d'adulte, lorsqu'il s'agit de troubles psychiques sévères.

La lutte contre la stigmatisation demande une protection sanitaire et sociale même sans demande. Les familles sont en première ligne. Pour les parents, une réponse partielle existe en application des articles 203 et 205 et 371 du Code Civil, y compris pour les majeurs. Mais dans ce dernier cas des problèmes subsistent car les Protections juridiques actuelles n'assurent pas l'accompagnement au quotidien. La création des mesures d'accompagnement judiciaire (MAJ) votées en 2007 qui se substituent à la tutelle aux prestations familiales (TPSA) sont dans la même situation.

Les familles savent qu'il faut « au titre » de la compensation, assurer au minimum un logement accompagné, avec une définition précise de ce qui constitue l'accompagnement. Il existe une difficulté encore non résolue lorsque les parents disparaissent.

Dix ans après le vote de la loi de 2005, il reste à généraliser des services de veille au quotidien.

III- La dé-stigmatisation dans le domaine du psychisme interroge le politique

Pour ceux qui ont l'expérience des situations de handicap psychique, l'intérêt de l'analyse de ces situations est évident dans une perspective globale à l'échelle de l'ensemble des citoyens, car ce qui est valable pour les personnes ainsi fragilisées dans leur identité, le reste pour toutes les autres situations de handicap.

C'est ainsi que certains élus sont sensibles à l'argument explicité ci-dessus selon lequel une stigmatisation massive peut exister lorsque ne sont pas prises les mesures

auxquelles une personne aurait pu raisonnablement s'attendre. Ce constat est à l'origine de la création des Conseils locaux de Santé (parfois, on ajoute Mentale) dont le principe de fonctionnement s'inspire très largement de ce que les familles ont proposé dans les années 2000 pour accompagner les personnes handicapées psychiques. Ces Conseils sont présidés par l'élu local qui cherche à être prévenu dès que des situations posent un problème. Le dispositif bien piloté apparaît particulièrement efficace.

Dans la même perspective, je me permets un dernier commentaire plus personnel qui est en lien avec l'accompagnement des personnes handicapées psychiques. L'expérience des familles ainsi concernées rappelle celle des juges appelés à statuer dans les situations psychologiques ou psychiques difficiles. Il existe naturellement des préoccupations qui vont dans le sens de la promotion et de l'égalité des droits des personnes, mais il existe aussi un souci de protection des personnes elles-mêmes, des projets collectifs et des institutions. Je mentionne seulement les débats sur ce point de la part de penseurs tels que M. Gauchet, D. Schnapper, ou P. Manent...

En matière de psychisme, il existe, en droit, des conflits entre les droits et les devoirs et nous sommes souvent condamnés à faire admettre des « désaccords raisonnables sur des différents non solubles ». Un récent accident d'avion dans une compagnie allemande, a bien illustré le fait qu'un arbitrage de ce type, pourtant indispensable, n'a pas été fait ! L'indigence du discours public sur le sujet paraît difficilement acceptable.

Tous les textes concernant la protection des personnes dont les facultés ont été altérées ou abolies montrent, au contraire, que le législateur a parfaitement conscience de la nécessité des protections nécessaires. Dans le domaine économique, social ou politique, il s'avère que l'opération est plus difficile à réaliser lorsqu'il n'existe pas ou pas assez, d'explicitation d'un projet collectif.

Jean Canneva

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

De l'égalité des droits et des chances : du principe textuel aux difficultés d'application

Guylène Nicolas

MCF-HDR de Droit public
UMR 7268 ADES - Centre de Droit de la Santé - Université
d'Aix-Marseille

« Le handicap est une réalité multiforme qui sollicite la mobilisation de la totalité des acteurs de la société »¹, cette position synthétique de Patrick Gohet est reprise et déclinée par le gouvernement pour prôner le principe d'accessibilité. Il rappelle, par l'intermédiaire de son secrétaire d'État chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion, Madame Ségolène Neuville, que douze millions de personnes sont touchées en France par des difficultés pour se déplacer. Un établissement qui se met en conformité des règles d'accessibilité universelle profite donc à tous, le respect de ces normes s'avère ainsi une question de solidarité, « la société tout entière doit partager cet engagement citoyen »².

L'accessibilité se décline donc dans tous les domaines où des aménagements sont nécessaires pour permettre à tous de jouir du même cadre de vie : l'accessibilité des établissements recevant du public et des installations ouvertes au public, de la voirie, des transports collectifs (transports routiers, scolaires, ferroviaires, aériens), des locaux d'habitation, des lieux de travail... synthétisée par la formule devenue culte du « tout pour tous ». Cette accessibilité pose d'importantes difficultés et nécessite la mobilisation de tous, élus locaux comme commerçant, directeurs école comme de centre de loisir, établissements de santé comme entreprises... Les contraintes forgées par le législateur avec la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁴ permettent

1 - Patrick Gohet, « Handicap et handicaps », Avant-propos in *Ethique et handicap*, Pierre Ancet et Noël-Jean Mazen (dir.), Bordeaux, LEH, Les chemins de l'éthique, 2011, p. 9.

2 - Ségolène Neuville, « Quel intérêt pour les établissements de déposer un Ad'Ap ? », http://www.dailymotion.com/video/x264ip1_quel-interet-pour-les-etablissements-de-deposer-un-ad-ap_news

3 - Nous ne développerons pas ici l'ensemble des normes existantes pour assurer la mise en œuvre de ces différents types d'accessibilité et renvoyons au *Dictionnaire Permanent Action sociale* qui consacre une longue étude à l'accessibilité du cadre de vie.

4 - Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO, 12 février 2005, p. 2353.

d'assurer l'accessibilité du bâti pour les constructions nouvelles comme les aménagements des anciennes. Néanmoins, si l'accessibilité des bâtiments est essentielle, rendre effectif le principe d'accessibilité universelle afin de construire une société pleinement inclusive est plus complexe. Accéder aux bureaux de vote est un préalable pour exercer son droit de vote, lire seul les bulletins pour pouvoir voter de façon autonome n'est pas secondaire. Les aménagements de l'accessibilité sont donc aussi complexes qu'ils sont variés. Pourtant, ils sont les prémisses de la lutte contre la discrimination et méritent donc des efforts appuyés.

Construire pour l'avenir une société inclusive est un objectif prioritaire, renforcé dans le contexte du vieillissement de la population. Le processus est long et compliqué, il doit se fonder sur des efforts de solidarité de la part de tous. Il passe par la nécessaire définition du handicap dont dépend à la fois le principe de compensation et celui d'aménagement. L'année 2015 a été dans ce sens le constat non d'un échec mais celui de l'obligation de poursuivre les efforts engagés pour que les discriminations continuent de régresser afin que la société inclusive devienne une réalité.

I- La construction d'une société inclusive universelle

Une société inclusive est celle qui réussit à compenser toutes les défaillances de participation sociale, quelles que soient leur nature. Elle nécessite de lutter contre toutes les formes de discrimination que peuvent générer les défauts d'accessibilités sachant que ces derniers sont d'autant plus nombreux que l'on étend la conception du handicap.

A- De l'accessibilité à la conception universelle du handicap

L'accessibilité universelle est l'objectif de la République depuis la loi de 2005, elle s'inscrit comme la conséquence de l'évolution de la définition du handicap devenu biopsychosocial. Il reste toutefois plus restreint que la conception universelle du handicap que prône les Nations Unies.

1) L'accessibilité universelle en France

La conception de l'accessibilité en faveur des personnes en situation de handicap a considérablement progressé en France à partir du moment où la loi du 11 février 2005 a ancré la République dans une conception biopsychosociale du handicap. Le choix est alors fait d'aborder « le problème du handicap, non plus en terme de protection mais en

terme de droits, en terme de chances d'accomplissement individuel, en terme de construction d'un avenir »⁵. L'article L 114 du code de l'action sociale et des familles transcrit cette volonté législative par une définition innovante : « Constitue un handicap, [...], toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». Sur ce fondement, dans l'esprit de la loi, la prestation de compensation contribue à pallier la limitation de participation existante pour permettre à la personne en situation de handicap d'approcher une participation à la vie sociale équivalente à la disparition de son handicap. A la suite d'un échange personnalisé avec une équipe pluridisciplinaire, elle se voit proposer un plan personnalisé de compensation du handicap. C'est une première façon, individuelle, d'envisager l'accessibilité puisque la compensation, par les aides (humaines ou techniques) qu'elle finance participe à la réalisation d'un projet de vie où le handicap ne doit plus incarner une limitation. Appareillée, équipée, aidée, la personne doit, dans l'idéal, voir son handicap régresser dans la limitation qu'il représente à sa participation à toute activité sociale. Tout projet de vie est alors susceptible de devenir accessible. Toutefois, la loi de 2005 projette une société égalitaire d'une plus large envergure puisque l'accessibilité ne se conçoit pas seulement de façon théorique à travers les prestations de compensation individualisée mais surtout par l'intermédiaire de la modification des usages et des infrastructures pour que l'ensemble des limitations discriminatoires puissent s'estomper voire disparaître. Dès lors, au-delà de l'égal accès à l'école et à l'emploi, l'accessibilité concerne le cadre bâti, les transports et les nouvelles technologies⁶. Ce troisième et dernier domaine d'action en faveur de l'accessibilité est d'ailleurs préalable, prioritaire et englobant puisque l'accès aux savoirs et à l'emploi nécessite un accès aux locaux et aux technologies qui les abritent. D'individuelle par les prestations de compensation, l'accessibilité devient sociale, symbole d'un idéal d'une société inclusive. Le principe d'accessibilité est par conséquent généralisé, la société est dans l'obligation de s'adapter à tout type de handicap.

Cette conception de l'accessibilité est liée à la définition du handicap. Les cadres légaux de l'accessibilité ont ainsi évolué avec la société et sa perception du handicap⁷. Dans les années 1970, le handicap se limite à une conception médicale, il ne peut donc s'apprécier qu'en faveur de facteurs individuels.

5 - Noël-Jean Mazen, « La réponse sociale au handicap », in *Ethique et handicap, op. cit.*, p. 71.

6 - Le titre IV de la loi sur l'accessibilité contient trois chapitres : le premier est dédié à « Scolarité, enseignement supérieur et enseignement professionnel », le chapitre 2 à « Emploi, travail adapté et travail protégé » et le chapitre 3 à « Cadre bâti, transport et nouvelles technologies ».

7 - Pour plus de précisions nous renvoyons à Sarah Richard et Isabelle Barth, « Handicap et emploi : Une comparaison France - Etats-Unis », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2015/1 (n° 15), pp. 23-42.

Vingt ans plus tard, les États-Unis initient la conception sociale avec l'*Americans with Disabilities Act*. Le handicap prend alors une dimension subjective et relative. Le handicap devient un problème sociétal relevant d'une question d'intégration des individus. Enfin, en 2000, le handicap évolue vers la conception biopsychosociale. Il est engendré par l'interaction des déficiences, des restrictions d'activités et de participation sociale, modulée par des facteurs contextuels qui sont environnementaux et personnels. C'est au cœur de cette dernière conception que se construit l'accessibilité en France selon la loi de 2005. Toutefois, il serait réducteur de limiter l'accessibilité à la définition retenue du handicap. Si cette dernière change le prisme du regard porté sur le handicap et de l'intégration dans la société de la personne qui en est atteinte, l'implication des pouvoirs publics est essentielle à rendre effectif le principe d'accessibilité.

La comparaison avec l'*Americans with Disabilities Act*, dans sa version de 2008, peut être poursuivie sur ce point. Dans le cadre d'une politique non interventionniste de l'État, l'employeur américain se doit d'aménager le poste de travail en fonction des besoins qui sont exprimés par la personne en situation de handicap. Lorsqu'il ne satisfait pas à cette obligation d'accessibilité au poste de travail, l'employé doit saisir l'*Equal Employment Opportunity Commission*, commission externe chargée d'instruire les plaintes pour discrimination⁸. La dimension subjective du handicap issu de sa définition sociale alloue à chacun la possibilité de définir les limites d'intégration auxquelles il se trouve confronté. Dans le cadre du travail, chaque salarié est ainsi en droit de faire valoir une situation personnelle qui nécessite un aménagement particulier pour travailler dans des conditions égalitaires par rapport aux autres. Sarah Richard et Isabelle Barth souligne dès lors que la définition sociale du handicap « met en exergue la dimension subjective et relative du handicap : on peut être « perçu comme handicapé », sans altération avérée »⁹. Elles l'illustrent par le fait que l'obésité soit reconnue par la jurisprudence comme un handicap depuis 1993, « impliquant le rôle majeur de la société dans la génération du handicap »¹⁰. Par opposition, la conception biopsychosociale de la loi française pour l'égalité des droits et de chance de 2005, fonde l'aménagement du poste de travail sur la reconnaissance du handicap par la Commission des droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées sur la base du statut de travailleur handicapé. La politique interventionniste de l'État assure un quota d'embauche qui s'apparente à un mécanisme de discrimination positive. Néanmoins, transcendant ces particularismes nationaux, l'ONU œuvre à l'adoption d'une conception universelle du handicap et de l'intégration qui en découle.

8 - Pour développer sur ce point qui sort du champ de notre étude, nous renvoyons à l'étude sur les Etats-Unis dans le *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2008, p. 283 et s.

9 - Sarah Richard et Isabelle Barth, « Handicap et emploi : Une comparaison France - Etats-Unis », *op. cit.*, p. 26.

10 - *Ibid.*

2) La conception universelle du handicap par l'ONU

Entre 1975¹¹ et 2006, « l'ONU est passée d'une notion médico-sociale étroite du handicap, strictement individuelle, soulignant les incapacités et par conséquent les limites d'une personne, en un mot son anormalité, à une notion médico-sociale plus large, qui ne nie pas le lien entre la déficience et les incapacités mais relativise celles-ci en les rapportant aussi à l'environnement physique, social, culturel »¹². Partant, la convention des nations unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006¹³, articles 3 et 9, établit le principe selon lequel l'État doit identifier et éliminer les obstacles et barrières à l'accessibilité. Cette obligation étatique définit la conception universelle. L'article 2 de la Convention en donne une définition : « On entend par « conception universelle » la conception de produits, d'équipements, de programmes et de services qui puissent être utilisés par tous, dans toute la mesure possible, sans nécessiter ni adaptation ni conception spéciale ».

Cette universalité sert le principe de solidarité. Dépassant le simple cadre de l'accessibilité, l'universalité a pour l'objectif de servir l'intégration de toutes les personnes quelles que soient les limitations subies. L'intégration prend un caractère transversal insufflant une nécessaire adaptabilité à tous les équipements pour toutes les activités. Appliqué à l'éducation, le principe d'universalité met en œuvre les pratiques qui rendent l'éducation « plus convenable aux étudiants pressés par le temps, plus confortable pour les personnes issues de divers milieux et plus flexible pour les personnes ayant différents styles d'apprentissage »¹⁴.

L'évolution démographique de la population française est actuellement à l'origine d'une évolution de la législation correspondant à la conception universelle des incapacités. L'objectif politique premier est de resserrer les maillons de la solidarité nationale afin d'éviter l'exclusion des plus âgées en leur redonnant une place pleine et entière dans la vie sociale. La France rejoint ainsi la conception onusienne. Dans ce sens, la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement¹⁵ marque pour la première fois l'engagement des pouvoirs publics à prendre en compte les conséquences de l'évolution démographique et son incidence sociale¹⁶. Si cet

engagement trouve son principalement fondement dans les politiques sociales de solidarité et de valorisation de la place des plus âgées dans notre société, il s'étend également aux politiques sanitaires telles qu'elles ont été définies de façon concomitante dans la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé¹⁷. La stratégie nationale de santé sert de fondement à ces deux textes législatifs pour établir un programme de recherche en faveur des personnes âgées. La recherche dont il est question sort du cadre classique de la recherche médicale ou biomédicale qui sert la progression des techniques diagnostiques ou thérapeutiques. Elle couvre des champs beaucoup plus larges de santé publique (comme la nutrition) mais aussi de la robotique (comme la domotique) ou de l'ergonomie. En effet, l'amélioration des connaissances visant à adapter la société à son vieillissement doit servir à modifier les rapports humains en faveur d'une valorisation et d'une autonomisation accrues des personnes âgées, voire très âgées. La qualité de leur prise en charge réside alors dans la combinaison d'un ensemble de technologies de domaines très variés afin de comprendre et palier les limitations motrices, psychiques ou cognitives produites par l'avancée en âge. La société, servie par les innovations technologiques, évolue de façon englobante, donnant à chacun les moyens d'y trouver sa place. Sur ce fondement idéologique, toute limitation d'accès doit être vue comme une discrimination contre laquelle il faut lutter.

B- Le principe d'accessibilité préservé par la lutte contre la discrimination

Premier maillon d'une participation pleine et entière des personnes en situation de handicap à la société, l'accessibilité tient à la perception qu'en ont les personnes qui pâtissent de son absence. Elles seules sont en mesure de dénoncer les discriminations qu'induisent les défauts d'aménagement.

1) L'accessibilité doit être définie par les personnes en situation de handicap

Les politiques d'accessibilité sont définies en partenariat avec les personnes handicapées, elles se construisent avec les personnes concernées. Il s'agit ici de la première expression de la participation que symbolise l'adage anglo-saxon « *Nothing about us without us* ». Le Conseil national consultatif des personnes handicapées, dont le rôle a été renforcé avec la loi du 28 décembre 2015, incarne la consultation des personnes en situation de handicap pour initier les politiques nationales d'intégration. L'article L. 146-1 du code de l'action sociale et des familles rappelle que « le Conseil national consultatif des personnes handicapées assure la participation des personnes handicapées à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques les concernant. Il peut être consulté par les ministres compétents sur tout projet, programme ou étude intéressant les personnes handicapées. Il peut se saisir de toute question relative à la

11 - Résolution 3447 de l'Assemblée générale de l'ONU du 9 déc. 1975 relative à la Déclaration des droits des personnes handicapées

12 - Serge Milano, « Conception et définitions du handicap », *RDSS*, 2015, p. 483.

13 - La convention a été ratifiée en 2009 par la France (loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées, *JO*, 3 janvier 2010, p. 121), elle l'a été également par l'Union européenne le 23 décembre 2010.

14 - Frank G. Bowe, *Universal Design in Education*, Westport, Bergin and Garvey, 2000, p. 8.

15 - Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *JO*, 29 décembre 2015, p. 24268. Pour une analyse complète de la loi nous renvoyons à Dominique Viriot-Barrial (dir.), *Une nouvelle politique sociale du vieillissement : histoire et prospective d'un défi*, Aix-en-Provence, PUAM, Collection du Centre de Droit social, 2016, 308 p.

16 - L'article premier de la loi l'annonce clairement en ces termes : « L'adaptation de la société au vieillissement est un impératif national et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la Nation ».

17 - Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO*, 27 janvier 2016.

politique concernant les personnes handicapées ».

Toutefois, au-delà des plans nationaux ou des principes généraux normatifs, l'accessibilité demande une effectivité pratique. Il faut que le quotidien puisse devenir le reflet réel des idéaux textuels. Les associations jouent ici un rôle essentiel de représentation des personnes auprès des pouvoirs publics. Dépassant la théorie de la définition des politiques d'accessibilité, elles œuvrent sur le terrain pour dénoncer les failles concrètes de l'accessibilité liées aux défauts d'aménagement ou de conception. L'importance du rôle associatif pour faire évoluer l'intégration sociale des personnes en situation de handicap par l'amélioration de l'accessibilité est d'ailleurs un point commun entre l'Europe et les États-Unis.

L'accès au vote des personnes handicapées, tel qu'étudié par le Défenseur des droits dans son rapport de mars 2015¹⁸, en donne un bon exemple. Rappelons que selon l'article L. 114-1 casf « Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté ». Si des efforts ont été réalisés pour que l'accessibilité aux bureaux de vote permettent à tous de voter, le Défenseur des droits souligne qu'« un certain nombre de bonnes pratiques, faiblement onéreuses et simples à réaliser, devraient permettre d'ores et déjà de remédier aux difficultés rencontrées à l'occasion du vote par les personnes handicapées »¹⁹. Ainsi, avec l'appui des associations et sur la base des réclamations qui lui sont adressées, il veille à « dresser un état des lieux de la problématique de l'accessibilité dans le cadre des élections de manière à permettre aux personnes handicapées d'exercer pleinement leur droit de vote »²⁰. Nous ne relèverons ici qu'un exemple, symptomatique de la situation sur l'accessibilité aux bureaux de vote : « Dans certains cas, les aménagements pour rendre l'entrée du bureau de vote accessible ont été réalisés par la commune mais l'insuffisance de signalisation ne permet pas à la personne handicapée de trouver aisément l'entrée accessible du bureau de vote »²¹. Cette remarque souligne à la fois les efforts accomplis pour concrétiser l'accès au vote de tous et les failles de réalisation persistant parfois face aux détails de finalisation. Seules les personnes concernées sont en mesure, par l'usage, de les constater, de les dénoncer pour faire évoluer la concrétisation du principe posé. Le travail des associations, en partenariat avec les communes, génère de réelles avancées²² faisant régresser les discriminations.

18 - Le Défenseur des droits, L'accès au vote des personnes handicapées, mars 2015, 20 p. consultable à http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_r_20150301_vote_handicap.pdf

19 - *Ibid.*, p. 5.

20 - *Ibid.*

21 - *Ibid.*, p. 13

22 - On citera par exemple le Guide pratique pour l'accessibilité effective des bureaux de vote, réalisé par l'association des paralysés de France : <http://accessibilite-universelle.apf.asso.fr/media/02/01/3128617981.pdf>

2) La lutte contre la discrimination

Dans ce contexte, il est facile de constater que le défaut d'accessibilité est au cœur de la discrimination puisqu'il en est l'origine. De fait, dans un processus schématique d'emboîtement, la définition du handicap, convergeant à l'universel, définit la discrimination. En effet, cette dernière tient au fait de l'exclusion générée par le défaut de compensation. Alors, plus la définition du handicap est large, plus les facteurs discriminants seront nombreux. *A contrario*, plus la société sera solidaire, englobante et intégrative plus rares seront les exclusions, gommées par la disparition des multiples causes d'inaccessibilités aux activités sociales. En réaction, le cadre législatif reconnaît un droit à compensation de toute personne en situation de handicap et contraint à la mise en place d'une accessibilité nécessaire à la participation de tous à la vie sociale. Là encore, l'universalité de prise en compte des facteurs exclusifs conduit le législateur à étendre les modalités d'aide et de compensation. La tierce personne au service d'une personne en situation de handicap à la suite de la perte de l'usage de ses jambes est également celle qui soulagera le quotidien devenu difficile à une personne du fait de son grand âge. Il en est de même de l'accessibilité du bâti, la construction de la pente inclinée sert autant le fauteuil roulant, la poussette que le déambulateur. Dans ce contexte, le non-respect des règles d'accessibilité génère de nombreuses discriminations par défaut d'aménagement. Le juge sanctionne alors la discrimination de façon à l'indemniser mais surtout à en faire disparaître l'origine par une obligation d'aménagement.

Nous ne prendrons ici que l'exemple de la position de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'application de la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000. Elle a été prise sur le fondement de l'article 6A du traité d'Amsterdam qui autorise le Conseil à prendre toutes mesures nécessaires à combattre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. La directive ne définit pas le handicap. Respectant les particularismes nationaux, elle laisse à chaque État le pouvoir souverain d'en préserver sa conception. Mais, elle règle les conséquences en veillant à l'équilibre entre la nécessité d'aménager les postes de travail au profit des employés et la maîtrise d'une charge financière raisonnable que doit porter l'employeur²³. Dans ce contexte, la CJUE a eu à statuer dans le cadre d'une action devant les tribunaux danois du syndicat HK Danmark agissant au nom de deux personnes licenciées à la suite d'arrêts de travail à répétition. Le syndicat dénonçait la méconnaissance par l'employeur du handicap dont souffraient ces deux personnes appelant une réduction du temps de travail en guise d'aménagement raisonnable. Dans le cadre des questions préjudicielles, les tribunaux danois ont donc demandé à la CJUE de trancher la question de savoir si les personnes licenciées étaient

23 - Pour plus de développement voir Hervé Rihal et Jimmy Charruau, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », Note sous CJUE 11 avril 2013, 2e ch., affaires jointes C-335/11 et C-337/11, *RDSS*, 2013, p. 843.

malades ou handicapées (ce qui commandait de définir la notion de handicap et de dire si la réduction du temps de travail pouvait être assimilée à un aménagement raisonnable au sens de la directive). L'arrêt de la deuxième chambre du 11 avril 2013 permet dès lors à la CJUE de donner sa définition du handicap : « visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs ». Tel qu'il est ainsi conçu, le handicap se trouve défini en concordance avec la convention de Nations Unies et rejoint la définition française. Néanmoins, appliquée à l'affaire, la Cour précise que la reconnaissance du handicap doit être strictement liée à l'incapacité professionnelle. Par conséquent, toute personne qui bénéficie d'une protection européenne et nationale contre la discrimination à raison d'un handicap n'est pas une personne handicapée au sens de la législation sociale. Pour conclure, définir le handicap doit conduire à faire disparaître toute discrimination mais le statut de personne handicapée garde une spécificité que définissent les législations sociales nationales et que la présence d'un handicap ne suffit pas à établir. Si la personne handicapée souffre d'un handicap, dans une société intégrative, le fait d'être en situation de handicap ne suffit pas à avoir le statut de personne handicapée.

Sur le fondement de l'universalité, la lutte contre la discrimination liée au handicap gagne un spectre plus large de protection assurant la construction d'une société inclusive, mais la réalité est encore loin de la volonté textuelle...

II- Une discrimination persistante

La mise en place de l'accessibilité n'a pas été réalisée dans les délais fixés par le législateur en 2005. Dix ans plus tard, le principe est réaffirmé et renforcé mais il traduit le chemin qu'il reste à accomplir pour la réalisation d'une société inclusive.

A- Les difficultés de mise en place de l'accessibilité

Une société inclusive est une société dans laquelle toute participation est accessible. Aussi, l'enjeu d'une accessibilité universelle est le fondement de la lutte contre la discrimination mais l'objectif reste difficile à atteindre et la société française doit repenser les limites de son intégration.

1) Les limites de l'accessibilité

La loi du 11 février 2005 avait fixé l'objectif du « tout pour tous » dans un délai de 10 ans. Au seuil de l'échéance, le Défenseur des droits a dû interpeller les pouvoirs publics sur les engagements pris et le retard pour les respecter. Dans une décision du 11 février 2013²⁴, il redit que l'accessibilité

constitue un moyen de lutter contre les discriminations en permettant aux personnes handicapées, quel que soit leur handicap, de vivre de façon indépendante et de participer pleinement à tous les aspects de la vie, sur la base de l'égalité avec les autres. Il insiste sur le fait que l'accessibilité pour tous constitue une réponse sociétale en améliorant la qualité de vie de tous les citoyens et en anticipant les conséquences sociales et économiques de l'allongement de l'espérance de vie et qu'elle doit être un enjeu prioritaire. Face aux difficultés de réalisation de cet enjeu, la loi du 10 juillet 2014²⁵ confère une base légale aux Ad'AP (agendas d'accessibilité programmée) pour les établissements recevant du public (ERP) et les installations ouvertes au public²⁶. L'ordonnance du 26 septembre 2014²⁷ ratifiée par une loi du 5 août 2015²⁸ a établi le régime des agendas (contenu, modalités de présentation aux autorités administratives, sanctions, obligations des propriétaires). Ces agendas sont des documents de programmation financière des travaux d'accessibilité. Ils constituent un engagement des acteurs publics et privés, qui ne sont pas en conformité, à réaliser les travaux requis selon un calendrier précis. Pour 80 % des établissements les travaux doivent être réalisés sous trois ans, pour les autres la durée prévue est plus longue. Faute de respect de ces nouveaux délais, des sanctions financières pourront être prises à l'égard des propriétaires²⁹.

Si ces textes marquent la volonté de poursuivre les efforts pour atteindre une accessibilité totale, ils soulignent aussi la difficulté d'y parvenir et imposent la notion d'aménagement raisonnable. Face aux réalités de terrain, le principe d'accessibilité ne peut être absolu. L'accessibilité à l'emploi offre un exemple de cette variable d'ajustement. L'accessibilité au poste de travail se confond souvent avec l'accessibilité à l'emploi pour les personnes handicapées. En France, l'obligation sanctionnée est surtout liée à l'emploi³⁰ et moins à l'adaptabilité du poste de travail. Aux États-Unis où la prohibition de la discrimination est essentiellement morale, l'employeur est tenu d'aménager le poste de travail de l'employeur en situation de handicap mais uniquement dans la limite d'une requête raisonnable ne lui causant

25 - Loi n° 2014-789 du 10 juillet 2014 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures législatives pour la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées, *JO*, 11 juillet 2014, p. 11494.

26 - Pour plus de détail voir Maxime Delouée, « Handicap : la France montre un retard... d'accessibilité !? », *Revue Droit & Santé*, n°63, p. 119-121.

27 - Ordonnance n° 2014-1090 du 26 septembre 2014 relative à la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées, *JO*, 27 septembre 2014, p. 15732.

28 - *JO*, 6 août 2015, p. 13482.

29 - Les Ad'AP devaient être déposés auprès de l'autorité administrative (préfecture ou mairie selon les cas) avant le 27 septembre 2015, l'année 2018 sera donc cruciale pour constater la réalisation des objectifs d'accessibilité.

30 - On rappellera rapidement que la loi du 11 février 2005 réaffirme l'obligation d'emploi de 6% de personnes handicapées pour les entreprises de plus de 20 salariés et renforce les sanctions financières pour les employeurs (publics et privés) ne remplissant pas leur quota.

24 - Décision MLD-2013-16 du 11 février 2013 relative à l'accessibilité des personnes en situation de handicap.

pas de difficultés excessives. Le droit du travailleur est celui d'un « aménagement raisonnable ». Sarah Richard et Isabelle Barth précisent ainsi que « L'individu discriminé a indirectement pour rôle de faire vivre le système et de renforcer son efficacité en dénonçant l'illégalité des situations vécues, garantissant et entérinant l'effet dissuasif de la loi »³¹. Le juge interprète au cas par cas le caractère raisonnable de l'aménagement demandé.

En France, la notion d'aménagement raisonnable se retrouve dans le cadre de la copropriété. L'accessibilité des parties communes des bâtiments anciens collectifs peut poser problème, or, les copropriétaires en décident souverainement. Seuls les standards architecturaux sont requis et l'assemblée de copropriété à la capacité de bloquer les travaux de mise en conformité. Ce refus « peut interrompre la chaîne de déplacement du logement jusqu'à la rue et compromettre le maintien des personnes handicapées à domicile », dénonce Eva Menduina Gordon, d'autant que « les recours de l'occupant handicapé pour obtenir la mise en accessibilité des parties communes de son immeuble, indispensable à son autonomie, sont limités »³². Elle prône donc de s'appuyer sur le texte de la Convention relative aux droits des personnes handicapées qui retient une définition étendue de l'aménagement raisonnable afin de constituer un tempérament à la liberté des copropriétaires. Sur son fondement l'assemblée devrait autoriser et financer les travaux « raisonnables » à défaut d'être poursuivie pour discrimination. Cette position s'inscrit dans les réflexions menées actuellement sur les obligations de chacun dans une société inclusive.

2) Une réflexion sociale difficile sur la place du handicap

Noël-Jean Mazen rappelle que « La reconnaissance de l'autre, affecté d'un handicap, comme notre semblable est parfois difficile et impose non la conscience d'une humanité propre à la personne atteinte d'un handicap mais celle d'une dignité commune à tous les êtres humains »³³. Face à la nécessité d'éveiller les consciences pour faire tomber les tabous limitant l'intégration de tous, le législateur français a fait le choix, en 1975 comme en 2005, d'une loi-cadre sur le handicap plutôt que d'une politique transversale de peur que la dilution des textes entraîne celle de l'effort social. La conséquence potentielle est alors celle d'avoir établi une législation discriminante. L'arrêt de la CJUE du 11 avril 2013 apporte un éclairage intéressant. Elle retient la réduction du temps de travail comme un aménagement raisonnable et étend en conséquence la gamme des aménagements possibles. Mais, l'effet pernicieux de cette logique conduit à considérer que les personnes handicapées sont celles qui travaillent à temps partiel, le travail à temps plein étant

réservé aux personnes ne souffrant pas d'un handicap. Dans certain cas, alors, autoriser la réduction du temps de travail revient à stigmatiser les travailleurs handicapés.

La France s'oppose ici à la politique de *mainstreaming* que l'on trouve dans les pays anglo-saxons. Le Royaume-Uni s'est inspiré des modèles nord-américain avant d'influencer à son tour la politique européenne. Selon cette conception restrictive de l'intervention publique « La prise en compte du handicap s'inscrit dans le contexte général d'une politique sociale qui se fixe comme objectif de « donner à chacun sa chance » et dont l'emploi constitue la clé de voûte. La philosophie de responsabilisation individuelle conduit à privilégier une approche au cas par cas, en fonction des caractéristiques et besoins de chacun, plutôt que par type de public (*client group*) »³⁴. L'action publique se trouve alors dans la lutte contre la discrimination. La loi adoptée en 1995 pour lutter contre les discriminations à l'encontre des personnes handicapées est le complément nécessaire au *mainstreaming*. Selon ce texte, la discrimination peut résulter d'un acte à caractère discriminatoire comme le refus d'embauche mais aussi d'une carence d'action comme l'absence d'aménagement. Cette conception transversale a influencé la construction des politiques européenne en matière de lutte contre la discrimination et plus spécifiquement le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées élaboré en 2003³⁵. Ce dernier « augure une approche cohérente et intégrée du traitement social du handicap » et promeut « une politique inclusive qui ne considère plus les limitations physiques ou mentales d'un individu comme un problème en soi et qui préfère, par conséquent, se concentrer sur « son potentiel de participation à la vie sociale et au marché du travail »³⁶. Dans ce contexte, l'Union européenne observe que « la mobilité ne devrait pas être considérée comme une simple commodité ou même comme une nécessité sociale et économique, mais comme un droit »³⁷. La politique européenne vise ainsi à concilier lutte contre la discrimination et compensation³⁸. On peut penser qu'en France la loi du 28 décembre 2015 sur l'adaptation de la société au vieillissement conduit à repenser l'universalité de l'accessibilité dans un cadre approchant le *mainstreaming*. La question reste de savoir si les politiques de *mainstreaming* seraient plus efficaces à faire disparaître les discriminations.

34 - Claire Aubin, *La compensation du handicap au Royaume-Uni*, Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales n° 2004 004, Février 2004, p. 6.

35 - Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée *Égalité des chances pour les personnes handicapées : un plan d'action européen*, 30 octobre 2003, COM (2003) 650 final.

36 - Sylvain Laurent, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit social*, 2008, p. 586.

37 - Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée *Vers une Europe sans entrave pour les personnes handicapées*, 12 mai 2000, COM (2000) 284 final.

38 - Sylvain Laurent, *op. cit.*

31 - Sarah Richard et Isabelle Barth, « Handicap et emploi : Une comparaison France - Etats-Unis », *op. cit.*, p. 27.

32 - Eva Menduina Gordon, « Copropriété, accessibilité et non-discrimination des personnes handicapées : vers une obligation d'aménagement raisonnable ? », *RDSS*, 2011, p.533.

33 - Noël-Jean Mazen, « La réponse sociale au handicap », in *Ethique et handicap*, p. 65.

B- La disparition de la discrimination : une utopie ?

L'évolution de la société vers l'intégration totale des personnes en situation de handicap n'est pas achevée, des difficultés persistent particulièrement avec l'apparition de discriminations indirectes aussi reste-t-il essentiel de poursuivre les efforts fournis pour faire changer les mentalités.

1) La difficulté de lutter contre la discrimination indirecte

Il existe donc diverses modalités de protection des droits des personnes en situation de handicap à participer à la société. La France, l'Union européenne ou les États-Unis n'ont pas choisi la même voie pour combattre les discriminations. Qu'elles que soient les orientations, elles ne mènent pas encore à l'existence d'une société d'intégration universelle avec une accessibilité absolue. La lutte contre les discriminations peut même être considérée comme plus complexe puisque certaines politiques de protection génèrent elles-mêmes des discriminations indirectes. Ces dernières sont de natures différentes, elles peuvent se nicher dans la méconnaissance des dispositifs normatifs et des droits qui en découlent par les personnes qui peuvent en bénéficier. Elles peuvent aussi naître de l'inadéquation des moyens dégagés avec les objectifs d'intégrations législatifs. Elles peuvent encore être liées à l'absence d'institutions permettant de donner une place protégée aux enfants ou aux adultes qui ne peuvent la trouver dans la société.

L'école reste malheureusement un bon exemple de l'existence de discriminations indirectes. L'absence de formation des enseignants ne leur permet que rarement de dépister rapidement les troubles d'apprentissage dont peuvent être atteints certains enfants (la dyslexie en est un bon exemple). Faute de trouver les bons interlocuteurs, des parents peuvent être dépourvus de solution pour la prise en charge d'un enfant atteint de trouble du comportement générant son exclusion du système scolaire ordinaire, l'école n'est pas toujours en mesure de mettre en lien avec la MDPH. Ces travers sont dénoncés et analysés par le Défenseur des droits particulièrement dans le rapport de 2015 consacré aux droits de l'enfant³⁹. Le Défenseur s'y penche sur le sort des enfants dits invisibles car ils n'apparaissent pas dans les statistiques. Les 70 000 enfants confiés à l'Aide Sociale à l'Enfance, doublement vulnérables sont oubliés dans les politiques publiques d'accompagnement du handicap, et de la protection de l'enfance car ils sont ni quantifiés, ni identifiés dans les systèmes de d'informations existants. Le Défenseur fait plusieurs propositions pour rendre perceptibles ces enfants. Une majorité d'entre elles tient aux liens nécessaires à tisser entre la MDPH, l'ASE, l'éducation nationale, les services de PMI... Si chacun joue un rôle important, les échanges

sont encore trop faibles ou insuffisamment systématiques pour que les dépistages et diagnostics de handicap soient réalisés de façon précoce. Pourtant, un retard de prise en charge est souvent préjudiciable pour l'enfant. Ainsi, on peut considérer que « leur handicap est la conséquence des déficiences qu'ils portent et d'un environnement inadapté à la situation ». Les failles d'accessibilité, du milieu scolaire notamment, sont celles dues au défaut d'aménagement par défaut de reconnaissance du handicap. L'école n'est dès lors plus accessible pour tous.

Les améliorations apportées par la loi de 2005 aux dispositifs de 1975 n'ont pas permis de remédier à la difficulté de faire la liaison entre la prise en charge de l'adulte et celle de l'enfant. Le Défenseur des droits constate que : « La sortie du dispositif de protection de l'enfance est en général un moment d'intenses ruptures »⁴⁰. Aussi préconise-t-il, entre autres, des mises en réseaux des partenaires ou encore des équipes « 16-25 ans » au sein des MDPH. On peut espérer que la progression de l'accessibilité universelle permettra d'atténuer ces ruptures.

2) Un changement des mentalités à poursuivre...

Si beaucoup de progrès ont été accomplis pour permettre de donner leur place aux personnes en situation de handicap dans la société, certaines difficultés sont persistantes face au handicap mental. Un retard est constaté dans la reconnaissance du handicap psychique, au point que l'on peut parler de discrimination entre les handicaps. L'illustration la plus marquante est celle de l'accès au vote des personnes en situation de handicap mental que dénonce le Défenseur des droits dans son rapport de mars 2015⁴¹. Il relève également que seul 0,1 % d'élus sont en situation de handicap psychique. Parallèlement d'autres facteurs de discrimination apparaissent, comme l'obésité que l'on commence à dénoncer dans le cadre des discriminations à l'embauche. Ce nouveau facteur de discrimination a fait l'objet d'une qualification de handicap aux États-Unis.

Dès lors, on perçoit que la lutte contre la discrimination par l'accessibilité nécessite une évolution des mentalités sur toutes les différences et une valorisation de cette dernière : valorisation de la vieillesse, valorisation des différences par la mise en lumière du collectif des diversités. Il convient de considérer que non seulement la différence doit trouver sa place dans la société et ne doit pas être stigmatisée mais à l'inverse valorisée pour permettre à tous de prendre conscience que la richesse d'une société vient de sa pluralité. La faiblesse n'est discriminatoire que dans un contexte social de survalorisation des résultats, elle ne doit pas cacher la richesse des relations humaines exacerbée par l'adaptation à l'autre. Cette adaptation est d'autant plus stimulante que l'autre est différent donc questionne sur la perception du monde qui est la sienne. La comprendre et la respecter, la

39 - Le Défenseur des droits, *Handicap et protection de l'enfance : des droits pour les enfants invisibles*, Rapports 2015 consacré aux droits de l'enfant, 128 p. consultable à http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rae_2015_accessible.pdf

40 - *Ibid.*, p. 17.

41 - Le Défenseur des droits, *L'accès au vote des personnes handicapées*, mars 2015, *op. cit.*

faire sienne à son tour pour mettre ses propres conceptions en perspective font progresser l'individu et grandir la société.

Didier Sicard constatait en 2006 que « la société française est particulièrement intolérante au handicap, à la différence »⁴². Dix ans plus tard, malgré les progrès, cette vérité n'a pas pleinement disparu, il est urgent qu'elle devienne un archaïsme...

Guylène Nicolas

42 - Didier Sicard, « Dossier Handicap », *La Croix*, 3 mars 2006, cité par Noël-Jean Mazen, « La réponse sociale au handicap », *op.cit.*, p. 77.

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

Le rôle des politiques sociales et sanitaires dans la lutte contre les discriminations en matière de santé

Dominique Viriot-Barrial

Professeur à Aix Marseille Univ, CDS, centre de droit social, Aix-en-provence, France

Si traditionnellement lorsque l'on parle de discrimination et santé on pense immédiatement aux nombreuses affaires dans lesquelles la santé est apparue comme un critère de discrimination empêchant un individu d'accéder à un poste ou d'obtenir des services, les événements récents mettent en exergue une problématique qui sans être nouvelle prend une dimension renouvelée. Les graves crises financières qui ont secoué les pays de la zone euro et en particulier la France ont engendré dans une partie de la population des conditions de précarité qui n'ont pu qu'aggraver les disparités en matières de droits et en particulier d'accès aux droits les plus élémentaires comme l'accès aux soins. Dans cette même optique, l'explosion des flux migratoires impose de s'interroger indubitablement, au vu de la précarité dans laquelle les migrants arrivent, à la possibilité pour le système santé de faire face à cette nouvelle demande. Un système de santé qui se trouve dans une situation à flux tendus en terme financier engendre un certain nombre de tensions quant au respect de l'égal accès aux soins¹, qui n'est malheureusement pas un problème purement français comme le mettent en exergue certaines organisations à vocation internationale comme l'OMS ou encore médecins du monde². Nos propos

1 - Carde E., 2007, « Les discriminations selon l'origine dans l'accès aux soins », Santé Publique, no.2, 99-110.

DOI : 10.3917/spub.072.0099 ; Carde E., 2009a, « Quinze ans de réforme de l'accès à une couverture maladie des sans-papiers », Mouvements, en ligne <http://www.mouvements.info/Quinze-ans-de-reforme-de-l-acces-a.html> ». DOI : 10.3917/mouv.059.0143 ; Carde E., 2009b, « Les restrictions apportées au droit aux soins des étrangers sont-elles discriminatoires ? La loi et l'illégitime », Santé Publique, no.3, 331-337 ; Cognet M., Gabarro C., Adam-Vezina E., 2009, « Entre droit aux soins et qualité des soins », Hommes et Migrations, no.1282, 54-65. DOI : 10.4000/hommesmigrations.443 ; COMEDE, 2009, La santé des exilés, Rapport d'activité et d'observation COMEDE 2008, <http://www.comede.org/IMG/pdf/rapp-comede08.pdf>

2 - Médecins du Monde, 2010, Observatoire de l'accès aux soins de la mission France. Rapport 2009, Médecins du Monde, <http://www.medecinsdumonde.org/fr/Presse/Dossiers-de-presse/France/L-acces-aux-soins-des-plus-demunis-en-2010/remise-en-cause-d-un-systeme-social-solidaire> ; Mizrahi A., 2006, Morbidité et soins médicaux au x personnes nées à l'étranger, ARgSES. http://argses.free.fr/textes/41_Morb_et_CM_etrangers_2006.pdf ; Organisation Mondiale de la Santé, 2005, Migrations internationales, santé et droits humains, Genève, Organisation Mondiale de la Santé. http://whqlibdoc.who.int/publications/2005/924256253X_fre.pdf

ne seront pas de traiter de l'ouverture de l'accès aux soins par les multiples dispositifs qui existent (CMU, PUMA, CP-CMU, AME ...) mais bien de se centrer sur la volonté politique de sanctionner toute discrimination dans cet accès à la santé.

La discrimination au sein du domaine de la santé fait appel à un nombre de situations diversifiées que les politiques sociales et sanitaires apprennent peu à peu à gérer selon deux axes majeurs. Le premier concerne la consécration d'un véritable droit à l'égal accès à la santé centré non pas sur des aspects objectifs comme le problème des déserts médicaux mais sur les caractéristiques liées à la personne ce qui sous-tend la problématique discriminatoire. Le second aspect conduit à centrer les réflexions sur la santé comme vecteur de discriminations en prenant la santé et plus précisément la protection de la santé comme justificatif à un comportement apparemment discriminatoire mais aussi plus classiquement comme un véritable critère de situations discriminatoires.

I – L'accès à la santé, source de discrimination

L'égal accès aux soins apparaît comme un droit reconnu et entraîne de manière corollaire une interrogation sur l'appréciation de la légitimité du refus de soins apparemment discriminatoire.

A- L'accès à la prévention et aux soins non discriminatoire : un droit reconnu ?

L'égal accès à la prévention et aux soins trouve son fondement dans deux types de sources. La première est indirecte et très générale et revêt une nature pénale. La seconde est spécifique au domaine de la santé et trouve sa source dans le code de la santé publique. On pourra au préalable rappeler que la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, dans son article 2, consacre dans l'optique du respect du principe d'égalité, l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race en matière en particulier de protection sociale, de santé ou d'avantages sociaux.

1- Dans le code pénal

L'accès à la prévention et aux soins trouve une protection générale dans les dispositions du code pénal en particulier dans le chapitre V du titre II livre I^{er} (relatif aux crimes et délits contre les personnes) intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne ». En effet ce chapitre consacre

une des incriminations fondamentales liées à la dignité à savoir les discriminations. Si l'on se penche sur l'article 225-2 du code pénal ce dernier prévoit entre autres comme élément matériel constitutif, dans son 1^o, le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service. Si classiquement le texte reçoit beaucoup plus souvent application à propos de restaurateurs, d'hôteliers, de tenanciers de débits de boissons³ et, de façon plus générale, à l'égard de tous les artisans, commerçants, industriels et prestataires qui vendent des biens et des services⁴, la doctrine n'a pas hésité à confirmer que le domaine d'application du texte pouvait s'étendre aux prestations médicales ou paramédicales (refus de soins par un médecin, un infirmier, un dentiste, etc.)⁵. Or derrière ces termes et en particulier le refus de service, cela peut recouvrir le refus de soins ou plus largement le refus d'accéder à une prestation liée à la santé. Ce refus de soins pourra en fait être lié à l'un des critères définis à l'article 225-1 du code pénal qui dans sa dernière rédaction en comporte près d'une vingtaine, dix-neuf pour être précis⁶. Sans faire une énumération exhaustive de ces critères, on peut préciser que chacun de ces critères peut a priori soutenir une discrimination en matière d'accès aux soins. Mais comme on le verra ultérieurement le critère de la situation financière (qui est désormais doublé par celui de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur) et celui de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée étaient jusque-là les deux critères les plus marquants. Pour autant de nouveaux critères apparaissent désormais élargir de plus en plus dans le domaine de la santé. On peut citer l'orientation ou l'identité sexuelle mais aussi plus récemment le critère de la perte d'autonomie, critère créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. En effet ne pourrait-on penser que ce critère caractéristique des personnes âgées pourrait être le fondement d'un refus de soins ? Connaissant l'état de

la médecine générale et de l'impossibilité des médecins généralistes à faire face aux demandes de soins, la prise en charge d'une personne en manque d'autonomie peut bien évidemment représenter pour le médecin une charge supplémentaire (visites à domicile, suivi plus assidu surtout si l'on arrive aux situations de fin de vie). Cela le poussera à refuser des patients trop chronophages en temps et en suivi. Dans cette même optique, cette même loi a intégré un nouveau critère lié directement ou indirectement à la condition sociale tel que la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur. La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a aussi, dans une optique de lutte contre l'exclusion de la population des jeunes adultes souvent dans une situation précaire, renforcé leur droit à l'information en cette matière en modifiant l'article L. 262-2 du code de la sécurité sociale et facilité l'accès à la protection complémentaire selon l'article L. 861-1 du même code. On peut remarquer dans cette mouvance que le droit d'accès aux soins des détenus a aussi été reconnu par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 dans cette optique d'égal accès aux soins⁷.

Mais si cet égal accès aux soins est ainsi visé de manière générale, il l'est plus précisément dans le cadre du code de la santé.

2- Dans le code de la santé publique

L'affirmation du principe dans le code de la santé se fonde sur deux articles. En premier lieu, l'article L1110-3 premier alinéa modifié par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 précise qu'« aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins ». On retrouve cette idée dans la partie plus déontologique du code puisque l'article L.4127-7 du même code (anc. Art.7 code de déontologie médicale) réaffirme le principe selon lequel «le médecin doit écouter, examiner, conseiller avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou non appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée...». La nécessité d'un comportement professionnel non discriminatoire apparaît donc comme fondé sur des critères qui semblent être tout de même en retrait par rapport à ceux visés dans le droit commun des discriminations. Cet aspect déontologique est renforcé par le fait que ce respect d'un accès non discriminatoire apparaît comme une des missions essentielles du conseil national de l'ordre, mission réactualisée par la loi de modernisation de notre système de santé. En effet dans sa nouvelle rédaction, l'article L4122-1 précise que le conseil national (...) évalue, en lien avec des associations de patients agréées en application de l'article L. 1114-1 et selon des modalités précisées par décret, le respect du principe de non-discrimination dans l'accès à la

3 - ex. T. corr. Strasbourg, 21 nov. 1974, D. 1975. 492, note J. Foulon-Piganiol ; T. corr. Nantes, 1^{er} mars 1990, Dr. pénal 1991. Comm. 47, note M. Véron.

4 - (par ex. une compagnie aérienne, CA Paris, 19 sept. 1994, Juris-Data no 022591, JCP 1995. II. 22511, note I. Moine ; les exploitants d'une salle de cinéma, Crim. 20 juin 2006, no 05-85.888, Dr. pénal 2006. Comm. 133, note M. Véron.

5 - M. Danti-Juan, discrimination, répertoire de droit pénal et procédure pénale, Dalloz, 2011, spéc. n°12.

6 - Article 225-1 modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

7 - M. Guigue et A. Ponselle, présentation du principe de l'accès aux soins des détenus consacré par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, revue droit et santé, n°35, p. 258.

prévention ou aux soins, mentionné à l'article L. 1110-3, par les membres de l'ordre. Il lui revient de mesurer l'importance et la nature des pratiques de refus de soins par les moyens qu'il juge appropriés. ...

Mais on retrouve aussi dans le cadre de professions ou prestations médicales très spécifiques, cette référence récurrente à la non-discrimination dans le domaine de la santé. On peut citer l'article R6312-16 du code de la santé publique qui précise que le transport médicalisé est effectué dans le respect du libre choix du malade et sans discrimination d'aucune sorte entre les malades ou encore l'article R1132-13 du code de la santé publique qui prévoit que le conseiller en génétique aide chaque personne qui le consulte avec la même conscience et sans discrimination, quels que soient les sentiments qu'il peut éprouver à son égard et sans chercher à exploiter sa confiance en vue d'un avantage personnel ou financier. Enfin sur le critère discriminatoire du handicap, l'article D5232-5 du code de la santé publique précise que le prestataire de services et le distributeur de matériels prennent en charge la personne malade ou présentant une incapacité ou un handicap avec la même conscience sans discrimination et sans chercher à exploiter sa confiance en vue d'un avantage personnel ou financier.

Si cette consécration expresse de l'interdiction de la discrimination en matière d'accès à la santé est marquante, elle entraîne une réflexion sur l'appréhension du refus de soins discriminatoire.

B- L'appréhension du refus de soin discriminatoire par le professionnel de santé

Le refus de soins a souvent été envisagé sous un double aspect le refus d'être soigné ou le refus du professionnel de soigner⁸. On se centrera sur le refus de soins par le professionnel de santé qui a fait l'objet de nombreuses études et rapports très exhaustifs sur la question⁹ qui met en exergue une certaine typologie du refus de soins. Cette dernière inclut aussi bien les refus explicites que les refus implicites, à savoir les pratiques rendant le soin quasiment impossible en raison des obstacles que le malade se voit opposer par le professionnel ou l'établissement. Le refus de soins peut ainsi prendre la forme d'une dissuasion, notamment financière, conduisant à un renoncement aux soins de la part du malade dès lors doit-on s'interroger sur une politique de santé publique qui veillerait à contrôler de manière drastique l'ensemble de ces pratiques dont on ne peut nier le caractère discriminatoire. Il conviendra dans cette étude de se centrer, en premier lieu, sur les critères

qui actuellement sont les plus marquants dans cet accès aux soins et en second lieu d'analyser les situations qui pourraient justifier cette approche discriminatoire.

1- Les critères du refus de soins discriminatoire

L'analyse de ces critères montre que le refus discriminatoire est souvent attaché à des critères liés à la personne puisque par exemple l'inégal accès à la santé lié au territoire ne pourra se placer sur ce terrain. Cette politique de lutte contre l'inégal accès aux soins s'est considérablement renforcée avec une consécration générale dans le code de la santé publique par renvoi au droit commun pénal des discriminations mais aussi par l'émergence d'une protection plus ciblée au sein du code de la santé publique eu égard au critère spécifique de la situation financière.

a- Une politique de santé publique consacrée par le code de la santé publique par référence au code pénal

C'est l'article L1110-3, dans son deuxième alinéa, qui consacre cette interdiction du refus de soins discriminatoire en précisant qu'« un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne pour l'un des motifs visés au premier alinéa de l'article 225-1 ou à l'article 225-1-1 du code pénal ». Dans cette optique plusieurs problématiques actuelles ont été repensées dans le cadre d'une réelle politique de soutien à l'accès aux soins. On citera deux exemples.

Le premier exemple touche les politiques en matière d'accès aux soins des étrangers.

Dès 1998¹⁰, la loi française prévoyait la délivrance d'une carte de séjour temporaire d'un an à l'étranger « résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire ». Le droit d'obtenir cette carte de séjour n'était mis à mal uniquement lorsqu'existait un traitement adéquat dans le pays d'origine encore fallait-il que l'étranger ait un accès effectif aux soins dans leur pays d'origine. Cette dernière précision n'étant pas explicitée par la loi, le 7 avril 2010, deux décisions du Conseil d'État¹¹ ont précisé que la condition d'accès « effectif » aux soins recouvrait la vérification, non seulement de l'existence de l'offre médicale appropriée dans le pays d'origine mais également des possibilités effectives de l'intéressé d'en bénéficier en fonction de ses ressources, du bénéfice éventuel d'une prise en charge financière, ou encore de la région dont

8 - http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapp_refus_soins_ann_ids_env_sb_1106_av_140610.pdf.

9 - Résoudre le refus de soins, rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé, adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010 (www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-du-systeme-de-sante.html) et son annexe, www.sante-sports.gouv.fr/IMG/pdf/rapp_refus_soins_ann_ids_env_sb_1106_av_140610.pdf

10 - Celui-ci a été introduit par la Loi Chevènement n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile qui a créé dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, un article 12 bis. Depuis, l'ordonnance de 1945 a été codifiée dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ceseda). Le dispositif de droit au séjour pour raison médicale figure désormais au 11° de l'article L.313-11 du ceseda.

11 - S.-J. Liéber, D. Botteghi, « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », AJDA 2010 p.881.

il est originaire en particulier la précarité de la situation financière du demandeur corrélée à l'absence de dispositif de prise en charge financière des soins par la collectivité. Pour le Conseil d'État, comme le ministre de l'intérieur l'avait rappelé par voie de circulaire dès mai 1998, avant de refuser de se conformer à ses propres instructions, la vérification de la condition d'accès « effectif » aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi implique de prendre en compte à la fois : l'existence des traitements et des structures médicales appropriés sur le territoire du pays concerné ; la disponibilité actuelle et future de cette offre de soins en nombre et en qualité suffisants tenant compte le cas échéant des ruptures d'approvisionnement et des aléas techniques ; l'accessibilité concrète des soins tant dans ses dimensions économique, compte tenu de leur coût, des ressources de l'intéressé et du bénéfice éventuel d'une prise en charge financière par la collectivité, et géographique, qu'au regard de l'existence d'éventuelles discriminations ou de « toute autre circonstance exceptionnelle tirée des particularités de la situation de l'intéressé »¹².

Puis l'article L 313 - 11 11° du Ceseda, modifié par la loi du 16 juin 2011¹³ revenait à des conditions plus strictes pour la délivrance de cette carte de séjour puisqu'il ne visait plus que l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire et non l'effectivité du recours aux soins. Dès lors le problème pouvait se poser dans le cadre d'une compatibilité de certaines situations aux exigences de la CEDH. Même si classiquement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 3¹⁴ reste prudente en la matière imposant à l'étranger de démontrer qu'il ne pourrait pas accéder aux soins appropriés¹⁵. Il faut que des « circonstances très exceptionnelles » et des « considérations humanitaires impérieuses » soient en jeu¹⁶. Ainsi le fait qu'en cas d'expulsion de l'État contractant le requérant connaîtrait une dégradation importante de sa situation - notamment une réduction significative de son espérance de vie - n'est pas suffisant en soi pour emporter une violation de l'article 3 de la Convention¹⁷. La CEDH précise que l'article 3 ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants ». Une approche restrictive de la condition d'accessibilité ne

serait donc pas contraire à la jurisprudence européenne¹⁸. Pourtant, la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France¹⁹, après quelques hésitations parlementaires, clarifie également les conditions d'exercice de certains droits essentiels. Il précise, dans un sens plus protecteur, le droit au séjour des étrangers malades, notamment en prenant en compte la capacité du système de soins du pays d'origine à faire bénéficier l'étranger du traitement que sa pathologie requiert. En effet l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) dans sa nouvelle rédaction modifie la rédaction de son 11°²⁰ en rajoutant la référence à un recours effectif au traitement eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire. Quant à la procédure, cette dernière a fait l'objet d'un certain nombre de critiques de la part des associations plus précisément quant au transfert des compétences d'évaluation médicale des médecins des ARS vers un collège de médecins de l'office français de l'immigration et de l'intégration (OFII)²¹. En effet, elles relèvent que l'affiliation de l'OFII au ministère de l'intérieur alors que les ARS dépendent du ministère de la santé risque d'orienter les avis médicaux, qui seraient rédigés avec une volonté de contrôle des flux migratoires et non pas en vue d'assurer la continuité des soins.

Le deuxième exemple touche moins l'accès aux soins proprement dit que l'accès à des techniques médicales. A l'heure de la légalisation du mariage homosexuel en France par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe²², la

18 - S.-J. Liéber, D. Botteghi, « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », AJDA 2010 p.881.

19 - Diane Poupeau, « Droit des étrangers : adoption définitive du projet de loi », AJDA 2016 p.341.

20 - 11° A l'étranger résidant habituellement en France, si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié.

21 - Le décret n° 2016-1456 du 30 octobre 2016 (Diane Poupeau, « Réforme du droit des étrangers : les décrets d'application sont parus », AJDA 2016 p.2072.) fixe également les modalités de fonctionnement du futur collège de médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) à qui il reviendra, à compter du 1^{er} janvier prochain et en lieu et place des médecins des agences régionales de santé, de formuler un avis sur toute demande de titre de séjour d'un étranger malade sur le fondement des dispositions de l'article L. 313-3 11° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Cet avis sera émis sur la base, d'une part, d'un rapport médical établi par un médecin de l'OFII et, d'autre part, des informations disponibles sur les possibilités de bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans le pays d'origine de l'intéressé.

22 - B. Beignier et J.-R. Binet, Droit des personnes et de la famille, coll. Cours, LGDJ, 2015 spéc ; n°758 et la bibliographie citée : V. A. Mirkovic et A.-M. le Pourhiet, Mariage des personnes de même sexe. La controverse juridique, P. Téqui éd 2013, M. Lamarche, « Deux femmes, un homme et une femme, deux hommes : quel(s) mariage(s) pour le troisième millénaire, RLDC 2004/9, n° 380, pp. 33-38]. Hauser, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe, le paradoxe de la tortue d'Achille », JCP G 2012, doct., 1185 ; F. Dekeuwer-Défossez, « l'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », RLDC 2012/98 ; L. Aynès, « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe : trop ou trop peu », D. 2012, p. 2750.

12 - Ibid.

13 - Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

14 - Une mesure d'éloignement à l'encontre d'un étranger « dont l'état de santé est critique et qui serait renvoyé vers un pays où il serait privé de soins médicaux méconnaît l'article 3 de la Convention (CEDH 2 mai 1997, D. c/ Royaume-Uni, req. n° 30240/96).

15 - décision d'irrecevabilité du 15 nov. 2001, Karagoz c/ France, req. n° 47531/99, AJDA 2002. 500, chron. J.-F. Flauss.

16 - CEDH 2 mai 1997, D. c/ Royaume-Uni, req. n° 30240/96).

17 - CEDH, 27 mai 2008, N. c/ Royaume-Uni (req. n° 26565/05).

procréation médicalement assistée (PMA) fait aujourd'hui l'objet de nombreux et animés débats²³ et met en avant les enjeux d'une réforme. En effet, la PMA est accessible uniquement aux couples dont l'un des membres est victime d'une infertilité médicalement constatée ou aux couples dont l'homme ou la femme présente une maladie grave susceptible d'être transmise à l'enfant donc réservé aux seuls couples hétérosexuels. Or certains ont pu critiquer la référence à un modèle familial discriminant. Et ce d'autant plus que la France a été condamnée une nouvelle fois par la CEDH par deux arrêts du 21 juillet 2016, affaires Foulon et Bouvet contre France²⁴ pour avoir refusé la transcription de l'état civil des actes de naissance d'enfants né sous la technique de la gestation pour autrui. Cette condamnation apparaît dans le prolongement de la jurisprudence *Mennesson et Labassée*²⁵. Les fondements sont toujours les mêmes à savoir que le refus par la Cour de cassation²⁶ de reconnaître la filiation biologique d'un enfant constitue une violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale, notamment son droit d'établir une filiation et connaître son identité, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. On peut s'étonner de ces nouvelles décisions face à l'évolution récente de la jurisprudence se prononçant en faveur de l'inscription à l'état civil des enfants nés à l'étranger sous GPA²⁷, Mais dans l'affaire soumise à la CEDH, un problème supplémentaire lié à l'autorité de la chose jugée empêchait les requérants de pouvoir invoquer le revirement de jurisprudence, problème qui désormais sera réglé par la loi sur la justice du XXI^e siècle. En effet, le nouvel article L. 452-1 du code de l'organisation

judiciaire²⁸ permet le réexamen d'une décision définitive rendue en matière d'état des personnes suite à un arrêt de la CEDH qui constaterait entre autres une violation de la convention. Parmi les nombreuses questions soulevées par la doctrine²⁹ en matière de GPA, apparaît alors celle de savoir si le principe péremptoire de protection de « l'intérêt supérieur de l'enfant » pourrait surpasser la question de sa naissance à l'étranger par le recours à une mère porteuse. Il convient de préciser que le Conseil État, en se fondant sur le seul intérêt de l'enfant, a déjà réagi face à ces situations en adoptant des décisions lui étant favorables dès 2011³⁰ et récemment par une ordonnance en date du 3 août 2016³¹. Comme le remarque la doctrine³², si la portée primordiale accordée par le Conseil d'État à l'intérêt supérieur de l'enfant, posée par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE, art. 3, § 1), a permis d'éviter l'hypothèse d'abandon par la mère d'intention, elle est loin de résoudre toutes les difficultés liées à la GPA.

Mais à côté de ces critères largement repris du code pénal apparaissent certains critères plus spécifiquement visés par le code de la santé publique.

b- Le critère valorisé par le code de la santé publique : la situation sociale et financière

Si d'une manière générale le code pénal vise spécifiquement les critères relatifs à la situation économique de la personne comme critères discriminatoires pour favoriser l'accès aux soins, le code de la santé publique, couplé avec les circulaires ministérielles, met en exergue ces types de critères³³. Ainsi dans une optique fortement symbolique,

23 - B. Beignier et J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, coll. Cours, LGDJ, 2015 spéc ; n°758 et la bibliographie citée V. H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? » JCP G, 2013, n° 658, pp. 1123-1133, P. Murat, « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », Dr. famille, juillet-août 2013, pp. 30-34 ; B. de Boysson, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives, famille, juillet-août 2013, pp. 35-37 ; F. Chénédy, «...Et demain, la gestation pour autrui ? », Dr. famille, juillet, pp. 40-43 ; I. Corpart, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », AJ famille, juin 2013, p40-43 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté », RLDC/105, n° 5126, pp. 40-42 ; C. Brunetti-Pons, « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite Mariage, RLDC/105, juin 2013, n° 5143, pp. 73-78. Adde, F. Millet, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique, Défrénois, n° 09/05, art. 38153, pp. 743-760.

24 - req. n° 9063/14 et 10410/14, Foulon et Bouvet c/France), v. L. SAHEB-GHEZALI, « GPA : une nouvelle condamnation de la France par la CEDH », RDS, n°74, p. 907.

25 - CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, D. 2014, p. 1797, note Chénédy ; *ibid.*, p. 1773, chron. Fulchiron et Bidaud-Garon ; *ibid.*, p. 1787, obs. Bonfils et Gouttenoire ; AJ fam., 2014, p. 499, obs. Haftel ; RDSS, 2014, p. 887, note Bergoignan-Esper ; RTDciv., 2014, p. 616, obs. Hauser ; 26 juin 2014, *Labassée c/France*, n° 65941/11, D. 2014, p. 1797, note Chénédy ; *ibid.*, p. 1787, obs. Bonfils et Gouttenoire ; AJfam., 2014, p. 499 ; RTD civ., 2014, p. 616, obs. Hauser ; *ibid.*, p. 835, obs. Marguénaud.

26 - Cass 1^{re} civ., n° 12-30.138 et 12-18.315, AJfam., 2013, p. 532.

27 - Cass., ass. plén., du 3 juillet 2016 n° 14-21.323 et n° 15-50.002, corn. L. Lambert-Garrel, RDS, n° 67, 2015, p. 702

28 - Article L452-1 créé par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 42 (V) Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéficiaire de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions.

29 - L. Saheb-Ghezali, *pré-cité*.

30 - Voir aussi dans le même sens : CE, 4 mai 2011, n° 348778, *Ministre d'État, ministre des Affaires étrangères et européennes c/ Morin*, publié au Lebon ; AJDA, 2011, p. 928 ; D. 2011, p. 1347 ; *ibid.*, p. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

31 - Ord. CE, 3 août 2016, n° 401924 : il a après la condamnation de la France par la CEDH, ordonné au ministre des Affaires étrangères de délivrer, à titre provisoire, un laissez-passer consulaire au profit d'un enfant né en Arménie « quand bien même sa naissance résulterait d'une convention de gestation pour autrui ». La Haute juridiction administrative, sans se prononcer ni sur la nationalité, ni sur la filiation de l'enfant, fait reposer sa décision sur le seul intérêt supérieur de l'enfant pour permettre la délivrance d'un certificat d'entrée sur le territoire français.

32 - L. Saheb- Ghezali, *ibid.*

33 - Circulaire DH/DAS n° 93-33 du 17 septembre 1993 et circulaire n° 95-08 du 21 mars 1995 relatives à l'accès aux soins des personnes les plus démunies.

l'article L. 1411-1-1 du CSP affirme que : « L'accès à la prévention et aux soins des populations fragilisées constitue un objectif prioritaire de la politique de santé. [...] ». Mais plus précisément depuis la loi HPST de 2009, l'article L1110-3 deuxième alinéa précise qu' « un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne (...) au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du code de la sécurité sociale, ou du droit à l'aide prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles ». Dès lors un certain nombre de dispositifs d'aide, que l'on ne détaillera pas dans ce cadre, sont prévus pour favoriser l'accès aux soins, il est assez paradoxal de voir que les bénéficiaires en sont victimes par un comportement discriminatoire des professionnels de santé à leur égard. On a souvent entendu parler des problèmes liés aux bénéficiaires de la CMU, désormais remplacée par la protection universelle maladie (PUMA) conformément à la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016³⁴ et complétée par la CMU complémentaire (CMU-C) ³⁵ régie par les articles L.861-1 et suivants du code de la sécurité sociale.

Mais ce refus de soins s'étend plus largement aux bénéficiaires de la CMU (PUMA), de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME. Le Défenseur des droits avait constaté dans son rapport remis au premier ministre en mars 2014 : « *il ressort de nombreux constats documentés que la complexité d'accès à ces dispositifs et/ou du maintien de l'ouverture des droits se traduit par un phénomène croissant de "non-recours aux droits"* ». Face aux difficultés d'établir les preuves d'un refus de soins, le Défenseur avait ainsi notamment recommandé : « *d'instaurer, en modifiant l'article L.1110-3 du code de la santé publique, un aménagement de la charge de la preuve en cas de plainte pour refus de soins fondé sur le type de protection sociale* ». Dans cette optique de lutte contre les comportements discriminatoires, la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a modifié l'article L.4122-1 du code de la santé publique. Ainsi, à partir de la publication du décret d'application prévu par le même article, il incombera aux Ordres professionnels « *d'évaluer, en lien avec des associations de patients agréées en application de l'article L.1114-1 et selon des modalités précisées par décret, le respect du principe de non-discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, mentionné à l'article L.1110-3 (...). Il lui revient de mesurer l'importance et la nature*

des pratiques de refus de soins par les moyens qu'il juge appropriés ». Les organismes professionnels ont aussi agi dans cette optique comme par exemple la CNAM³⁶.

Si le refus de soin lié à la CMU a fait couler beaucoup d'encre³⁷, on peut se pencher plus spécifiquement sur l'AME ou encore aide médicale de l'État visée à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles visant plus spécifiquement les étrangers³⁸. L'aide médicale de l'État (AME), créé par la loi du 27 juillet 1999 instaurant la CMU, est un dispositif permettant aux étrangers en situation irrégulière c'est-à-dire non bénéficiaire de la PUMA de bénéficier d'un accès aux soins. L'Article L251-1 du code de l'action sociale et des familles modifié par la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016 prévoit toutes les conditions pour bénéficier de cette aide³⁹. Elle est attribuée majoritairement sous conditions de résidence stable et de ressources. Une fois attribuée, l'AME est accordée pour un an. Le renouvellement doit être demandé chaque année. L'AME donne droit à la prise en charge à 100 % des soins médicaux et hospitaliers, dans la limite des tarifs de la sécurité sociale. Enfin un dispositif supplémentaire pour assurer l'accès aux soins de personnes qui ne peuvent bénéficier de l'AME, le dispositif des soins urgents et vitaux (DSUV) a été créé en 2003 concomitamment à l'instauration d'un délai de résidence de 3 mois pour accéder à l'Aide médicale de l'État (AME). Le fonds pour les soins urgents et vitaux a pour objectif d'instaurer un financement de l'obligation déontologique des établissements de santé de délivrer des soins aux personnes démunies et dépourvues de droit à l'AME. Il

36 - E. Terrier, « CMU complémentaire et refus de soins, une nouvelle mise en demeure, circ. CNAM 61-2005 du 13 juin 2005 », revue droit et santé, n°8, p. 541.

37 - V. Pfister, « La raison du plus fort est toujours la meilleure, origine des inégalités économiques d'accès aux soins », RGDM, juin 2014, n°51, p. 195 ; F. Becquart, l'égal accès aux soins, mythe ou réalité, mémoire publié, LEH, BNDS, 2010 spéc ; p. 43 et s.

38 - P. Aeberhard et J. Lebas, L'accès aux soins des migrants, des sans-papiers et des personnes précaires, pour un droit universel aux soins, LEH, BNDS, 2011.

39 - Tout étranger résidant en France de manière ininterrompue depuis plus de trois mois, sans remplir la condition de régularité mentionnée à l'article L. 160-1 du code de la sécurité sociale et dont les ressources ne dépassent pas le plafond mentionné à l'article L. 861-1 de ce code a droit à l'aide médicale de l'Etat pour lui-même et pour :

1° Les personnes mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 161-1 du code de la sécurité sociale ;

2° Les personnes non mentionnées aux mêmes 1° et 2° vivant depuis douze mois consécutifs avec la personne bénéficiaire de l'aide mentionnée au premier alinéa du présent article et se trouvant à sa charge effective, totale et permanente, à condition d'en apporter la preuve dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Dans ce cas, le bénéfice de l'aide susmentionnée ne peut être attribué qu'à une seule de ces personnes.

En outre, toute personne qui, ne résidant pas en France, est présente sur le territoire français, et dont l'état de santé le justifie, peut, par décision individuelle prise par le ministre chargé de l'action sociale, bénéficier de l'aide médicale de l'Etat dans les conditions prévues par l'article L. 252-1. Dans ce cas, la prise en charge des dépenses mentionnées à l'article L. 251-2 peut être partielle.

De même, toute personne gardée à vue sur le territoire français, qu'elle réside ou non en France, peut, si son état de santé le justifie, bénéficier de l'aide médicale de l'Etat, dans des conditions définies par décret.

34 - L'article L.380-1 et suivant du code de la sécurité sociale. La protection universelle maladie assure désormais « *aux personnes qui exercent une activité professionnelle en France ou qui résident en France de façon stable et régulière, la prise en charge des frais de santé en cas de maladie ou de maternité, à titre personnel et de manière continue tout au long de la vie* ».

35 - Conformément aux informations résumées par le Fonds CMU, elle donne droit à la prise en charge gratuite de la part complémentaire des dépenses de santé y compris à l'hôpital. Sous la condition d'avoir une résidence régulière et stable en France et de disposer des revenus inférieurs au plafond fixé, les dépenses de santé sont prises en charge à hauteur de 100 % des tarifs de la sécurité sociale. De plus, la CMU-C inclut des forfaits de prise en charge pour les soins dentaires, les lunettes et les prothèses auditives. Les consultations sont payées directement au praticien par la sécurité sociale. Le bénéficiaire de la CMU-C est alors dispensé d'avance de frais.

visé à compenser partiellement l'exclusion des étrangers nouvellement arrivés en France du dispositif de l'AME. Ainsi, les soins urgents, dont l'absence de prise en charge mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou de l'enfant à naître, dispensés par les établissements de santé publics ou privés, sont pris en charge ponctuellement par l'État sous forme d'une dotation forfaitaire spécifique gérée par la CNAMTS (art L 254.1 du code ASF). Un effort important a été fait dans l'optique de l'information de ces populations défavorisées en éditant par exemple des guides⁴⁰. Une fois encore il conviendra de veiller que l'ensemble de ces dispositifs créés pour favoriser l'égal accès aux soins ne se retourne pas contre leurs propres bénéficiaires. La loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion a aussi organisé la lutte contre les inégalités sociales en matière de santé en instituant les programmes régionaux pour l'accès à la prévention et aux soins (PRAPS). Il est en effet admis que : « la barrière financière à l'accès aux soins est évidente pour les populations en situation de précarité, mais l'exemple des pays qui ont institué cette couverture universelle depuis longtemps montre que cela ne règle pas tous les problèmes d'accès aux soins et à la prévention ». Les PRAPS ont notamment pour ambition de combattre les difficultés d'accès aux soins liées aux pratiques professionnelles. La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires leur confère une nouvelle ambition puisqu'elle précise que ce programme est une composante obligatoire du plan stratégique régional de santé que les agences régionales de santé (ARS) doivent élaborer.

Mais le refus de soins apparemment discriminatoire peut, en fait, se fonder sur une justification qui le rend légitime.

2- Les justifications du refus de soins potentiellement discriminatoire

Ces justifications et leurs conditions se trouvent dans le cadre du code de la santé publique spécifiquement dans l'article L1110-3 dernier alinéa du code de la santé qui légitime le refus de soins⁴¹ fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins. Mais des réserves sont immédiatement posées qui touchent l'urgence et l'hypothèse où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité mais aussi une condition résidant dans la nécessité d'assurer la continuité des soins quelles que soient les circonstances, selon

l'article L. 6315-1 du présent code⁴².

La légitimité de certains refus de soins peut reposer sur une multitude de raisons qui devront bien évidemment être prouvées. Un certain nombre de raisons objectives peuvent être avancées telles que l'absence de compétence, la non-justification des soins ou encore leur caractère disproportionné. Bien évidemment le médecin peut aussi faire jouer la clause de conscience mais elle doit reposer sur des faits spécifiques comme par exemple en matière d'IVG pour lequel l'article L. 2212-8 CSP énonce qu'« un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais (qu') il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2. ». Hormis ces justifications que l'on peut qualifier d'objectives, d'autres seront plus aléatoires. Ainsi en est-il de la dégradation des relations entre praticien et patient qui induit une perte de confiance réciproque. Elle peut se manifester par une agressivité ou un refus de suivre ses prescriptions ou encore une assignation en justice. Encore faudra-t-il être sûr que ce comportement ne soit pas la conséquence d'un comportement préalablement discriminatoire. Mais le médecin doit même dans ces hypothèses prendre alors certaines précautions eu égard à l'article 6315-1 du code de la santé publique : il doit informer explicitement son patient de sa décision de cesser la poursuite des soins, et l'orienter vers un autre praticien. Au total, les motivations pour refuser des soins pour des raisons « personnelles ou professionnelles » peuvent être variées, et elles ne sont pas critiquables dès lors qu'une solution de suivi médical est proposée au patient. Mais il conviendra d'être très vigilant face à des refus de soins « déguisés » comme les délais déraisonnables ou les horaires tardifs proposés lors de prises de rendez-vous, ou encore le refus du tiers payant, ce dernier devant être généralisé dès fin 2017 même si le Conseil constitutionnel a modifié, par sa décision du 22 janvier 2016, la généralisation du tiers payant intégral. À partir du 30 novembre 2017, le tiers payant devient un droit pour tous les Français mais uniquement pour la partie obligatoire remboursée par la sécurité sociale contrairement à la partie remboursée par les complémentaires « santé ».

Enfin il convient de citer une situation récente pouvant potentiellement amener à un refus discriminatoire lié au critère de la résidence. En effet depuis la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, le critère de la résidence a été rajouté

40 - <http://inpes.santepubliquefrance.fr/CFESBases/catalogue/pdf/1663.pdf>

41 - Résoudre le refus de soins, rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé, adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010 (www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-du-systeme-de-sante.html) et son annexe, www.sante-sports.gouv.fr/IMG/pdf/rapp_refus_soins_ann_ids_env_sb_1106_av_140610.pdf.

42 - Article L6315-1 modifié par LOI n°2011-940 du 10 août 2011 - art. 10.

La continuité des soins aux malades est assurée quelles que soient les circonstances. Lorsque le médecin se dégage de sa mission de soins pour des raisons professionnelles ou personnelles, il doit indiquer à ses patients le confrère auquel ils pourront s'adresser en son absence. Le conseil départemental de l'ordre veille au respect de l'obligation de continuité des soins et en informe le directeur général de l'agence régionale de santé.

dans l'énumération des critères discriminatoires de l'article 225-1. Or dans une certaine typologie des refus de soins « limite », on cite l'hypothèse dans laquelle les médecins, et plus généralement les professionnels de santé, refusent de se déplacer dans des zones, souvent urbaines, où règnent l'insécurité et la violence. Si la crainte pour sa propre sécurité peut évidemment se comprendre, ce refus remet en cause l'accès aux soins des personnes qui vivent dans ces zones. Il n'est pas évident qu'un refus de soins fondé sur ce type de motif soit considéré comme licite, car il pourrait s'apparenter à une forme de discrimination. Mais l'article 225-3-5° légitime ces discriminations liées au lieu de résidence lorsque la personne chargée de la fourniture d'un bien ou service se trouve en situation de danger manifeste.

Ainsi, l'ensemble des politiques publiques tant liées à la santé publique qu'à d'autres domaines tels que le droit des étrangers a pour objectif de veiller fermement à la stigmatisation voire la sanction de tout comportement discriminatoire venant du professionnel de santé. Mais si l'accès aux soins peut être source de discrimination, la santé peut aussi être un vecteur de discrimination

II- La santé, vecteur de discrimination

La santé peut apparaître comme un vecteur de discrimination selon un double aspect. En premier lieu, la protection de la santé peut apparaître comme un justificatif à d'éventuelles atteintes discriminatoires que le législateur ou le juge ont diversement appréciées. En second lieu, assez classiquement, la santé apparaît comme un critère classique de discrimination.

A- La protection de la santé comme justificatif de discriminations dans les relations de santé

La protection de la santé, au sens large du terme a engendré un certain nombre de comportements qui pourraient a priori être qualifiés de discriminatoires.

1- L'impératif de santé publique face à la discrimination religieuse

L'impératif de santé publique et plus spécifiquement de qualité des soins doit impérativement être appréhendé au regard d'autres exigences telles que par exemple la liberté religieuse. Déjà la Charte du patient hospitalisé annexée à la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995 et réactualisée par la circulaire DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A n° 2006-90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées enserrait la liberté religieuse du patient dans un certain nombre de limites. Mais surtout le 23 février 2016 est paru le guide de l'observatoire de la laïcité intitulé « laïcité et gestion du fait religieux dans les établissements de santé » qui devient une référence à laquelle il importe

de se référer⁴³. On se centrera sur la partie concernant le malade même si la liberté religieuse des personnels est aussi évoquée. Si la référence à l'article 10 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 tempérée par l'article 4 est classique le guide rentre dans des précisions concernant diverses situations. En premier lieu il traite de la liberté de pratique de la religion tout en précisant que « ces droits s'exercent dans le respect de la liberté des autres. Tout prosélytisme est interdit, qu'il soit le fait d'une personne accueillie dans l'établissement, d'une personne bénévole, d'un visiteur ou d'un membre du personnel ». Puis le guide, en se référant classiquement à la charte des patients hospitalisés, précise que cette dernière va se reposer sur le principe de proportionnalité pour préciser que la règle de la liberté religieuse doit demeurer compatible avec les exigences d'une bonne dispensation des soins telle qu'elle est définie par l'équipe médicale. Que ce soit la circulaire précitée, la charte et le guide, on retrouve assez classiquement énoncées un certain nombre de limites à la liberté d'expression religieuse que ce soit :

- la qualité des soins et aux règles d'hygiène (le malade doit accepter la tenue vestimentaire imposée compte tenu des soins qui lui sont donnés) ;

- la tranquillité des autres personnes hospitalisées et de leurs proches ;

- le fonctionnement régulier du service ;

- Enfin une quatrième et nouvelle limite à l'expression de la liberté religieuse du patient apportée par la circulaire, interprétée comme la résultante des deux premières limites : le droit également reconnu à l'agent hospitalier de ne pas être discriminé pour des raisons religieuses. Cette nouvelle limite fut critiquée par certains, en ce qu'elle serait une remise en cause illégale d'une liberté « absolue » du patient à choisir son praticien, mais aussi en ce qu'elle présume que les discriminations à l'encontre des agents du service hospitalier résultent nécessairement d'un motif religieux. Le guide se penche sur la problématique du libre choix de son praticien et de son établissement de santé par le patient. S'il apparaît comme un droit fondamental de la législation sanitaire et un principe général du droit reconnu par le Conseil d'État, la circulaire tempère ce principe en énonçant que : « Toutefois, ce libre choix doit être exercé par le malade et non par un parent, un proche ou la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 du code de la santé publique ; il doit au surplus se concilier avec diverses règles telles que l'organisation du service ou la délivrance des soins. En ce qui concerne l'organisation du service, le libre choix du praticien par le malade ne peut aller à l'encontre du tour de garde des médecins ou de l'organisation des consultations, conforme aux exigences de continuité prévues à l'article L. 6112-2 du code de la santé publique ».

43 - <http://www.gouvernement.fr/guide-laicite-et-gestion-du-fait-religieux-dans-les-etablissements-publics-de-sante-3855>.

Les circulaires, comme le guide de 2016, précisent même les mesures en cas de perturbation des services que le fait religieux peut entraîner en se référant à l'article. R. 1112-49 CSP qui précise que « le directeur prend, avec l'accord du médecin chef de service, toutes les mesures appropriées pouvant aller éventuellement jusqu'au prononcé de la sortie de l'intéressé ».

Le rapport sur la laïcité et la gestion du fait religieux dans les établissements de santé en février 2016 établi par l'observatoire de la laïcité, précise certaines situations pratiques telles que la dissimulation du visage en particulier depuis la loi du 11 octobre 2010, la possibilité ou pas de pratiquer à un examen médical si la patiente refuse d'enlever son voile ou encore de réaliser une intervention si le patient refuse de retirer son couvre-chef pendant l'opération. Le critère de la proportionnalité sera appréhendé avec justesse pour réaliser un véritable équilibre entre liberté religieuse et garantie des soins de qualité.

Mais cette protection de la santé publique a aussi été mise en exergue dans des situations dans lesquelles une discrimination liée à l'orientation sexuelle pouvait être relevée.

2- L'impératif de la santé publique face à la discrimination liée à l'orientation sexuelle.

Une récente problématique éthique a été mise en avant ces dix dernières années et qui concerne l'égalité d'accès au don de sang en particulier à l'égard d'une certaine catégorie de la population présentée comme entraînant un risque pour la santé publique⁴⁴. Un certain nombre de personnalités politiques⁴⁵ et de courants de pensées⁴⁶ ont condamné cette situation de fait. Cette problématique qui semblait s'être résolue, par voie d'arrêt, en créant une contre-indication permanente dans le cadre des annexes et plus particulièrement d'un tableau des contre-indications entraînant un risque pour le receveur et ce malgré un certain nombre de critiques émanant soit du Comité National d'éthique en 2002 soit de la Halde dans une délibération

de février 2006⁴⁷. Lors de la récente réforme des lois bioéthiques, cette problématique avait été évoquée qui a amené, le 6 avril 2011⁴⁸, les sénateurs à examiner, dans le cadre de la réforme de la loi bioéthique, un amendement proposé par des parlementaires socialistes et écologistes visant à permettre aux hommes homosexuels de donner leur sang. Cet amendement proposait de rédiger un nouvel article 1211-6-1 aux termes duquel « Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle ». Le sénat a finalement adopté un sous-amendement indiquant que « nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de toute contre indication médicale » désormais inscrit dans l'article L. 1211-6-1 du code de la santé publique. Cependant, lors des débats parlementaires, la secrétaire d'État auprès du Ministre du travail, de l'emploi et de la santé chargée de la santé a bien confirmé que l'arrêt du 12 janvier 2009 était toujours applicable et qu'il existait toujours une contre-indication permanente pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme.

Pourtant ces deux dernières années le débat a rebondi. En effet, une question préjudicielle avait été posée à la CJUE au regard de l'annexe III 2004/33 ainsi libellée : la circonstance pour un homme d'avoir des rapports sexuels avec un autre homme constitue-t-elle en soi un comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et justifiant une exclusion permanente du don de sang ou est-elle simplement susceptible de constituer un comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et justifiant une exclusion temporaire du don de sang pendant une durée déterminée après la fin du comportement à risque⁴⁹ ? Le 20 avril 2015, la CJUE avait rendu une décision dans laquelle il ressortait que la contre-indication permanente du don de sang des hommes ayant eu des relations sexuelles avec d'autres hommes ne pouvait être regardée comme conforme au droit de l'union s'il existait des techniques efficace permettant de détecter ses maladies ou à défaut des telles techniques des méthodes moins contraignantes qu'une telle contre-indication impose pour assurer un niveau élevé

44 - D. Viriot-Barrial, « Don de sang, transfusion sanguine : de l'altruisme à la responsabilité » in *Le sang, Donner et recevoir*, dir. J. Chiaroni, D. Chevè, C. Berland-Benhaim et P. Le Coz, CNRS édition, avril 2016, p. 61.

45 - Jack Lang s'est exprimé en 2009 dans une lettre écrite à Xavier Bertrand alors ministre de la santé. Il lui demandait d'accomplir un acte positif d'ouverture du don de sang aux homosexuels et d'en reconsidérer les motifs d'exclusion qui devraient reposer sur le critère du comportement à risque et non plus stigmatiser une population ou une orientation sexuelle.

46 - Le 27 avril 2009 le Grand Orient de France, la Grande Loge Féminine de France, la Fédération Française du Droit Humain ont condamné cette situation de fait en se fondant bien évidemment sur les droits fondamentaux mettant en avant que *la France demande courageusement dans le cadre de l'ONU, au nom de l'universalité des droits de l'homme, la dépénalisation générale de l'homosexualité alors qu'un citoyen homosexuel se vit refuser la possibilité de donner son sang. Outre le fait que de nombreux spécialistes du VIH contestent, chiffres à l'appui, la pertinence scientifique de cette position, cette discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et ostracisant des «groupes» de population distincts dans la société n'est pas acceptable au regard des principes républicains, et notamment du principe constitutionnel d'égalité devant la loi.*

47 - Délibération relative à l'exclusion de don de sang en raison de l'orientation sexuelle n° 2006-17 du 06/02/2006 : La HALDE a été saisie du refus d'accès au don du sang opposé aux personnes homosexuelles à l'issue de l'entretien médical préalable. Le Collège de la HALDE se réfère à l'avis rendu par le Comité consultatif national d'éthique qui considère que le don du sang est un devoir d'aide et d'assistance et décide que le refus d'accès au don du sang n'est pas un refus de fourniture d'un bien ou d'un service. La HALDE appelle néanmoins l'organisme de collecte de sang à établir un protocole de sélection des donneurs qui réponde au principe de sécurité et à celui de précaution tout en respectant, la directive 2002/98/CE du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité notamment pour la collecte du sang humain, la directive 2004/33/CE du 22 mars 2004 concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, et le décret 2006-99 du 1er février 2006.

48 - Débats parlementaires, Compte rendu intégral Sénat, séance du 6 avril 2011, article 5 quater AA.

49 - A. Nieto, La CJUE en faveur d'un don de sang pour tous ?, CJUE concl. Paolo Mengozzi, 17 juillet 2014, aff. C 528/13, Geoffroy Léger c. Ministère des affaires sociales et de la santé / ESF, rev. droit et santé, n°62, 1698.

de protection de la santé des receveurs. On relevait une double discrimination l'une concernant bien évidemment l'orientation sexuelle et la seconde le sexe puisque seuls les hommes étaient visés. Suite à ces différentes positions et consacrant une volonté gouvernementale, la Ministre de la santé Marisol Touraine a pris un arrêté du 5 avril 2015⁵⁰ qui permet aux hommes ayant eu une relation avec un autre homme de donner son sang mais dans un délai non pas de quatre mois qui s'applique aux personnes ayant eu un comportement sexuel « à risque » impliquant de nombreux partenaires comme cela est désormais visé dans l'arrêté de 2009 mais dans un délai de un an. Cette prise de position a été fortement critiquée⁵¹ car elle associait homosexualité et séropositivité. On peut aussi préciser que la cour de cassation faisait œuvre de résistance. Dans un arrêt rendu le 08 juillet 2015⁵², cette dernière, en premier lieu, refuse la qualification de discrimination face au refus de don de sang matérialisant bien qu'il n'existe pas de droit au don de sang et que ce dernier ne peut rentrer dans la définition étroite du service tel que visé dans l'article 225-2 du code pénal. Dans un second temps, elle précise que l'exception à l'exigence d'un consentement de la personne à l'enregistrement et à la conservation de données personnelles relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle, qui découle des dispositions combinées des articles 226-19 du code pénal et 8 de la loi du 6 janvier 1978, constitue une mesure légitime, nécessaire à la protection de la santé, définie par la loi avec suffisamment de précision pour éviter l'arbitraire, et de nature à assurer, en l'état, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de la santé publique, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée ». L'individu avait pu être « fiché » comme homosexuel dès un premier don de sang et cela l'a empêché de pouvoir lors d'un don suivant être accepté comme donneur.

Dés lors est intervenue une modification du code de la santé publique et plus particulièrement de l'article L1211-6-1 Code de la santé publique modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. Cet article prévoyait initialement que « Nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de contre-indications médicales ». A été rajouté de manière symbolique que « Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle. ». Pour autant l'arrêté de 2015 dans sa version consolidée au 1er février 2017 prévoit toujours dans le tableau de son annexe II une contre-indication pour les hommes ayant eu des rapport (s) sexuel (s) avec un autre homme mais avec de savantes distinctions quant au délai

de contre-indication oscillant entre quatre mois et un an⁵³.

Enfin assez classiquement on retrouve la santé au cœur des discriminations comme un critère classique qui joue hors du cadre de la santé.

B- La santé comme critère classique de discriminations

Si la santé a toujours été un critère discriminatoire fortement consacré par le législateur dans des sources très diversifiées, on ne peut s'empêcher de réfléchir à sa réelle mise en œuvre qui dépend moins de nos classiques institutions juridictionnelles que d'institutions ayant des caractéristiques précises comme le Défenseur des Droits.

1- Une consécration protéiforme par le législateur du critère discriminatoire de la santé.

Si l'on peut trouver, dans le code de la santé publique, certains articles qui traitent de manière très indirecte de la discrimination liée à un élément de santé⁵⁴, la source essentielle de la protection touche le droit social ou encore le droit pénal.

Ainsi au sein du code du travail, dans sa première partie relative aux relations individuelles de travail, plus spécifiquement dans un Titre III relatif aux discriminations est consacré un véritable principe de non-discrimination traduit dans l'article L1132-1 et qui vise, à côté d'autres critères, celui de l'état de santé⁵⁵. On peut préciser cependant que, de manière très paradoxale, à l'origine, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et qui définissait, dans son article 1er, la discrimination directe ne faisait pas apparaître expressément la critère de la santé⁵⁶. Il faut attendre sa dernière mouture,

53 - Dans le cas d'un don de sang total et d'aphérèse : Contre Indication de douze mois après le dernier rapport sexuel considéré ; dans le cas d'un don de plasma par aphaérèse pour plasma sécurisé par quarantaine : Contre Indication de quatre mois pour les hommes ayant eu plus d'un partenaire sexuel dans les quatre derniers mois après la fin de cette situation.

54 - Article L3232-4 créé par la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 : ces campagnes doivent également porter sur l'acceptation des personnes obèses ou en surpoids et la lutte contre les discriminations qui leur sont faites.

55 - Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison (...) de son état de santé.

56 - Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

50 - Arrêté du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, JORF n°0085 du 10 avril 2016, texte n° 8,

51 - PORCHER R, « De l'hypocrisie de nos politiques : étude succincte d'une aberration ministérielle relative à l'ouverture du don de sang aux hommes homosexuels »

52 - Crim 08 juillet 2015 n° 13-86.267 ; v. PORCHER R., « Regards croisés sur l'impossibilité pour les hommes homosexuels de donner leur sang », RDS n° 66, 2015, p. 598

issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, pour retrouver tous les critères harmonisés avec le code pénal et en particulier celui lié à l'état de santé. Quant aux actes discriminatoires, c'est l'article L1132-1 qui les vise comme le fait d'être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, d'être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de l'un des motifs énoncés à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008⁵⁷. Ces dispositions n'ont pas une vocation pénale. On précisera que certaines infractions liées aux discriminations sont visées spécifiquement dans le code du travail mais qu'elles ne visent pas le critère de la santé mais uniquement les activités syndicales, le sexe et la situation de famille⁵⁸. Le code du travail autorise bien évidemment des différences de traitement dans le cadre de l'article L1133-1 lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Et dans ce cadre, on trouve de manière spécifique dans le cadre de l'article L1133-3 la référence à l'état de santé puisqu'il vise les des différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap. Dès lors elles ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

Mais on retrouve aussi dans le code pénal les instruments nécessaires pour lutter contre les discriminations dans tous les domaines de la vie. Il est évident que le critère de la santé est expressément visé dans le cadre de l'article 225 - 1. Mais il convient de remarquer que l'élément matériel est défini avec précision dans le cadre de l'article 225 - 2⁵⁹. On peut s'apercevoir que le législateur pénal, est assez frileux à s'engager dans la voie de la non discrimination par référence exclusive au concept d'égalité, contrairement aux textes

internationaux et européens (v. entre autres l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations qui définit la discrimination comme le fait pour une personne d'être traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable). On s'aperçoit que peu de jurisprudences sont liées à ce critère. On trouve, par exemple, le cas d'un restaurateur ayant refusé de servir un client atteint d'un glaucome et ne portant pas de lunettes noires au motif qu'il pourrait importuner les clients⁶⁰, le fait de rendre plus difficile la signature d'un bail d'un appartement en lien avec l'état de santé déficient d'un des potentiels locataires atteint du SIDA⁶¹, le fait de refuser l'accès à une salle de cinéma à de personnes handicapées⁶² ou encore le fait de aérien de refuser par une société de transport, sans motif lié à la sécurité, d'embarquer une personne en fauteuil roulant⁶³

Mais il convient de préciser qu'un problème était patent en matière de discrimination liée à un état de santé à savoir le fameux droit à l'oubli pour les personnes ayant eu un grave problème de santé. L'article 225-3- 1^o ⁶⁴ prévoyait une impossibilité de faire jouer les discriminations en matière de contrats d'assurance. Mais cela emportait des conséquences trop importantes à l'égard de certaines personnes. Dès lors la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a consacré ce fameux droit à l'oubli pour les personnes ayant eu un grave problème de santé. Une convention nationale détermine les modalités et les délais dans lesquels dans une limite de dix ans après la fin du protocole thérapeutique au-delà desquels les personnes ayant souffert d'une pathologie cancéreuse ne peuvent se voir appliquer une majoration de tarifs ou une exclusion de leurs garanties pour leur contrat d'assurance. Ce délai est ramené à cinq ans en cas de pathologie cancéreuse survenue avant 18 ans. La convention prévoit également les délais au-delà desquels aucune information médicale relative aux pathologies cancéreuses ne peut être recueillie par les organismes assureurs.

Mais si les instruments de lutte contre les discriminations liées à la santé existent et sont diversifiés, leur mise en œuvre, voire leur sanction appelle quelques réserves.

57 - R. Salomon, *Droit pénal social*, Economica ; A. Coeuret, E. Fortis et F. Duquesnes, *Droit pénal du travail*, Lexisnexis, 2016, spéc. n° 603 et s., E. Fortis, réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités, *AJP* 2008, p. 303 ; T. Sagardoytho, le droit pénal de la discrimination, un droit à construire, *AJP* 2008, p.313 ;

58 - A. Coeuret, E. Fortis et F. Duquesnes, *Droit pénal du travail*, Lexisnexis, 2016, spéc. n° 638.

59 - La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stades visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

60 - T. corr. Nantes, 23 avril 1990.

61 - Cass. Crim. 25 novembre 1997, bull. crim. n°399

62 - Cass. Crim. 20 juin 2006, Dr. Pénal 2006, comm. 134, obs. Véron

63 - .cass. crim. 15 déc. 2015, n°13(81.586 : D. 2016, p.828, note S. Detraz.

64 - Article 225-3 modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 86

Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables :

1° Aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ou qu'elles se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe tel que défini à l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ;

2- Réflexions générales sur le traitement de la discrimination en matière de santé

Si le droit pénal est réputé plus menaçant et donc plus efficace que le droit du travail ou le droit civil, les signalements sont statistiquement rares, les poursuites et les condamnations pénales sont faibles et la voie pénale n'est pas celle qui est la plus sollicitée. Si elle a favorisé la création de nouveaux modes de preuves tels le testing, elle apparaît comme aléatoire et hasardeuse. Le traitement disciplinaire est aussi peu efficace. Ainsi, en ce qui concerne les chirurgiens-dentistes, aucune affaire n'a été traitée par la section disciplinaire. Le nombre de réclamations dont cet ordre a pu avoir connaissance est très faible et elles ont pu faire l'objet de conciliation⁶⁵. On ne pourrait nier l'influence des contentieux en matière de droit social. Mais en fait, dans une précédente étude⁶⁶ avait déjà été mis en évidence le rôle important que pouvait jouer la HALDE, désormais Défenseur des Droits, dans le cadre des discriminations liées à la santé. La HALDE a toujours été très vigilante à l'égard de ces types de discriminations opposées à des bénéficiaires de la CMU par des médecins. Pour rendre ses délibérations en la matière, celle-ci s'est appuyée sur plusieurs textes : le préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé...* », le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui engage les États à reconnaître « *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* », la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, et l'article 1110-03 du Code de la santé publique qui dispose que : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention et aux soins. [...]* ». La Halde conclut ainsi : « *Dès lors, tous refus d'accès à la prévention ou aux soins opposés par un professionnel de santé aux bénéficiaires de la CMU est en opposition avec les mesures et les objectifs du législateur émis dans le cadre des textes précités, et constitue une discrimination au sens de la loi et des engagements internationaux* »⁶⁷. Dans une nouvelle délibération du 5 mars 2007, la Halde rendait la même conclusion pour des refus de rendez-vous opposés à des bénéficiaires de l'AME (aide médicale de l'État) mis en lumière par une enquête de Médecins du monde⁶⁸.

Désormais, au sein du Défenseur des Droits existe un pôle santé. Dans le domaine de la santé, le Défenseur

des droits est chargé de défendre les droits et les libertés des usagers du système de soins et des professionnels de santé. Le Défenseur des Droits peut être saisi gratuitement de réclamations dans le domaine de la santé. Les litiges peuvent concerner les droits des patients, la sécurité des soins, la sécurité des patients, la sécurité des personnes, la protection des personnes vulnérables, la déontologie des professionnels de santé, la bioéthique. Le Pôle santé est investi d'une mission d'information, de médiation et de traitement des réclamations. L'intervention du Pôle santé du Défenseur des Droits a pour objectif de renforcer le dialogue entre les usagers du système de soins et les professionnels de santé. Le Pôle santé instruit toutes demandes d'information ou réclamations qui mettent en cause le non-respect du droit des malades, la qualité du système de santé, la sécurité des soins et l'accès aux soins.

Il intervient aussi bien lorsque l'état de santé est au cœur d'une décision comme en matière de droit social⁶⁹ que lorsqu'elle touche un accès aux soins discriminatoires. En particulier dans une récente décision de novembre 2016⁷⁰, le Défenseur des Droits a été saisi de plusieurs réclamations relatives au refus de prendre en compte la dispense d'avance des frais des patients bénéficiaires de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS). Des tests téléphoniques ont permis d'établir que le secrétariat des cabinets mis en cause, informé par le patient du fait qu'il était bénéficiaire de l'ACS, indiquaient ignorer l'existence de ce type d'aide médicale et l'application du tiers payant. Pour un des médecins, une enquête complémentaire auprès de la CPAM a permis de disposer de données supplémentaires relatives au tiers payant, établissant que le médecin concerné pratiquait bien le tiers payant aux bénéficiaires de la CMU-C et de l'AME. Il ne l'appliquait cependant pas systématiquement aux bénéficiaires de l'ACS. L'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS) est réservée aux personnes dont les ressources sont légèrement supérieures au plafond pour la CMU. Elle permettait, à l'époque des faits, de réduire et, dans certains cas, de prendre en charge totalement le montant de la cotisation annuelle pour la complémentaire santé. Les bénéficiaires de l'ACS étaient dispensés d'avance des frais pour la part des dépenses prises en charge par l'assurance maladie, à condition de respecter le parcours de soins coordonnés. À compter du 1er juillet 2015, le régime de l'ACS était aligné sur celui de la CMU-C : les bénéficiaires de l'ACS ayant adhéré à un des contrats complémentaires proposés par la Sécurité sociale sont désormais dispensés de l'avance des frais de sorte que le tiers payant intégral leur est applicable. Le tiers payant partiel reste applicable aux autres bénéficiaires de l'ACS. Le Défenseur des Droits

65 - Résoudre le refus de soins, rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé, adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010 (www.sante-sports.gouv.fr/rapports-sur-le-respect-des-droits-des-usagers-dusysteme-cde-sante.html)

66 - D. Viriot-Barrial, Les discriminations liées à la santé : confrontation de la vision pénaliste et de la vision « haldiste ». Dernier état des lieux avant l'« entrée en scène » du défenseur des droits», in Rev. générale de droit médical, n°40, septembre 2011, les études hospitalières 2011.

67 - Délibération HALDE, n°2006-232 du 6 novembre 2006.

68 - Délibération HALDE, n°2007-40 du 5 mars 2007.

69 - Pour citer Les toutes dernières décisions en la matière : Décision MLD-2016-270 du 28 novembre 2016 relative à une discrimination liée à l'absence de reclassement et au licenciement d'un salarié qu'il estime en lien avec son état de santé et/ou son handicap, Décision MLD-2016-122 du 20 mai 2016 relative à des recommandations de modifier certaines pratiques au sein d'une entreprise.

70 - Décision MLD-2016-083 du 15 avril 2016 relative aux pratiques de refus de soins des bénéficiaires de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé.

décide de rappeler les règles applicables aux bénéficiaires de l'ACS aux cabinets mis en cause et de recommander une sensibilisation des médecins aux dispositifs d'aide existants et le respect du tiers payant intégral ou partiel.

Si les politiques sociales et sanitaires ont pour vocation de créer le contexte adéquat à une reconnaissance d'une véritable lutte contre la discrimination en matière de santé, il s'avère nécessaire de rendre plus effective sa sanction au sens large du terme pour qu'on puisse consacrer un véritable principe de non-discrimination en matière de santé.

Dominique Viriot-Barrial

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

La discrimination liée à l'âge : avancée en âge et accès aux soins

Jean- Pierre Aquino

Médecin à l'Hôpital la Porte Verte (Versailles)
Fondation Médéric Alzheimer (Paris)

Géraldine Viatour

Pilote MAIA Yvelines Grand Versailles

Les discriminations liées à l'âge sont présentes au quotidien et elles sont susceptibles de remettre en cause l'accès des personnes âgées aux droits dans de nombreux domaines tels que le logement, la santé, les assurances...

Deux exemples sont démonstratifs. En matière d'accès au logement, les personnes âgées doivent faire face à l'insuffisance d'offre de logements adaptés ainsi qu'à des pratiques discriminatoires de la part des bailleurs. En matière de sécurité et de déontologie, le contrôleur général des lieux privatifs de liberté a récemment souligné les conditions de placement des personnes âgées dans les centres spécialisés, comme les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) qui peuvent porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux.

Il est temps de faire une lecture différente des actes et des regards que notre société porte sur les « vieux » : les textes sont nécessaires, mais non suffisants pour assurer aux personnes âgées fragiles ou malades les mêmes droits qu'aux autres.

De qui parle-t-on ?

Dans une société où le fait même de ne plus être jeune peut s'avérer être une forme de handicap, où la discrimination liée à l'âge est plurielle et quotidienne, il semble légitime de se demander ce qu'il en est pour les personnes qui sont entrées dans le « grand âge », à savoir celles qui ont dépassé l'âge de 85 ans. Car les aînés sont divisés en deux catégories. Les « vieux encore jeunes », les fringants retraités souvent considérés comme utiles à la société compte tenu de leur pouvoir d'achat. Les plus âgés, dont les effets de l'âge ne sont plus camouflables, qui bénéficient de la solidarité nationale lorsque la perte d'autonomie survient, ne sont-ils pas considérés comme à charge de la société ?

Avec l'avancée en âge, trois typologies de personnes peuvent être distinguées : les personnes âgées en bonne

santé, les personnes fragiles et les personnes en perte d'autonomie. L'âge légal ne reflète en rien les besoins qui sont extrêmement différents d'une personne à l'autre et il faut préciser que le passage successif par ces trois situations n'est pas systématique. Le vieillissement ne signifie donc en aucun cas perte d'autonomie, puisque six octogénaires sur dix vivent à domicile, autonomes.

Tout dépend indiscutablement de l'appartenance de la personne à l'une des typologies décrites ci-dessus.

Selon les cas, quelles sont les défenses personnelles, existe-t-il une vulnérabilité psychologique, quel est le rôle de la famille...et le risque encouru de « minoration de l'être » ? Cette « minoration de l'être » est un facteur de risque encouru, lié à l'âge et surtout aux performances physiques et cognitives. Elle dépend de la présentation de chacun et de son vécu. Les ressources individuelles représentent une défense face au risque de discrimination. Finalement ne commence-t-on pas à vieillir lorsque le fantasme d'éternité qui nous anime rencontre une limite jusqu'alors ignorée ?

Quel est le chemin parcouru ?

Dans les années 70, un plan de la région parisienne qualifiait un établissement, devenu depuis « hôpital gériatrique », du titre « Hospice des incurables ». Cette désignation reflétait parfaitement les représentations des personnes très âgées par la société.

Trois périodes peuvent être identifiées. La période des lamentations émanant de professionnels démunis qui raisonnaient souvent en disant « que faire de telle ou telle personne âgée » ? Puis la période des incantations, marquée par des phrases commençant par « il n'y a qu'à..., il faut que... », en recherchant ce qu'il conviendrait de proposer à la personne âgée. Puis la période de l'action, dans laquelle nous sommes, inaugurée par l'intégration concrète du vieillissement dans les politiques publiques, sans pour autant méconnaître le rapport Laroque de 1962.

La gériatrie est devenue une spécialité médicale en 2004. La spécificité des besoins et donc des réponses à ces besoins sont ainsi soulignées, la recherche et l'enseignement sont depuis valorisés. Cette dynamique de progrès engagée repose essentiellement sur une analyse des besoins et la recherche de réponses adaptées dans un contexte économique bien souvent contraint. En revanche, il est à regretter l'absence d'école doctorale en gérontologie, contraignant les Sciences Humaines et Sociales à s'emparer de ces questions de manière transversale, en faisant un pas de côté.

Les hôpitaux se sont organisés pour mettre à disposition des unités gériatriques aiguës et des services de soins de suite, pour contribuer à l'organisation de parcours cohérents à partir du domicile, en articulation avec des aides ambulatoires. Ainsi, dans chacune des nouvelles régions, sont définis des territoires qui développent le programme PAERPA, dédié aux « personnes âgées à risque de perte d'autonomie ».

Les médecins spécialistes s'intéressent de plus en plus fréquemment aux personnes âgées qui représentent un pourcentage de plus en plus important de leur patientèle. Des travaux cliniques portent actuellement sur la cardiogériatrie, l'onco-gériatrie... visant à mieux traiter et mieux accompagner les personnes âgées présentant un problème cardiaque ou une maladie cancéreuse, contrastant avec la difficulté qu'ont les personnes âgées pour trouver un médecin généraliste se rendant à domicile, acceptant de nouveaux patients.

Toutes les recherches et les interventions portant sur « la fragilité » méritent d'être soulignées. La fragilité caractérise la situation d'une personne âgée qui n'est plus « robuste », sans pour autant être en perte d'autonomie. Cet état est précaire dans le où, à tout moment, la bascule est possible. Cette notion de fragilité incite à développer des stratégies de repérage de ces situations pour mettre en place des actions permettant d'éviter l'apparition de la perte d'autonomie et de ses conséquences.

Dans le champ médico-social, le développement des services de soins infirmiers à domicile, des coordinations gérontologiques, des équipes spécialisées Alzheimer sont autant d'avancées en réponse aux besoins de la population vieillissante. Il faut aussi souligner les évolutions des EHPAD, avec la création de PASA (pôles d'activités et de soins adaptés) et d'UHR (unités d'hébergement renforcé), l'ouverture sur l'extérieur et la constitution de plateformes réalisant « l'EHPAD hors les murs ». Le professionnalisme des EHPAD est à souligner, même si des efforts sont encore à faire.

Enfin, la réflexion éthique apporte une aide importante venant éclairer les pratiques professionnelles confrontées souvent à des situations qui interpellent les équipes. Le chemin à parcourir doit conduire à la réduction des inégalités sociales en santé, mais aussi des inégalités territoriales. En effet, certains territoires sont plus riches que d'autres en dispositifs extrahospitaliers permettant un accompagnement adapté de la population vieillissante.

Une vision de plus en plus globale

Le regard médical, trop souvent normatif, prend le risque de la réduction de la personne à un score (grilles, échelles, mesures...). Si une analyse métrologique vient compléter une analyse clinique, elle-même abondée par des examens complémentaires, il est essentiel que ce zoom avant, permettant de découvrir la cause de la maladie, soit complété d'un zoom arrière venant considérer la personne

dans sa totalité, prenant en compte ses goûts, ses projets, son environnement, ses revenus...

La prévention est un bon exemple d'une évolution tout à fait favorable portant sur la vision plus globale des réponses apportées à la population vieillissante. Ainsi, en 2003 le programme national « Bien Vieillir » s'intéressait à 17 villes sélectionnées développant deux thématiques : les activités physiques et la nutrition. En 2007-2009, le plan national « Bien Vieillir » enrichit sa stratégie en associant la culture du lien social. En 2016, la publication de la loi d'adaptation de la société au vieillissement intègre l'environnement dans la démarche préventive : l'habitat, l'urbanisme, les transports... d'où la nécessité d'une démarche interministérielle.

Cette démarche préventive, logique et pertinente, représente une indiscutable avancée mais engendre parfois des excès. Ainsi, les personnes âgées les plus jeunes sont la cible de campagnes de sensibilisation sur le « bien vieillir ». Les conseils donnés ressemblent parfois à des injonctions, en les encourageant fortement à s'impliquer en suivant les conseils donnés et à prendre soin de leur santé. Ils ont pour but de faire prendre conscience à cette catégorie de citoyens que leurs actes, leur environnement, leur mode de vie, auront et ont déjà un impact sur leur qualité de vie actuelle et future. Certains observateurs parlent même de « la tyrannie du bien vieillir »... Il est louable de définir des attitudes et des comportements souhaitables pour une bonne santé plus longtemps, et de les faire connaître... mais qu'est-ce que cette expression « bien vieillir » réveille en nous ? Est-ce que « bien vieillir », c'est vieillir en bonne santé ? Est-ce que si on ne vieillit pas « bien », on vieillit « mal » ? Quelle est la responsabilité de chacun dans son « mal vieillir » ? Si vieillir n'est pas systématiquement facteur de maladie, ce qui est admis, qu'est-ce que le « bien vieillir » ? Est-ce que « bien vieillir » c'est ne pas vieillir ? Le vieillissement est encore trop souvent décrit comme catastrophique et pourtant la notion de réversibilité et le constat d'une grande plasticité permettent de corriger un vieillissement erratique. Bien vieillir, ce serait donc savoir tirer le meilleur parti de compétences réduites par l'optimisation et la compensation, donc par l'adaptation.

Le domicile

A domicile, lorsqu'une personne âgée a besoin d'aide, pour le ménage, ou sa toilette, le pas à faire pour qu'elle soit considérée comme « incapable » peut être vite franchi. Il lui est même difficile de faire entendre qu'elle est encore chez elle, dans son foyer, lieu où elle est seule décisionnaire ! Il lui faut alors développer une grande énergie pour faire valoir ses droits de primauté sur les décisions qui sont prises au sein même de son domicile. La personne âgée devra prendre le risque d'être considérée comme rigide (au mieux) pour ne pas accepter que les meubles soient changés de place privilégiant le passage de l'aspirateur à ses habitudes et à la convivialité de son intérieur.

Le maillage des lieux d'information et des possibilités d'aide représente une opportunité réelle pour les personnes âgées qui vivent chez elles de continuer à le faire. Restons attentifs à ne pas souhaiter une aide pour tous : tous n'en ont pas besoin, tous n'en souhaitent pas, et tous ne sont pas en mesure de l'accepter telle qu'elle est proposée. Les personnes qui refusent les aides chez elles alors qu'elles en ont besoin (selon les professionnels) sont précieuses car elles nous rappellent de manière parfois cuisante qu'elles sont maîtresses chez elles, qu'elles ont le droit de refuser ce que la société souhaite pour elles. Elles nous obligent à questionner la pertinence même de l'aide, à remettre en question la manière dont celle-ci est proposée et délivrée, et à rechercher des solutions plus adaptées. Sans ces personnes récalcitrantes, ferions-nous ces efforts naturellement ?

Les établissements

L'hôpital productiviste, dont la tarification à l'activité veille à des séjours les plus courts possibles, génère pour certains patients âgés une iatrogénie hospitalière.

Il est fait référence ici à une perte d'autonomie induite par des pratiques professionnelles des soignants qui partent du principe qu'il est plus rapide de faire la toilette, d'habiller et de faire manger le patient plutôt que de l'inciter à sauvegarder son autonomie, ainsi la pneumonie est-elle guérie mais l'autonomie est-elle réduite... Deux temporalités s'affrontent : le temps court de l'hospitalisation et le temps long de l'accompagnement à domicile. Certaines personnes âgées subissent les conséquences délétères expliquant des difficultés d'adaptation lors du retour à domicile avec des risques de ré-hospitalisation.

Faire respecter ses souhaits et même ses droits en collectivité est difficile. A l'entrée des institutions, on trouve généralement une charte des droits des résidents. Les droits des résidents sont-ils si différents des droits de l'Homme ? Le résident d'EHPAD n'est-il pas un citoyen, un homme à part entière, pour qu'on mette en valeur pour lui des droits spécifiques ? Les droits des résidents sont-ils un aveu de l'incapacité des institutions à respecter les droits de l'Homme ? Le résident est-il un citoyen avec des droits et des devoirs « dégradés » ?

En unité spécifique, où vivent des personnes ayant des troubles cognitifs, les exemples sont nombreux pour démontrer à quel point cette population souffre de discrimination liée à l'âge, mais aussi liée à la maladie.

- « - Je voudrai un café
- Non, votre fille nous a dit que vous buviez du thé le matin !
- Ah... »

Cette résidente boira certainement du thé tous les matins jusqu' à ce qu'un professionnel ait la capacité de se dédouaner des idées reçues, l'écoute véritablement et ait en tête que chacun, quel que soit son âge ou sa pathologie, puisse changer d'avis, changer d'habitudes, avoir envie de quelque chose de différent.

Il est dorénavant admis que les personnes vivant dans ces unités sont en droit de jouir de leur droit d'aller et venir à leur guise. Afin qu'elles ne se mettent pas en danger, les sorties sont préconisées accompagnées. Le manque de professionnels ou bien l'organisation même des établissements rend ces sorties bien souvent trop rares. Sont alors privilégiées des sorties dans un lieu clos, sécurisé et permettant au résident de sortir quand il le souhaite (jardin d'une unité en rez-de-chaussée, terrasse sécurisée)... En théorie. Car nombre d'interdictions ne disent pas leur nom : porte de sortie sur l'extérieur bloquée, porte rendue non accessible par la présence d'un fauteuil positionné devant, porte tellement lourde que les résidents ne peuvent l'utiliser, extérieur sans aucun aménagement pour s'asseoir, sans aménagement procurant de l'ombre en été... Trop souvent encore l'environnement proposé ne permet pas la sortie spontanée. Le contrôleur général des lieux privatifs de liberté a confirmé que le fonctionnement de nombreux établissements tels que les EHPAD peut porter atteinte à la liberté d'aller et venir des résidents.

Le droit à l'intimité pendant les soins est lui aussi tenu : une séance de vaccination collective contre la grippe, faite à même le salon d'une unité spécifique, a achevé de nous en convaincre....

Le droit à son logement, à son intimité est lui aussi relatif : l'inquiétude des professionnels et leur nombre insuffisant peuvent en pousser certains à souhaiter avoir sous les yeux tous les résidents. Un résident dans sa chambre avec la porte fermée est un résident qui se soustrait au regard du professionnel ; pour certains, cela ne sera pas possible : les injonctions à « venir au salon, ce sera plus sympathique » sont tellement insistantes que certains renonceront pour toujours à être seul chez eux, en dehors des temps prévus pour cela... par l'institution.

L'institution décide non seulement des repas et des horaires, mais aussi des moments d'intimité et de solitude, des moments en communauté, des moments en dedans et des moments en dehors... seuls certains résidents arriveront à s'y opposer.

Et demain ?

Le cycle de vie se décale: on fait des études de plus en plus longues, on se marie plus tard, le premier enfant naît plus tard, on prend sa retraite plus tard, on hérite plus tard et moins, on meurt plus tard... Cette approche sociologique est à prendre en compte dans une vision prospective de la société.

« L'humanité est vouée au progrès à perpétuité » (Alfred Sauvy) : ce progrès est d'évolution rapide avec les avancées technologiques. Notre monde, rare en temps, s'avère pléthorique en informations, les usagers éclairés par le net disposent d'une masse d'informations. Force est de constater que la transition numérique est en cours. La réduction de la fracture générationnelle est attendue avec les nouveaux

retraités et la prévention quantifiable est démultipliée par l'e-santé : les capteurs, les tableaux de bord... La contribution des technologies (domotique, voiture sans chauffeur...) va encore modifier le cadre de vie.

Mais une question essentielle demeure : quelle sera la durée de vie de demain ? Quelle est la longévité attendue ? Ne parle-t-on pas de vieillissement durable... n'allons-nous pas mourir rassasiés d'années ? En l'an 2000, les journaux titraient qu'une fille sur deux née cette année-là serait centenaire ! Certains biologistes affirment que l'homme qui va vivre 150 ans est déjà né...Avons-nous suffisamment intégré cette augmentation de la longévité dans nos stratégies et dans nos réflexions ?

Vieillir jeune, ce qui correspond à une volonté de paraître, caractérise un certain nombre de personnes. Le culte de la jeunesse et le jeunisme, avec la recherche du sérum de jouvence et des médications anti-âge, bercent certaines d'entre elles. Le fantasme de toute-puissance et d'éternité avec « l'homme réparé », « l'homme augmenté » représente un courant porté par les NBIC (nanotechnologies, biotechnologies, informatique et sciences cognitives). Ne parle-t-on pas d'euthanasie de la mort, de la mort de la mort ? Les GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) investissent des sommes considérables pour s'engager dans cette voie caractérisant le trans-humanisme avec ses risques et ses dérives, en particulier inégalitaires et contraires à l'éthique.

« Au-delà de cette limite, votre ticket n'est plus valable » (Romain Gary). Veillons à ce que notre ticket soit encore valable... Nous constatons tous une dynamique de progrès, certes encore inégalement répartie. Mais il ne faut pas tout attendre de l'État et des progrès de différentes disciplines. Une nécessaire responsabilisation individuelle s'impose. Rappelons-nous qu'une prévention des pertes d'autonomie évitables est accessible dès maintenant. L'importance de la formation des professionnels doit être rappelée ainsi que la nécessité d'une réflexion éthique. Un incontournable travail sur les représentations de la vieillesse s'impose. Il faut se garder d'une société plus orientée vers la prise en charge de la dépendance plutôt que vers la prévention de la perte d'autonomie : une politique d'assistance plutôt qu'une politique d'autonomie.

Des éléments de progrès

« Il faut passer d'un regard qui dévisage à un regard qui envisage » (Jean Cocteau).

Dans la loi d'Adaptation de la société au vieillissement (loi ASV), il faut souligner que le mot « autonomie » remplace celui de « dépendance ». Ce choix est significatif et mérite d'être souligné.

Suite à la promulgation de cette loi, le Comité national de la bientraitance et des droits (CNBD) fait maintenant partie du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge (HCFEA). De plus, chaque département crée un Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie (CDCA).

Ce Conseil résulte de la fusion du comité départemental des retraités et des personnes âgées et du conseil départemental consultatif des personnes handicapées. Il est chargé, dans le département, de participer à l'élaboration et la mise en œuvre des politiques liées à l'autonomie et la citoyenneté des personnes âgées et des personnes handicapées. Une conférence départementale des financeurs est aussi créée dans chaque département pour déployer des actions de prévention de la perte d'autonomie.

La lutte contre l'isolement portée par MONALISA propose une mobilisation contre l'isolement social avec la mise en commun de 30 réseaux associatifs et le déploiement d'équipes citoyennes (appui sur l'existant, émergence de nouveaux opérateurs, formation...).

L'aménagement des villes et des territoires peut s'appuyer sur le label Villes Amies des Aînés. Il faut poursuivre le développement des échanges intergénérationnels.

Il est important de faire de l'âge un atout du développement économique et de l'emploi (la Silver économie).

Plusieurs dispositifs en place sont en mesure de faire évoluer favorablement les pratiques en place, en modifiant le regard porté sur la population qui avance en âge.

Par exemple, les Centres de réflexion sur l'éthique sont des leviers essentiels. L'Espace national de réflexion éthique sur les maladies neuro-dégénératives est un lieu de diffusion, de réflexion et de formation aux questions éthiques et sociétales de la santé, du soin, de l'accompagnement et de la recherche autour de ces pathologies. Son objectif est de structurer et mettre à disposition du public des « ressources spécialisées en réflexion [éthique](#) », et plus largement en [sciences humaines et sociales](#), au niveau régional ou inter-régional au travers du réseau des [Espaces de réflexion éthiques](#).

Ou encore, le soutien de l'exercice de la démocratie qui se retrouve dans les hôpitaux sous les traits de la Commission des usagers et d'un Comité éthique. Dans les EHPAD, cet exercice prend la forme d'un Conseil de la vie sociale (CVS).

Pour conclure

Veillons à ne pas opposer les générations entre elles et à promouvoir l'utilité sociale des personnes âgées afin d'éviter la lutte des âges qui pourrait remplacer la lutte des classes ; mettons en valeur les possibilités qui s'offrent pendant la retraite et les apports possibles des aînés dans la vie sociale de tous : le combat de toute forme d'âgisme est déterminant.

Toute personne âgée est un sujet de droit, un citoyen authentique, acteur de sa propre destinée : soyons attentifs à ne pas la considérer comme une charge relevant d'une seule obligation de solidarité, même si celle-ci devait s'imposer en cas de perte d'autonomie. La sensibilisation des citoyens à leur propre avancée en âge et à un mode de vie prévenant les facteurs de perte d'autonomie pose le vieillissement comme une des préoccupations de toutes les générations afin d'en amoindrir la dimension anxigène.

Le vocabulaire professionnel est technique, empreint d'une relation de prestataire à bénéficiaire, parfois marqué d'une dimension compassionnelle et infantilissante. Le vocabulaire médical est truffé de « a » privatifs : Anosognosie, Apraxie, Agnosie... soulignant toutes les capacités que le patient a perdu. La personne disparaît derrière ses déficits, alors qu'elle dispose de compétences ; ne les reléguons pas au second plan, ne les ignorons pas. Insurgeons-nous contre la présomption d'incompétence car si les inégalités liées à l'âge peuvent être pernicieuses, les inégalités liées au grand âge et aux personnes atteintes de troubles cognitifs le sont probablement davantage.

Les efforts sont constants quant à l'utilisation de termes positifs, quitte à risquer de dénaturer le propos réel, confondant dépendance et perte d'autonomie, bienveillance et lutte contre la maltraitance...Le vocabulaire utilisé est un enjeu du changement des représentations que la société a des personnes âgées, et il faut sans doute en passer par là. Il viendra un temps où nous serons en mesure de parler de la vieillesse avec des mots décrivant les réalités de celle-ci, sans la diaboliser, sans l'angéliser.

André Malraux nous rappelle que l'Homme n'est certainement pas réductible à son âge : « Chaque vieux est une confession et si tant de vieilleses sont vides c'est parce que beaucoup d'hommes étaient déjà vides auparavant et ils le cachaient ».

Jean- Pierre Aquino et Géraldine Viatour

Bibliographie

- Rapport Laroque
Commission d'étude des problèmes de la vieillesse du
Haut comité consultatif de la population et de la famille
Pierre Laroque
SANTÉ, MÉDECINE SOCIOLOGIE TRAVAIL
SOCIALVIEILLESSE EUROPE France
- <http://www.irdes.fr/recherche/projets/paerpa-evaluation-du-parcours-sante-des-aines/actualites.html>
- <http://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/actualites/la-loi-relative-ladaptation-de-la-societe-au-vieillissement>
- <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2012/03/29/17859-personnes-agees-lhopital-est-mauvais-pour-neurones>
- TRIVIALLE Ch, L'hospitalisation des personnes âgées,
revue NPG, mars-avril 2002, p. 42
- <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2012/03/29/17859-personnes-agees-lhopital-est-mauvais-pour-neurones>
- JJ AMYOT, Innommable et innombrable, de la vieillesse
considérée comme une épidémie, DUNOD, mars 2014
- EYNARD C., Le parcours résidentiel au grand âge, de
l'utopie à l'expérience, coll. l'Harmattan, 2016
- GZIL F., La maladie du temps, sur la maladie d'Azheimer,
PUF, 2014
- Le contrôleur général des lieux de privation de liberté,
rapport d'activité 2013 Éditions Dalloz
- LAROCHE C. LAGET PL., L'hôpital en France, du Moyen-âge
à nos jours, Histoire et architecture, Coll. Beau livre, 2016

Pierre-Henri Bréchat

Membre de l'Institut Droit et Santé – Inserm UMR S 1145 - de l'Université Paris 5 (Paris Descartes) ; membre de la Chaire santé de Sciences Po ; praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique - Hôpitaux de Paris (AP-HP) en mobilité au Centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de l'AP-HP

Philippe Flammarion

Président de l'ARUCAH et membres de plusieurs institutions œuvrant dans le domaine de la santé.

Marie Grosset

Magistrate, membre de la chaire santé de Sciences Po Paris, directrice déléguée à la direction des affaires juridiques de l'Assistance Publique-Hopitaux de Paris (AP-HP)

Odile Jeunet

Membre de l'ARUCAH, membre de la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI) et membre de l'Association « Franche-Comté Alzheimer ».

Didier Tabuteau

Conseiller d'État, professeur associé à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, responsable de la Chaire Santé de Sciences Po

des Nations Unies, « la population [doit participer] à la prise de toutes les décisions en matière de santé aux niveaux communautaire, national et international ».

En 2016, les membres de l'ARUCAH ont voulu poursuivre ces travaux, en organisant des débats publics pour montrer qu'il leur est possible de co-construire, avec les responsables du système et les élus, le système de santé et d'assurance maladie régional, tout en alertant les candidats à la présidentielle de 2017. Pour cela, ils ont organisé un colloque public à Besançon le 23 novembre 2016, où l'ensemble des citoyens, des usagers, des représentants d'associations d'usagers du système, des professionnels de santé ont pu, pendant une journée, faire le bilan du système et amorcer des améliorations avec les responsables de l'administration de la santé et de l'assurance maladie ainsi que les élus de la région. Une co-construction du système de santé et d'Assurance maladie de la région Bourgogne - Franche Comté a ainsi pu commencer. Ce colloque a initié le « parlement sanitaire régional » imaginé par Didier Tabuteau en 2010³, à la suite du « conseil régional de santé » de la loi du 4 mars 2002, qui, abrogé par la loi relative à la politique de santé publique de 2004, n'a pas été mis en œuvre. Dans ce premier « parlement sanitaire régional », il a bien été débattu « en toute transparence des priorités régionales de la politique de santé »⁴. Les enjeux dépassant aussi la région, les élus présents se sont engagés à relayer ces travaux auprès de candidats à la présidentielle de 2017. Jamais la démocratie sanitaire n'est allée aussi loin en région.

Démocratie sanitaire régionale : l'exemple historique de la Bourgogne - Franche Comté⁵

Les travaux préparatoires importants de l'ARUCAH

En février 2016, l'ARUCAH a organisé 2 journées publiques dans le cadre de ses formations pour ses adhérents :

- La première journée, qui a eu lieu à Besançon le premier septembre 2016, avait pour but de permettre une mise en perspective des enjeux nationaux et internationaux de la démocratie sanitaire et des systèmes de santé et d'Assurance maladie. Didier Tabuteau a fait une communication orale sur l'évolution des droits des malades et de la démocratie sanitaire et Pierre-Henri Bréchat a traité des transformations

3 - Tabuteau D. Loi HPST : des interrogations pour demain ! Santé publique 2010 ; 1 : 79-90.

4 - Tabuteau D. Loi HPST : des interrogations pour demain ! Santé publique 2010 ; 1 : 79-90.

5 - Cette partie a été écrite à partir des PowerPoint présentés et des notes prises pendant le colloque et sa préparation.

Dépasser cinq paradoxes pour davantage de démocratie sanitaire

Depuis le colloque de 2012 pour ses 10 ans, les membres de l'Association des Représentants des Usagers dans les Cliniques, Associations sanitaires et Hôpitaux de Franche-Comté (ARUCAH)¹, inspirés par les Articles L. 1411-3, 1411-3-1 et 1111-1 de la loi du 4 mars 2002² relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé, participent à la définition de la politique de santé en organisant d'autres débats publics que ceux permettant l'expression des citoyens sur des questions de santé. D'ailleurs, selon l'Observation générale n° 14 (2000) sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint - article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels - élaborée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels

1 - Disponible sur : <http://www.arucah.fr/> [consulté le 5 janvier 2017].

2 - Cet article aurait pu être considéré comme un pré-rapport, comme prévu par l'Art. L. 1411-3-1 de la loi.

des systèmes de santé et d'Assurance maladie⁶. Cette journée avait pour but de permettre de préparer la deuxième. Il y a eu 46 participants, dont une députée le matin,

- La deuxième journée, correspond au colloque du 23 novembre 2016.

Dès le 4 août 2016, l'ARUCAH a adressé par courriel et voie postale des invitations à participer à ces 2 journées, afin que chacun les prenne en compte dans son agenda.

Ces courriers ont été adressés aux 44 parlementaires de la région Bourgogne - Franche-Comté, à la Présidente de Région, aux Présidents des Conseils départementaux des huit départements, au Directeur général de l'Agence Régionale de Santé (ARS) Bourgogne - Franche-Comté. Ces envois contenaient en plus l'article : Bréchat PH, Magnin-Feysot C, Jeunet O et al. Ce que demandent les représentants d'associations d'usagers de l'ARUCAH aux candidats à la présidentielle de 2017. *Droit & Santé* 2016 ; 71 : 354-361 ; et un exemplaire de l'ouvrage Bréchat PH. *Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie*. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016, pour 26 d'entre eux.

Une invitation a aussi été adressée au Président et aux membres titulaires et suppléants de la Conférence Régionale de Santé et de l'Autonomie (CRSA) Bourgogne - Franche-Comté.

Les responsables de 87 établissements de santé de la région ont reçu également ces invitations.

Les 59 présidents d'associations d'usagers ont également été invités et incités à diffuser l'information auprès de leurs adhérents.

Les adhérents de l'ARUCAH et ses sympathisants, ont aussi été mobilisés.

Une annonce a été faite un support de presse de l'Est de la France⁷.

Une relance a été réalisée le 22 septembre pour leur rappeler l'importance de la démarche citoyenne initiée par l'ARUCAH et les attentes de tous à l'attention des candidats aux futures élections.

Une petite majorité des parlementaires s'est excusée par oral et par écrit, aussi bien pour le samedi 1^{er} septembre que pour le mercredi 23 novembre, en soulignant leurs engagements antérieurs et le fait que le mercredi, ils sont à Paris pour exercer leurs mandats d'élus.

6- Ces communications font références aux ouvrages suivants : Laude A, Tabuteau D. *Les droits des malades*. Collection « Que sais-je ? ». Paris, Presses universitaires de France (PUF), 2016 ; et Bréchat PH. *Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie*. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016.

7- Piotrowski PH. Comment innover contre les inégalités de santé. *L'Est Républicain*, le 10 novembre 2016 : 5. Interview de Philippe Flammarion, Président de l'ARUCAH.

Le colloque public à Besançon du 23 novembre 2016 : le premier « parlement sanitaire régional »

Il y a eu 132 participants, dont des professionnels de santé venant du public et du privé, des directeurs d'hôpitaux, des médecins et des responsables de réseaux. Il y avait des responsables locaux de mutuelles et de fédérations (Fédération Hospitalière de France - FHF, Fédération des Etablissements Hospitaliers et d'Aide à la Personne - FEHAP, Fédération de l'Hospitalisation Privée - FHP) ainsi que des représentants d'associations d'usagers, dont ceux de l'ARUCAH, des assistants parlementaires, des usagers, des élus et des citoyens.

Le Président de l'ARUCAH a présenté⁸ les résultats de l'analyse du système de santé et d'Assurance maladie réalisée, le 5 mars 2016 par les membres de son association et publiée au mois de mai 2016⁹. Pour eux, « ce qui ne marche pas » dans le système prédomine sur « ce qui marche ». Le système ne propose pas assez d'actions de prévention et d'intégration entre les systèmes ambulatoire, hospitalier et médico-social. Il ne répond pas aux besoins de santé de la population et ne prend pas assez en compte l'ensemble des déterminants de la santé. L'AMO rembourse moins alors que l'Assurance maladie complémentaire (AMC) est trop chère, ce qui provoque une augmentation des renoncements aux soins et à la santé ainsi qu'un accroissement des inégalités d'accès aux soins et à la santé.

Les Présidentes de l'Association des Médecins Inspecteurs de Santé Publique (AMISP)¹⁰ ont montré les mêmes résultats provenant de la même étude réalisée par l'AMISP par des médecins de santé publique du système de santé et d'Assurance maladie : médecins inspecteurs de santé publique et médecins conseils de l'Assurance maladie. Ils n'avaient auparavant pas travaillé avec l'ARUCAH¹¹.

Le directeur de projet « prospective, relations avec les milieux académiques et les think tanks » de la Fédération Hospitalière de France (FHF) a donné les premiers résultats

8- Flammarion P. Les attentes exprimées par les représentants d'association d'usagers de l'ARUCAH. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

9- Bréchat PH, Magnin-Feysot C, Jeunet O et al. Ce que demandent les représentants d'associations d'usagers de l'ARUCAH aux candidats à la présidentielle de 2017. *Droit & Santé* 2016 ; 71 : 354-361.

10- Ortmans C, Gravelat C. Les attentes exprimées par l'association des médecins inspecteurs de santé publique. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

11- Bréchat PH, Gravelat C, Ortmans C et al. Médecins de santé publique du système de santé et d'Assurance maladie : leurs demandes aux candidats à la présidentielle de 2017. *Droit & Santé* 2016 ; 74 : 861-868.

de la plateforme politique 2017 de la FHF¹². La première attente des professionnels de santé des secteurs ambulatoire et hospitalier ayant contribué à cette plateforme est la mise en place d'une vision claire faisant sens pour l'avenir et qui rassemble les professionnels et les acteurs de santé. Cela, pour réduire aussi le désenchantement et l'épuisement dus à la multiplicité des dernières réformes. Il faut faire de la santé en mettant en place une offre de service globale par territoire et population, Pour cela, il faut laisser travailler les acteurs de terrain, les encourager et les reconnaître.

Le responsable de la Chaire santé de Sciences Po a ensuite fait des propositions pour qu'il n'y ait pas de « scénario catastrophe où la démocratie sanitaire perd et où le système n'est pas adapté aux enjeux d'aujourd'hui et n'est pas modernisé »¹³. Pour éviter la dégénérescence du système, il faut : faire de la santé publique une priorité et développer la prévention et la sécurité sanitaire ; dépasser le modèle individuel français où chacun est dans son coin en construisant des parcours de santé pour les usagers et les professionnels et acteurs de santé ; démocratiser encore plus la santé comme le démontre le Colloque « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections » ; uniformiser le pilotage du système qui doit permettre de construire une offre par un continuum homogène d'offres et d'actions relevant de la sécurité sanitaire, de la prévention, des soins ambulatoires et hospitaliers, du médico-social et du social, ayant des effets sur les déterminants de la santé et par territoire de santé ; instaurer enfin une Assurance Maladie Obligatoire (AMO) unique avec une solidarité élargie. Ce qui peut sauver le système et garantir la solidarité c'est l'Assurance Maladie Universelle (AMU) sans sélection des risques. La démocratie sanitaire doit peser là-dessus.

Pour le responsable du comité technique sur le projet de création de l'Union nationale des associations agréées d'usagers du système de santé (UNAASS)¹⁴, ce sont les usagers qui feront bouger le système. Pour cela, ils doivent être puissamment organisés tant aux niveaux local et régional que national, afin d'exercer un « contre-pouvoir ». Le décret et l'arrêté récemment publiés sur le financement de

la formation des représentants¹⁵ devraient y contribuer, de même que la mise en place de l'UNAASS et des URAASS. Elle devrait pouvoir favoriser la pluralité et l'indépendance des représentations des usagers tout en réduisant les inégalités de financements¹⁶.

Améliorer le système de santé et d'Assurance maladie pour qu'il réponde aux demandes exprimées par les représentants de l'ARUCAH, de l'AMISP, de la FHF et de Sciences Po est possible. Il faut aussi pour cela, de nouveaux outils et de nouveaux services pour que notre système devienne moderne, efficient, socialement efficace et durable¹⁷. Ces outils existent ailleurs qu'en France où ils ont fait la preuve de leur efficacité : un système informatique moderne regroupant les données cliniques – garantissant le secret professionnel -, administratives, financières et sociales couvrant l'ensemble du continuum comprenant le dossier médical électronique, les recommandations de bonnes pratiques, les outils d'aide à la décision et la formation continue ; un « Atlas » qui montre les variations d'efficience ; un programme de formation avancée et de recherches en amélioration continue de la qualité des soins et du système ; un laboratoire de recherche appliquée pour modifier l'organisation des soins et l'efficience du système de santé et d'assurance maladie. Il ne reste plus qu'à les acquérir ou à les mettre en œuvre¹⁸.

Surtout, il est montré que les politiques qui ont mis en place de telles réformes dans d'autres pays, comme au Québec, sont réélus¹⁹. Il faut pour cela, que la santé devienne un projet global de société et sorte du champ des réformes à minima et furtives²⁰.

15 - APMnews.com. Usagers du système de santé : publication d'un décret sur le financement de la formation des représentants. Le 20 décembre 2016 ; APMnews.com. Usagers du système de santé : publication de l'arrêté fixant le montant de l'indemnité de formation des représentants. Le 21 décembre 2016.

16 - Bréchat PH. Renforcer la démocratie sanitaire et la participation des citoyens et des usagers aux politiques de santé pour la protection et le développement de la démocratie française. Chronique 1 – Organisation sanitaire, politiques de santé. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2013 ; 2 : 31-36 ; Bréchat PH, Magnin-Feynot C, Jeunet O. Démocratie participative en santé en France : bilan mitigé en faveur d'améliorations. Chronique 1 – Organisation sanitaire, politiques de santé. Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie 2015 ; 3 : 38-42.

17 - Bréchat PH. De nouveaux outils et de nouveaux services pour un système de santé et d'assurance maladie moderne, efficient et durable. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

18 - Bréchat PH. Sauvons notre système de santé et d'assurance maladie. Rennes, Presses de l'EHESP, 2016.

19 - Malone A. Générer une dynamique pour transformer un système de santé : l'exemple du virage ambulatoire du Québec. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

20 - Malone A, Bréchat PH. La capacité à réformer le système de santé et d'Assurance maladie : quelques enseignements d'une expérience québécoise. Premier forum d'échanges franco-québécois sur la gouvernance en matière de santé : « L'État producteur de santé : analyse croisée France-Québec ». Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité (OFQSS) 2015 : 32-50.

12 - Malone A. Les attentes des professionnels de santé des secteurs ambulatoires et hospitaliers à partir de la plateforme de la Fédération Hospitalière de France (FHF). Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

13 - Tabuteau D. Les défis du système de santé à l'horizon 2025. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

14 - Couty E. L'avenir de la démocratie sanitaire et des possibilités de co-construction du système de santé et d'assurance maladie. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

Des questions ont été posées par les participants au colloque et des réponses leur ont été données.

Si les représentants d'associations d'usagers, les médecins de santé publique du système de santé et d'Assurance maladie et les intervenants de la première partie de ce colloque font le même diagnostic négatif du système, ils font des propositions d'amélioration aux candidats à la présidentielle de 2017. Ce diagnostic et ces propositions rejoignent par exemple ceux du « Panorama de la santé 2015 » de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) : le système français présente des risques qui le menacent comme l'absence de prévention, l'accroissement du renoncement aux soins et la lenteur de l'amélioration de la qualité des soins, qu'il faut améliorer. Cela est d'autant plus possible que les outils et les services pour soutenir ce changement existent et que des travaux montrent aux politiques comment réussir cette transformation du système tout en étant réélus.

Face à ces enjeux sociétaux et économiques, alliant urgence et faisabilité politique, les participants à la table ronde « politique » ont réagi, dans la deuxième partie du colloque.

Tous les élus de Bourgogne et de Franche-Comté ont été invités. Seuls deux députés du Doubs des groupes écologistes et socialistes sont venus ainsi que la Conseillère régionale Bourgogne - Franche Comté déléguée à la Solidarité, à la Santé et aux personnes âgées. Chacun a pu valoriser les actions dans lesquelles il était engagé : Interruption Volontaire de Grossesse (IVG) ; mariage pour tous ; fin de vie ; Protection Universelle Maladie (PUMA) ; prévention ; étiquetage des aliments ; formation des professionnels de santé ; aménagement du territoire et déterminants de la santé comme le logement, les transports et l'environnement. Ils ont aussi proposé des pistes d'amélioration comme : la réduction des inégalités, des dépassements d'honoraires et de la consommation des examens complémentaires ; la résolution des problèmes liés au financement de l'hôpital par la tarification à l'activité, au développement des AMC, des nanotechnologies et des produits chimiques ; l'accroissement de la consommation d'aliments issus de l'agriculture biologique. Ils ont convenu que le domaine de la santé et de l'Assurance maladie est d'un abord difficile, que des formations sont nécessaires pour les élus, et que le système doit être simplifié pour favoriser l'engagement des usagers, même si cela est peu porteur électoralement parlant²¹.

Le représentant de la FHF²² a rappelé les résultats du Baromètre Santé 360 « La place de la santé dans le débat public et électoral » réalisé par ODOXA et présenté le 14 novembre 2016 : la préservation du système de santé et

d'assurance maladie est pour la population la troisième priorité absolue dont devrait s'occuper le futur Président de la République (67 % après le chômage-86 % et la sécurité-80 à 86 %) ; pour 80 %, le système va se déliter si rien n'est fait, et cela, plus que dans les autres pays de l'Union Européenne ; « plus d'un Français sur deux place la santé au cœur de son choix électoral »²³. Ainsi, pour le représentant de la FHF, il convient de prendre en compte les résultats des études de l'ARUCAH et de l'AMISP présentés lors de la séance du matin, à laquelle il était le seul participant de la table ronde « politique » à y avoir assisté, car il émerge bien un risque de mouvements sociaux si rien n'est amélioré. Cela d'autant plus que si la France fournissait en 2000 les meilleurs soins de santé généraux selon le rapport sur la santé dans le monde de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), ce n'est plus le cas aujourd'hui. La population est inquiète de cette dégradation.

Pour le Directeur général de l'ARS Bourgogne - Franche Comté²⁴, la loi de modernisation de notre système de santé de 2016 permet une dynamique de transformation du système, comprenant la prévention et le développement du secteur ambulatoire, pour accroître l'accessibilité par une plus grande proximité, améliorer l'état de santé de la population tout en réduisant les inégalités. Il faut remporter ensemble les défis présentés.

Les participants ont pu ensuite poser des questions et faire des demandes.

L'une d'elle a porté sur le besoin de renforcement de financements de l'action dans le domaine médico-social à laquelle le Directeur général de l'ARS a répondu favorablement. Il a expliqué qu'il n'était pas facile sur du court terme de redynamiser la continuité des soins au niveau ambulatoire pour permettre aux services d'urgences des hôpitaux de se concentrer sur les seules urgences tout en redéployant des moyens des urgences vers d'autres besoins, comme ceux du secteur médico-social, alors qu'il existe des tensions dans les établissements de santé. La mise en place du Projet Régional de Santé (PRS) et des parcours de santé tels que prévus par la loi de modernisation de notre système de santé de 2016 ainsi que l'augmentation du Fonds d'Intervention Régional (FIR) devraient permettre de renforcer les possibilités de transformation du système. Les Groupements Hospitaliers de Territoires (GHT) devraient aussi faciliter le décloisonnement entre le secteur hospitalier et le secteur ambulatoire.

Un représentant de l'ARUCAH, qui, à la suite de la journée de formation préparatoire du 5 mars 2016, connaissant les résultats de certains systèmes de santé et d'Assurance maladie américains qui permettent à plus de 50 % des

21 - Romagnan B, Députée du Doubs (1^{re} circonscription) ; Alauzet E, Député du Doubs (2^e circonscription) ; Tenenbaum F, Conseillère régionale Bourgogne - Franche Comté. Communications orales. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

22 - Malone A. Représentant de la FHF. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

23 - Nothias JL. Plus d'un Français sur deux place la santé au cœur de son choix électoral. Le Figaro, le 14 novembre 2016.

24 - Lannelongue C. Directeur général de l'ARS Bourgogne - Franche Comté. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

patients atteints de pathologies mentales pris en charge, d'atteindre la rémission ou une amélioration significative²⁵, a demandé quand un tel résultat serait possible en France. Des participants de la table ronde « politique » ont répondu qu'il fallait faire évoluer le secteur de la santé mentale vers davantage d'intégration entre les secteurs hospitaliers et ambulatoires. Si c'est une avancée, ce ne sera pas suffisant, comme l'ont montré les américains. Un participant de la salle a considéré que les inégalités territoriales en nombre de psychiatres augmentent alors que la France est le pays de l'Union Européenne qui en a le plus. Un participant de la table ronde « politique » a répondu qu'il faut peut-être remettre en cause la liberté d'installation des médecins et que « les patients devaient obliger les politiques à agir en devenant plus forts que les lobbies des professionnels de santé ».

Un des participants de la table ronde « politique » a mis en évidence la nécessaire transformation du système, mais qui doit se faire démocratiquement, particulièrement pour l'évolution de l'Assurance maladie vers la PUMA ou vers l'AMC. Cela rejoint la proposition de Didier Tabuteau d'organiser une vaste concertation de type « Ségur de la santé » qui réunirait « pendant plusieurs mois l'ensemble des professionnels de santé et des usagers du système de santé, les organismes d'assurance maladie et les pouvoirs publics »²⁶.

Un représentant de l'ARUCAH, acteur, dans le cadre d'une association, du dépistage de la rétinopathie diabétique dans le nord de la Franche-Comté, a témoigné de la difficulté qu'ont les usagers à connaître leur pathologie, leurs traitements et les actions de prévention. « Ils sont perdus dans ce système qu'ils ne connaissent pas ». « Les travailleurs pauvres et les usagers précaires se sentent abandonnés ». Cela entraîne des gaspillages car ils sont obligés d'aller à l'hôpital alors qu'ils préféreraient être pris en charge par le secteur ambulatoire, moins onéreux, même si le médecin généraliste n'a pas le temps pour une prise en charge globale ». Il a rappelé le risque d'un vote populiste si rien ne s'améliore.

Des participants de la table ronde « politique » ont dit vouloir faire en sorte que des candidats à la présidentielle de 2017 s'engagent : pour un meilleur remboursement des soins dentaires, de l'optique et de la prise en charge des personnes âgées ; à réduire les inégalités ; à accroître l'éco-santé ; à faire en sorte que le système ne soit plus à plusieurs vitesses ; et que les conflits d'intérêts soient réduits.

Le Président de l'ARUCAH a conclu en disant : « les usagers doivent parler fort pour se faire entendre des politiques. Il faut remettre la santé au cœur du débat politique avant que le système ne se dégrade davantage »²⁷. Surtout, pour que le

25 - Briot P, Bréchat PH, Reiss-Brennan B, Cannon W, Bréchat N, Teil A. Prise en charge intégrée des maladies mentales : L'exemple d'Intermountain Healthcare (USA). Santé publique 2015 ; 27 (1) : s199-s208.

26 - Tabuteau D. Démocratie sanitaire. Les nouveaux défis de la politique de santé. Paris, Odile Jacob, 2016 : 240.

27 - Flammarion P. Conclusion. Communication orale. Colloque international « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections ». Besançon, Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs, le 23 novembre 2016.

système consommateur de soins puissent devenir un système producteur de santé efficient, socialement efficace et durable partout et pour tous, répondant aux besoins de la population²⁸.

Les retours immédiats suite à cette journée sont positifs : les manifestations de grande satisfaction d'avoir participé à une telle journée sont nombreux, mais pour l'instant oraux et admiratifs quant à la qualité des intervenants et à l'organisation de la journée. L'ARUCAH imprimera un numéro spécial de sa Revue « A3 » pour permettre à chacun de s'approprier ou de se réapproprier toutes les interventions et les échanges. L'idée d'une pétition a circulé ensuite en Franche-Comté. Les membres de l'ARUCAH ont finalement choisi de signer celle venant de Paris « pour la sécurité sociale » du 5 décembre 2016. Un membre de l'équipe travaillant à l'élaboration du projet santé pour un des candidats à la présidentielle a demandé la participation de l'ARUCAH.

Ces travaux peuvent montrer des pistes d'amélioration pour favoriser le développement de la démocratie sanitaire.

Pour une démocratie sanitaire : dépasser cinq paradoxes

La dynamique engagée par la démocratie sanitaire permet davantage d'engagement de la part des représentants d'associations d'usagers et des citoyens que de la part de l'administration de la santé et de l'Assurance maladie et des élus, et ce, malgré un dispositif législatif et des moyens dédiés à sa mise en œuvre, au sein de cette administration, qui n'ont jamais été aussi importants. C'est un premier paradoxe.

De plus, quand on compare ce développement aux autres pays qui engagent la même dynamique, c'est l'administration et les élus qui sont bien plus engagés que les représentants d'associations d'usagers et les citoyens à l'étranger alors qu'en France, c'est le contraire. C'est un deuxième paradoxe.

L'e-santé, ou l'application des technologies de l'information et de la communication au domaine de la santé, est devenu un enjeu des systèmes de santé et d'Assurance maladie. Par exemple, le fait de donner à l'utilisateur l'accès à son dossier médical peut lui permettre de corriger si besoin en est les données le concernant, ce qui favorise la réduction des décès évitables causés par des informations médicales erronées ou incomplètes. Cela permettrait aussi de réduire les dépenses inutiles. C'est ce qu'a permis l'Obamacare aux États-Unis d'Amérique en 2010, en favorisant le développement du « blue button » et des échanges de données entre médecins et établissements de santé. Près de 100 millions d'américains avaient ainsi accès en 2016 à leurs données de santé à partir de leur téléphone portable par l'intermédiaire

28 - Bréchat PH, Magnin-Feysot C, Jeunet O et al. Ce que demandent les représentants d'associations d'usagers de l'ARUCAH aux candidats à la présidentielle de 2017. Droit & Santé 2016 ; 71 : 354-361 ; Bréchat PH, Gravelat C, Ortman C et al. Médecins de santé publique du système de santé et d'Assurance maladie : leurs demandes aux candidats à la présidentielle de 2017. Droit & Santé 2016 ; 74 : 861-868.

du « blue bottom ». Ce dispositif a été proposé en 2016 aux responsables du système de santé et d'Assurance maladie français alors que l'Institut des données de santé créé par la loi de modernisation de notre système de santé de 2016 est mis en place²⁹. Ce type d'e-santé est davantage développé aux États-Unis qu'en France. C'est un troisième paradoxe.

La cyberdémocratie, ou e-démocratie, qui consiste à utiliser Internet pour développer la démocratie par la diffusion d'informations ou l'organisation de débats, voire de processus décisionnels, est peu développée en France dans le domaine de la santé alors qu'elle l'est dans d'autres pays. C'est par exemple le cas en Belgique où le centre fédéral d'expertise des soins de santé (KCE) prend en compte les préférences des citoyens. C'est un quatrième paradoxe.

Enfin et surtout, l'administration de la santé ne peut co-construire le système qu'à partir d'informations qui « parlent » à la société civile, comme l'amélioration de l'état de santé de la population, la qualité des soins au meilleur coût ou la satisfaction des usagers et des professionnels de santé³⁰, au contraire d'autres systèmes. Les citoyens, les représentants d'associations d'usagers et les élus le demandent pourtant³¹. C'est par exemple le cas dans les systèmes de la High Value Healthcare Collaborative (HVHC) américaine et en particulier à Intermountain Healthcare. C'est un cinquième paradoxe.

L'administration de la santé doit impérativement se donner les moyens de dépasser ces paradoxes et de devenir efficace pour que les représentants d'associations et la population reprennent confiance dans la démocratie sanitaire et dans leur système de santé et d'Assurance maladie.

Les relations entre l'utilisateur et l'État³² sont en train de se dégrader. Si déjà en 2009, il y avait une défiance des usagers dans les capacités de l'État à prendre en compte démocratiquement les besoins de santé³³, à réduire les inégalités et à garantir les principes sur lesquels repose la pérennité du système de santé, en 2016, injonction est faite aux élus et aux candidats à l'élection présidentielle de 2017 de s'engager à protéger davantage la santé³⁴ et à co-construire avec eux un système producteur de santé,

solidaire et durable. « Ce système doit être efficace, c'est à dire améliorer en continu la qualité et la sécurité des soins tout en réduisant leurs coûts de production et en étant socialement efficace »³⁵. Les débats du 23 novembre apportent des éléments supplémentaires en ce sens.

Il faut réduire le fossé qui s'agrandit entre la population, l'administration de la santé et les élus et arriver à contrer « ce sentiment diffus d'une démocratie confisquée et qui ne fonctionne pas »³⁶.

Pour cela, des formations sur les enjeux nationaux et internationaux des systèmes de santé et d'Assurance maladie et de la démocratie sanitaire doivent être développées pour les professionnels de l'administration et les élus. Comme aux États-Unis d'Amérique, un programme de formation avancée et de recherches en amélioration continue de la qualité des soins et du système peut être développé pour cela. Des recherches pour accroître le « leadership en démocratie de la santé » sont nécessaires. Elles pourraient être menées par le groupe de recherche international « Ethique des Priorités de Santé/ Ethics of Priority Setting » (EPRIS) qui comprend depuis 2013 des chercheurs des Universités de Cambridge, Oxford, Louvain, Namur, de l'Utah et de Paris 5 et de Paris 13, le directeur adjoint du Centre fédéral d'expertise des soins de santé (KCE) Belge ainsi que l'ARUCAH³⁷. L'Institut pour la Démocratie sanitaire (IPDS), créée en 2016, pourrait soutenir ces travaux. Cela peut permettre l'émergence d'élus pouvant devenir ministres de la santé et de l'Assurance maladie, ce qui était l'un des buts de Christian Magnin-Feysot, Président de l'ARUCAH du 7 février 2002 au 6 juillet 2016, afin de mieux protéger la santé des Franc-Comtois.

Le jeu démocratique nécessite aussi un citoyen actif³⁸, ce qui est particulièrement possible et nécessaire avec la démocratie sanitaire. Pour cela, il faut apporter des éléments de rénovation de l'organisation et de la pratique démocratique tout en dépassant ses imperfections et ses travers. Il faut utiliser les expériences de la société civile pour développer « une démocratie d'exercice qui permette aux citoyens d'exercer plus directement des fonctions démocratiques » réelles. « Il ne faut donc pas [la] simplifier mais la rendre plus complexe. Il faut multiplier les registres d'expression de la volonté générale, élargir les modalités de la représentation, développer de nouvelles formes de délibération politique » et contrer ainsi le risque d'« une grande détresse démocratique »³⁹ pourvoyeuse de

29 - Experton B. L'information est l'avenir des patients. Communication orale. Paris, Sciences Po, le 15 décembre 2016.

30 - Lopez A, Bréchat PH. La planification en santé : un essai à transformer. SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po 2016 ; 50 : 93-111.

31 - Association des Représentants des Usagers dans les Cliniques, Associations sanitaires et Hôpitaux de Franche Comté - (ARUCAH). Colloque « Les attentes des usagers et des professionnels à propos du système de santé à l'attention des candidats aux élections de 2017 ». Besançon, le 23 novembre 2016.

32 - Laude A, Tabuteau D. Les droits des malades. Que sais-je ? Paris : Presses Universitaires de France, 2016 : 23-24.

33 - Bréchat PH, Jeunet O, Attard A, Romagnan B, Lajoux M, Magnin-Feysot C et al. Représentants d'associations d'usagers et priorités de santé : Un déficit de démocratie. Journal d'Économie et de Gestion Médicales 2012 ; 30 (6) : 351-366.

34 - Bréchat PH. Démocratie participative en santé en France : quelques résultats prometteurs. Communication orale. Colloque « La démocratie participative en santé » de l'Institut Droit et Santé - Inserm UMR S 1145 - de l'Université Paris 5 (Paris Descartes). Paris, Université Sorbonne Paris-Cité, le 22 avril 2016.

35 - Bréchat PH, Magnin-Feysot C, Jeunet O et al. Ce que demandent les représentants d'associations d'usagers de l'ARUCAH aux candidats à la présidentielle de 2017. Droit & Santé 2016 ; 71 : 354-361.

36 - Abescat M. En scène citoyen ! Propos de Myriam Revault d'Allonnes. Penser, voyager, découvrir autrement. Télérama 2016 ; 3478 : 43-45.

37 - Qui a publié un ouvrage collectif : Bréchat PH, Batifoulier P (dir). Pour une élaboration démocratique des priorités de santé. For the democratic development of health policy priorities. SÈVE : Les tribunes de la santé. Paris : Editions de Santé et Presses de Sciences Po, 2014 ; hors série, 125 pages.

38 - Abescat M. En scène citoyen ! Propos de Myriam Revault d'Allonnes. Penser, voyager, découvrir autrement. Télérama 2016 ; 3478 : 43-45.

39 - Aeschmann E, Armanet F. Une grande détresse démocratique. Propos de Pierre Rosanvallon. L'OBS 2016 ; 2717 : 81-84.

populisme. « La démocratie est une expérience, ce n'est pas un système abstrait, formel, c'est quelque chose que l'on vit, que l'on éprouve. On peut commencer à travailler »⁴⁰.

**Pierre-Henri Bréchat,
Philippe Flammarion & Odile Jeunet**

Remerciements

Nous rendons hommage à Christian Magnin-Feysot†, Président de l'ARUCAH du 7 février 2002 au 6 juillet 2016, sans qui ces travaux n'auraient pas été possibles.

Nous remercions les membres de l'ARUCAH et Antoine Malone pour leurs aides indispensables, ainsi que les intervenants du colloque.

Nous remercions : Paulette Guinchard, ancienne secrétaire d'État aux personnes âgées, qui n'a pas pu venir conclure le colloque du 23 novembre 2016, pour des raisons de santé ; Pierre-Louis Bréchat, membre de l'ARUCAH, qui, pendant le colloque a offert une sérigraphie « La vie » en souvenir de Christian Magnin-Feysot ; ainsi que Caroline Raja et François Violla de la Revue Droit & Santé qui ont fait en sorte que 2 des travaux présentés lors du colloque soient publiés avant le 23 novembre et que ces articles puissent être distribués aux participants.

Nous remercions Didier Tabuteau pour son soutien indéfectible, ses précieuses communications orales et ses écrits décisifs.

.....
40 - Abescat M. En scène citoyen ! Propos de Myriam Revault d'Allonnes. Penser, voyager, découvrir autrement. Télérama 2016 ; 3478 : 43-45.

Anne Debet

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Marie Mesnil

Docteure en droit privé, enseignante contractuelle à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Olivier Saumon

Avocat à la Cour, Vatieur et Associés

La démedicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre

Deux lois récemment adoptées permettent une meilleure reconnaissance et une meilleure protection juridique des personnes trans¹ : d'un côté, la [loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) modifie la procédure visant à obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil tandis que de l'autre, la [loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#) consacre la notion d'identité de genre. Aussi ces deux textes font évoluer la conception que le droit français a du sexe en permettant de changer celui-ci sur la base de critères sociaux, reconnaissant de la sorte -encore timidement- la notion de genre.

Contrairement au genre, le sexe est une notion familière du droit français. Il s'agit en effet d'un élément de l'état civil depuis la loi du 20 septembre 1792¹. Actuellement, l'acte de naissance de l'enfant doit mentionner son sexe² et la déclaration de naissance doit intervenir dans les cinq jours suivants l'accouchement³. La dualité des sexes -masculin ou

féminin- n'est pas explicitée dans ces dispositions tellement elle semble relever de l'évidence. Les situations où « le sexe d'un nouveau-né est incertain »⁴ ne sont pas pour autant entièrement ignorées, une circulaire invite ainsi les officiers d'état civil à « éviter l'indication de sexe indéterminé » pour ces cas et à « conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical »⁵. Une rectification judiciaire pourra par la suite intervenir en cas d'erreur ; le choix d'un prénom « pouvant être porté par une fille ou par un garçon »⁶ est également à privilégier par les parents. Exceptionnellement, lorsque « le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance »⁷. La binarité des sexes ne permet pas de reconnaître l'existence de ces personnes intersexes.

Aussi, l'une d'entre elle a demandé à ce que soit substituée dans son acte de naissance la mention « sexe neutre » à la mention « sexe masculin ». Alors qu'il avait été fait droit à sa demande en première instance, la Cour d'appel d'Orléans infirme le jugement au regard de l'apparence physique masculine de la personne et de son comportement social, notamment en tant que mari et père. Les enjeux de la requête en rectification de l'état civil de la personne sont ensuite mis en exergue : « sous couvert d'une simple rectification d'état civil, [cela reviendrait à reconnaître] l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur »⁸. En effet, « cette reconnaissance pose (...) une question de société qui soulève des questions biologiques, morales ou éthiques délicates alors que les personnes présentant une variation du développement sexuel doivent être protégées pendant leur minorité de stigmatisations, y compris de celles que pourraient susciter leur assignation dans une nouvelle catégorie »⁹. Si la dualité des sexes demeure, ce contentieux met en lumière l'existence des personnes intersexes et au-delà que le sexe est une notion juridique dont la définition repose sur des éléments médicaux et sociaux.

1 - Voir sur le sujet not. Marie-Xavière Catto, « La mention du sexe à l'état civil », pp. 29-47 in Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman, *La Loi et le Genre. Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014.

2 - [Article 57 du Code civil](#).

3 - [Article 55 du Code civil](#) ; le délai était, avant l'adoption de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, de trois jours, voir not sur le sujet, François Viney, « Les dispositions relatives à l'état civil dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *AJ Famille*, 2016, p. 577.

4 - [Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation](#), NOR : JUSC1119808C, BOMJL n° 2011-11 du 30 novembre 2011, spéc. §55.

5 - *Ibidem*.

6 - *Ibid.*

7 - *Ibid.*

8 - Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281.

9 - *Ibidem*.

Les personnes trans' interrogent elles aussi la notion de sexe, en ce qu'elles ne se retrouvent pas dans la catégorie de sexe à laquelle elles ont été assignées à la naissance. Les récentes évolutions législatives qui sont intervenues en matière de changement de sexe font évoluer les critères sur lesquels les juges doivent se fonder pour apprécier la pertinence de la demande. La démedicalisation de la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil opérée par la [loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) substitue ainsi des critères sociaux aux éléments médicaux. La notion d'identité de genre est par ailleurs explicitement consacrée par la [loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#) afin de mieux protéger les personnes trans'. On peut toutefois se demander si la reconnaissance du sexe comme élément de l'identité de genre remet en cause la binarité des sexes. Il semblerait en effet que la reconnaissance du caractère construit de la notion de sexe **(I)** et de l'existence de la notion de genre, à travers notamment l'identité de genre **(II)**, ne remette pas en cause la division de l'humanité en deux catégories.

I. La reconnaissance du caractère construit du sexe

La possibilité reconnue aux personnes trans' de changer la mention de leur sexe à l'état civil est relativement récente et montre que la notion de sexe est une construction juridique. Avant que le législateur n'intervienne pour définir que l'apparence et les comportements sociaux sont déterminants pour obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil **(B)**, la jurisprudence a longtemps fait du traitement médico-chirurgical -et en particulier de l'opération de réassignation sexuelle- un des éléments indispensables à toute demande de changement de sexe **(A)**.

A. La construction médicale du sexe

Dans un premier temps, la question portait sur la possibilité même d'obtenir un changement de la mention de son sexe à l'état civil. En effet, jusqu'au début des années 1990, la Cour de cassation refusait aux personnes, qui étaient pourtant reconnues médicalement comme « transsexuelles », de modifier la mention de leur sexe à l'état civil car « le transsexualisme (...) ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe »¹⁰. La Haute juridiction approuve ainsi la solution de la Cour d'appel pour qui « le sexe est un élément objectivement déterminé et intangible dont le meilleur critère est celui tiré de la formule chromosomique »¹¹. Elle répond également au moyen du demandeur au pourvoi qui invoque une violation de l'article 8 alinéa 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; selon elle,

ces dispositions « n'impose[nt] pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien »¹². Cette interprétation juridique est contredite par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 1992¹³.

Dans une affaire similaire, la Cour de cassation avait approuvé le refus des juridictions du fond de modifier la mention du sexe et les prénoms sur l'acte de naissance d'une personne transsexuelle¹⁴. Cette dernière avait alors saisi la CEDH en faisant valoir une violation des dispositions de l'article 8 de la Convention. Les juges de Strasbourg soulignent d'abord l'évolution des mentalités et les progrès de la science avant d'examiner, dans une perspective comparatiste franco-britannique, les possibilités de modification de l'état civil qui existent en France. En effet, dans les arrêts précédemment rendus sur le sujet par la CEDH, il n'avait pas été conclu à la violation de l'article 8 de la Convention car le changement de la mention du sexe demandé aurait entraîné des modifications profondes dans le système d'état civil britannique¹⁵. Au contraire, en France, des mentions sont régulièrement portées en marge de l'acte de naissance et des procédures de modification des prénoms et de rectification de l'acte de naissance sont prévues. En outre, les « documents officiels indiquant le sexe se multiplient »¹⁶ et obligent les personnes transsexuelles à révéler à des tiers la discordance entre leur sexe légal et leur sexe apparent au quotidien, y compris auprès d'employeurs potentiels. Au regard de ces éléments, la CEDH estime que les atteintes au droit au respect de la vie privée de la requérante sont graves et que, « même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu »¹⁷.

À la suite de cette condamnation, la Cour de cassation a dû admettre que le sexe n'est ni une donnée biologique immuable ni un élément indisponible de l'état civil et définir les critères à partir desquels il est juridiquement possible de changer de sexe. Ainsi, en 1992, pour obtenir le changement de la mention de son sexe à l'état civil, il faut qu'« à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et [ait] pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social »¹⁸. Les juges du fond apprécient alors souverainement, à partir d'éléments de preuves libres, l'existence cumulative de ces quatre éléments : syndrome transsexuel, suivi d'un traitement médico-chirurgical,

10 - Civ. 2^{ème}, 21 mai 1990, n°88-12.829.
11 - *Ibidem*.

12 - *Ibid*.
13 - CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, Requête n°13343/87.
14 - Civ. 2^{ème}, 31 mars 1987, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (Bull. civ.) I, 1987, no 116, p. 87.
15 - CEDH, 17 octobre 1986, Rees. c. Royaume-Uni, Requête n°9532/81 : 27 septembre 1990, Cossey c. Royaume-Uni, Requête n°10843/84.
16 - CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, Requête n°13343/87, §59.
17 - CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, Requête n°13343/87, §63.
18 - Assemblée plénière, 11 décembre 1992, n°91-11.900.

changement d'apparence physique et comportement social en adéquation. Seules les deux conditions médicales subsistent dans les prises de positions de la Cour de cassation les plus récentes¹⁹ et plus que la réalité du « syndrome transsexuel », c'est véritablement le caractère irréversible de la transformation physique de l'apparence physique qui est central. Par caractère irréversible de la transformation physique, il faut comprendre qu'il s'agit du « traitement médico-chirurgical (...) entendu comme exigeant l'ablation des organes génitaux d'origine et leur remplacement par des organes génitaux artificiels du sexe revendiqué (opération de réassignation sexuelle) »²⁰. Dans une circulaire, le recours systématique à des mesures d'expertise ainsi que la nécessité de l'opération de réassignation sexuelle sont jugés inutiles « dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux »²¹. Le critère d'irréversibilité reste toutefois apprécié de manière très différente selon les juridictions du fond saisies : certains tribunaux estiment que les traitements hormonaux sont suffisants tandis que d'autres exigent l'ablation des organes génitaux. Bien que remise en cause, la seconde interprétation du critère d'irréversibilité perdure alors qu'elle semble peu compatible avec les droits fondamentaux des personnes trans'.

L'exigence de stérilisation des personnes trans' a d'ailleurs fait l'objet d'une condamnation de la part de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire qui concerne la Turquie, les juges strasbourgeois estiment que le refus opposé, pendant plusieurs années, à une personne de recourir à une opération de changement de sexe aux motifs qu'elle n'était pas dans l'incapacité définitive de procréer méconnaît le droit au respect de la vie privée. Outre l'impossibilité d'accéder aux traitements médicaux de changement de sexe, l'exigence de stérilisation préalable est condamnée par la Cour, qui « considère que le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements »²². Dans l'étude de droit comparé présentée dans cet arrêt de chambre, il est également mis en exergue le fait que la condition de stérilisation n'est pas toujours aussi explicite qu'en droit turc et peut, comme en droit français,

être la conséquence des traitements médicaux²³. Aussi, derrière la question de l'incapacité définitive de procréer, condition préalable à une opération de changement de sexe se profile celle de l'incapacité définitive de procréer, comme condition préalable au changement de la mention du sexe à l'état civil²⁴. Sur cette dernière question, trois requêtes concernant la France sont d'ailleurs actuellement pendantes devant la CEDH²⁵. Elles ont été communiquées au gouvernement français le 18 mars 2015 sous l'angle de l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale et pour l'une d'entre elles, sous l'angle de l'article 3 interdisant les traitements inhumains ou dégradants.

Dans un contexte de remise en cause des conditions médicales posées par la jurisprudence -et en particulier de la condition tenant à la stérilisation- et afin d'éviter une potentielle condamnation de la CEDH, le législateur est intervenu avec la [loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) en démedicalisant la procédure de changement de sexe.

B. La construction sociale du sexe

L'article 56 II de la [loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle](#) définit les critères sur lesquels les juges doivent désormais se fonder pour permettre la modification de la mention du sexe à l'état civil. Pour la première fois, une section consacrée à « la modification de la mention du sexe à l'état civil » fait son entrée dans le Code civil²⁶. En plus de consacrer l'évolution jurisprudentielle intervenue en 1992 et qui avait implicitement admis que le sexe n'est pas une donnée immuable, il s'agit d'un changement important de paradigme dans la mesure où pour obtenir la modification de la mention du sexe, ce dernier est désormais apprécié à partir de critères uniquement sociaux.

D'abord, le nouvel [article 61-6 alinéa 3 du Code civil](#) met explicitement fin à l'exigence de se soumettre à des traitements médicaux en disposant que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » de modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil. Ensuite, les critères permettant d'obtenir le changement de sexe sont définis : pour cela, il faut que la personne -majeure ou

23 - CEDH, 10 mars 2015, Y. Y. c. Turquie, requête n°14793/08, §43 : « si la plupart de ces États se bornent à exiger une chirurgie de conversion sexuelle sans faire référence à la stérilisation, celle-ci est très souvent une condition de fait puisque les interventions chirurgicales les plus intrusives aboutissent nécessairement à la stérilité de la personne ».

24 - Voir en ce sens Jean-Pierre Marguénaud, « Stérilisation et transsexualisme », *RTD Civ.*, 2015, p. 331 comp. Jean Hauser, « Des conditions du changement de sexe à l'état civil », *RTD Civ.*, 2015, p. 349 : « Il faut donc extrapoler si l'on veut y voir l'annonce d'une future condamnation de l'exigence d'un changement physique effectif pour autoriser le changement à l'état civil ».

25 - A.P. c. France, n° 79885/12, Garçon c. France, n° 52471/13 et Nicot c. France, n° 52596/13.

26 - Voir les Art. 61-5 à 61-8 du Code civil.

19 - Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 11-14.515 et 12-11.949.

20 - [Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil](#) ; voir en ce sens not., Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n°11-22490.

21 - [Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil](#).

22 - CEDH, 10 mars 2015, Y. Y. c. Turquie, requête n°14793/08, §119.

mineure émancipée- « démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue »²⁷. La preuve de la présentation et d'une notoriété sous l'autre sexe peut être rapportée par tous moyens et plusieurs exemples de faits pouvant être pris en compte sont donnés : il peut par exemple s'agir de se présenter « publiquement comme appartenant au sexe revendiqué », d'être connu « sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel » ou encore d'avoir « obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué »²⁸. Ces trois éléments ne sont pas sans rappeler le *tractatus*, la *fama* et le *nomen* qui, ensemble, permettent d'établir la filiation par possession d'état²⁹ ; bien qu'en l'espèce, ils n'ont pas besoin d'être présents de manière cumulative³⁰.

L'article 56 I de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle a par ailleurs rendu plus facile la procédure de changement de prénom en la déjudiciarisant. Désormais, « toute personne peut demander à l'officier de l'état civil [du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé] à changer de prénom »³¹. Il n'y a plus besoin de faire valoir un intérêt légitime au moment de la demande ; en revanche, l'officier de l'état civil peut, « s'il estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime, en particulier lorsqu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers à voir protéger leur nom de famille, [...] saisi[r] sans délai le procureur de la République »³². Les mineurs et les majeurs en tutelle peuvent agir par le biais de leur représentant légal et, comme auparavant, les enfants de plus de treize ans doivent personnellement consentir au changement de prénom³³. Ces dispositions générales prennent un relief particulier pour les personnes trans' qui peuvent désormais changer de prénom en mairie et se servir ensuite de cet élément pour obtenir du juge la modification de la mention de leur sexe à l'état civil. Lorsque le changement de prénom réalisé antérieurement n'est pas utilisé comme élément de preuve d'un changement social de sexe, il peut être modifié dans les actes de l'état civil en même temps que le changement mention relative au sexe ordonné par le tribunal³⁴.

La démedicalisation ainsi réalisée de la procédure de changement de sexe à l'état civil signifie que désormais les juges apprécient le sexe juridique de la personne à partir d'éléments comportementaux et sociaux. Outre « tous les éléments de preuve [produits] au soutien de [la] demande »

de la personne qui souhaite voir la mention de son sexe modifiée à l'état civil, celle-ci doit également faire « état de son consentement libre et éclairé »³⁵. Autrement dit, le consentement de la personne devient aussi important que ne l'était auparavant la preuve médicale d'un syndrome « transsexuel ». Quant à l'autre critère médical qui visait à prouver l'irréversibilité du changement de sexe, à travers les traitements médicaux -hormonaux voire chirurgicaux, il disparaît au seul profit des critères sociaux. La mention explicite du consentement libre et éclairé semble redondante avec le fait que la demande de changement de la mention du sexe à l'état civil devra nécessairement être présentée devant le tribunal de grande instance³⁶. Il est d'ailleurs possible de se demander de quelle manière sera vérifiée l'existence d'un consentement libre et éclairé du demandeur et s'il ne s'agit pas d'un moyen supplémentaire d'apprécier le bien-fondé de la demande. Dans cette dernière hypothèse, le recours à la notion de « consentement libre et éclairé » issue du droit de la santé serait alors dévoyée puisqu'elle ne viserait pas à garantir l'autonomie des personnes mais, au contraire, à en permettre un contrôle judiciaire.

L'abandon des critères médicaux au profit d'une définition subjective du sexe avait été critiqué par les soixante députés qui avaient notamment soulevé l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 56 de la loi de modernisation de la justice au XXI^e devant le Conseil constitutionnel. Pour eux, « l'abandon de l'exigence d'une attestation médicale démontrant la perte totale ou partielle des caractères de son sexe d'origine pour obtenir un changement de sexe à l'état civil porte atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »³⁷. Le Conseil constitutionnel a jugé que ce grief manquait en fait³⁸, sans pour autant expliciter le fondement sur lequel repose la procédure³⁹.

La libéralisation de la procédure de changement de sexe des personnes trans' conduit à reconnaître implicitement que le sexe est une notion juridique construite ; la jurisprudence puis le législateur ont alors successivement défini les critères sur lesquels la notion repose : ainsi, les critères médicaux -et le syndrome de transsexualisme en particulier- ont

35 - [Article 61 alinéa 2 du Code civil](#).

36 - En ce sens voir not. Pierrette Aufferet et Chantal Barousse, « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *AJ Famille*, 2016, p. 580 : « Un tel concept relève davantage du code de la santé publique en son art. L. 1111-4, traitant du consentement du patient, que du code de procédure civile pour introduire une instance devant le tribunal compétent. L'art. 1er en rappelle l'évidence : seules les parties introduisent l'instance » ; ce qui suppose une pleine capacité juridique et la notion de « consentement » s'articule mal avec cette notion de droit ».

37 - Décision n° [2016-739 DC](#) du 17 novembre 2016, §61.

38 - Décision n° [2016-739 DC](#) du 17 novembre 2016, §67 : « en permettant à une personne d'obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil sans lui imposer des traitements médicaux, des interventions chirurgicales ou une stérilisation, les dispositions ne portent aucune atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ».

39 - Voir en ce sens, Scarlett-May Ferrié, « Quel fondement pour le changement de sexe à l'état civil ? », *AJ Famille*, 2016, p. 587.

27 - [Article 61-5 alinéa 1^{er} du Code civil](#).

28 - [Article 61-5 alinéa 2 du Code civil](#).

29 - [Article 311-1 du Code civil](#).

30 - Voir en ce sens not. Sophie Paricard, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ Famille*, 2016, p. 585.

31 - [Article 60 alinéa 1^{er} du Code civil](#).

32 - [Article 60 alinéa 3 du Code civil](#).

33 - [Article 60 alinéas 1 et 2 du Code civil](#).

34 - [Article 61 alinéa 4 du Code civil](#).

aujourd'hui laissé place à une définition sociale du sexe, qui permet implicitement de consacrer la notion de genre et fait écho à la consécration explicite de l'identité de genre.

II. La reconnaissance de la notion d'identité de genre

Contrairement au sexe, le genre n'est pas une notion très répandue en droit français. Avant l'adoption de [la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) et de [la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#), le terme apparaît très peu et lorsque c'est le cas, les dispositions sont récentes : il s'agit par exemple de reconnaître que les « aspects liés au genre » peuvent être un motif de persécution⁴⁰ ou encore la légitimité pour une personne victime de « violences fondées sur le genre » de demander à être entendue par un enquêteur du même sexe qu'elle⁴¹. Enfin, le terme apparaît aussi dans l'expression stéréotypes de genre : le service public de l'orientation tout au long de la vie se voit ainsi confier comme mission de concourir à la mixité professionnelle en luttant contre les stéréotypes de genre⁴². La disparité de l'usage de la notion de genre s'explique par sa définition qui « intègre les [différents] aspects sociaux de la différence des genres, sans se limiter à l'élément biologique » alors que « la notion de sexe renvoie essentiellement à la différence biologique entre les femmes et les hommes »⁴³.

Les deux lois récemment promulguées augmentent considérablement le nombre d'occurrences du terme « genre » en consacrant la notion d'identité de genre à la place de celle d'identité sexuelle : il s'agit d'une évolution importante qui assure une meilleure reconnaissance et protection des personnes trans' (A) mais qui ne semble pas remettre en cause le système de genre actuel (B).

A. L'identité de genre, reconnaissance et protection des personnes trans'

Les deux critères médicaux qui permettaient d'obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil sont abandonnés pour des raisons différentes : d'un côté, la fin du critère de l'irréversibilité du changement de sexe vise à protéger l'intégrité physique des personnes tandis que de l'autre, la fin du syndrome de transsexualisme permet implicitement de promouvoir la notion d'identité de genre. Selon les [principes de Yogyakarta](#) définis par l'ONU afin

d' « avoir une compréhension cohérente de l'ensemble du régime de droit international en matière de droits humains et de son application aux questions liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre »⁴⁴, l'identité de genre correspond « à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle de son corps et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »⁴⁵.

En prenant notamment appui sur cette définition, il est proposé lors des travaux préparatoires de la [loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#) de substituer l'identité de genre à l'expression actuellement utilisée en droit de la non-discrimination d'identité sexuelle. En particulier, les textes énumérant les motifs de discrimination font référence à l' « orientation et à l'identité sexuelles ». Comme le souligne Jacques Toubon, Défenseur des droits, lors de son audition devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi devant l'Assemblée nationale, « le choix rédactionnel de les accoler dans la liste des critères de discrimination (...) tend à favoriser les amalgames, alors que ces deux notions renvoient à des réalités distinctes »⁴⁶. L'orientation sexuelle renvoie en effet à l'attraction émotionnelle, affective et sexuelle tandis que l'identité sexuelle se réfère à l'expérience intime indépendante de la morphologie des personnes. Au-delà de la confusion des notions, la consécration de l'identité de genre permet à la France de s'aligner avec les textes européens et internationaux et surtout de protéger l'ensemble des personnes trans' contre les discriminations. En effet, la notion d'identité sexuelle renvoie, conformément aux critères utilisés jusqu'alors pour la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil, principalement aux personnes « transsexuelles » alors que le terme trans' ou transgenre permet d'englober « les transsexuels déjà ou pas encore opérés, mais aussi des personnes qui choisissent de ne pas subir d'opération ou qui n'ont pas accès à la chirurgie. Il peut s'agir de personnes transgenres femme-vers-homme ou homme-vers-femme, qui ont - ou non - subi une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal, et aussi de travestis et d'autres personnes qui n'entrent pas strictement dans les catégories homme ou femme »⁴⁷.

44 - ONU, [Principes de Yogyakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre](#), 2007, p. 7.

45 - ONU, [Principes de Yogyakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre](#), 2007, p. 8.

46 - Assemblée nationale, Audition de Jacques Toubon, Défenseur des droits, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi « Égalité et citoyenneté », 31 mai 2016, 16h30, compte-rendu n°03.

47 - Thomas Hammaberg, [Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Droits de l'homme et identité de genre](#), Conseil de l'Europe, 2009, p. 3.

40 - [Article L. 711-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile](#) modifié par l'[article 3 de la loi n°2015-925 du 29 juillet 2015](#).

41 - [Article D1-6 du Code de procédure pénale](#) créé par l'[article 3 du décret n°2016-214 du 26 février 2016](#).

42 - [Article L. 6111-3 du code du travail](#) modifié par l'[article 22 de la loi n°2014-288 du 5 mars 2014](#).

43 - Thomas Hammaberg, [Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Droits de l'homme et identité de genre](#), Conseil de l'Europe, 2009, p. 3.

Ces éléments quant à la précision du terme, à l'élargissement de la protection et à l'harmonisation du droit français sont repris dans l'exposé sommaire de l'amendement qui propose de substituer en droit français l'expression identité de genre à celle d'identité sexuelle⁴⁸. Ainsi, l'ensemble des textes visant à lutter contre les discriminations sont modifiés par la [loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#), aussi bien en droit de la presse, qu'en matière pénale ou en droit social. Ces modifications notamment introduites par les articles 170 II 1°, 2° et 3° et 207 de la loi ont été déférées par soixante sénateurs devant le Conseil constitutionnel aux motifs que les dispositions « contreviennent au principe de légalité des délits et des peines dans la mesure où la notion d'identité de genre, qui ferait l'objet de controverses, est imprécise »⁴⁹. Pour écarter ce grief, les juges constitutionnels font valoir qu'« en ayant recours à la notion d'identité de genre, le législateur a entendu viser le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état-civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin »⁵⁰. En outre, ils soulignent l'existence du terme à l'[article 225-1 du Code pénal](#), modifié en ce sens par la [loi du 18 novembre 2016](#) sans que cela n'ait fait l'objet d'aucune critique devant le Conseil constitutionnel, et son usage au niveau du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne⁵¹. Outre, le principe de légalité des délits et des peines, les sénateurs font également valoir le principe de proportionnalité des peines et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à propos des dispositions permettant de prendre en compte l'identité de genre ou encore la prétendue race comme circonstance aggravante d'un délit lorsqu'il a été commis contre la victime pour une de ces raisons (Article 171 I 1° et 2° de la Loi déferée)⁵². Ces griefs sont écartés par les juges constitutionnels ; tout comme ceux relatifs aux dispositions du Code du travail⁵³.

La consécration de la notion d'identité de genre intervient effectivement avec la [loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#) dans la mesure où elle supprime toute mention de l'orientation sexuelle. Néanmoins, la première entrée de l'expression a été plus discrètement réalisée par l'article 86 de la [loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) qui crée une action de groupe en matière de discrimination. Ces deux lois sont ainsi complémentaires en matière de reconnaissance des droits

des personnes trans'en leur offrant notamment une meilleure protection contre les violences et les discriminations. De manière plus générale, la reconnaissance du caractère socialement construit du sexe permet à la fois de libéraliser la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil et de consacrer la notion d'identité de genre.

B. L'identité de genre, un changement de paradigme pour apprécier le sexe ?

Dans la mesure où ces avancées en matière de droits des personnes trans' ont été justifiées au regard des droits européens et internationaux, il paraît légitime de se demander si, au-delà de l'harmonisation de la terminologie, le droit positif français se conforme désormais aux recommandations européennes.

Par exemple, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté deux résolutions sur le sujet : [la première résolution datant de 2010 est relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre](#) tandis que la seconde, [adoptée le 22 avril 2015 concerne plus spécifiquement la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe](#). Il y est notamment recommandé, d'une part, d'adopter des dispositifs permettant de lutter contre les discriminations et les violences subies sur la base de l'identité de genre et d'autre part, de reconnaître juridiquement le genre en faisant évoluer les procédures permettant de changer de sexe. En particulier, l'Assemblée appelle les États membres à « instaurer des procédures rapides, transparentes et accessibles, fondées sur l'autodétermination, qui permettent aux personnes transgenres de changer de nom et de sexe sur les certificats de naissance, les cartes d'identité, les passeports, les diplômes et autres documents similaires »⁵⁴. Ces procédures doivent être accessibles à toutes les personnes, indépendamment de leur âge⁵⁵. Si le droit français se conforme désormais à la recommandation visant « à abolir la stérilisation et les autres traitements médicaux obligatoires, ainsi que le diagnostic de santé mentale, en tant qu'obligation juridique préalable à la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne dans les lois encadrant la procédure de changement du nom et du genre inscrits à l'état civil »⁵⁶, des réserves peuvent être émises quant au dispositif actuel. Quatre éléments en particulier semblent poser difficultés.

Le premier est relatif aux personnes qui demanderont à changer la mention de leur sexe à l'état civil. Alors que les personnes mineures peuvent modifier leur prénom, elles ne peuvent pas demander la modification de la mention de leur sexe à l'état civil avant leur majorité à moins d'être

48 - Assemblée Nationale, Projet de loi égalité et citoyenneté n° 3851, amendement n°338 (Rect), 23 juin 2016.

49 - Conseil constitutionnel, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#), §87.

50 - Conseil constitutionnel, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#), §89.

51 - *Ibidem*.

52 - Conseil constitutionnel, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#), spéc. § 99 et 100.

53 - Conseil constitutionnel, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#), §117 à 121.

54 - Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, [Résolution 2048 \(2015\)](#), 22 avril 2015, §6.2.1.

55 - *Ibidem*.

56 - *Ibid.*, §6.2.2.

émancipées. Cette limitation paraît discutable compte tenu du fait qu'il existe des dispositifs de prise en charge notamment en milieu hospitalier pour les personnes trans' mineures⁵⁷. En outre, si cette exclusion des personnes mineures se justifie par la place centrale occupée par le consentement dans la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil, elle paraît d'autant moins légitime qu'il existe une majorité sanitaire. Enfin, l'absence de possibilité de changer la mention de son sexe à l'état civil pour les personnes trans' mineures signifie qu'elles feront nécessairement face à une discordance entre le sexe juridique mentionné sur leurs documents officiels et le sexe sous lequel elles se présentent en société, notamment en milieu scolaire. Outre l'exclusion des mineurs, le cercle des bénéficiaires des dispositions récemment adoptées n'est pas précis. Les dispositions visant à protéger les personnes trans' en faisant référence à l'identité de genre permet de les prendre en considération dans leur diversité, il n'est toutefois pas sûr qu'il en sera de même pour la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil. En effet, les dispositions adoptées par le législateur ne mentionnent pas les destinataires ; il paraît opportun de ne pas avoir fait référence aux personnes transsexuelles dans la mesure où ce terme se réfère plus particulièrement aux personnes opérées ou souhaitant l'être. Il est néanmoins possible de se demander dans quelles conditions les juges acceptent que les personnes transgenres voient la mention de leur sexe à l'état civil changer.

L'absence de déjudiciarisation de la procédure soulève quant à elle deux questions. La première est d'ordre pratique : la procédure devant le tribunal de grande instance est nécessairement plus longue, coûteuse et lourde qu'une procédure dé-judiciarisée. C'est d'ailleurs en prenant appui sur ces éléments que la Commission nationale consultative des droits de l'homme avait recommandé, en plus de la démedicalisation, une déjudiciarisation partielle de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil⁵⁸. La seconde question est plus substantielle en ce qu'elle concerne la portée de la démedicalisation : aux critères médicaux qui permettaient aux juges d'apprécier le bien fondé de la demande de modification de la mention du sexe sont substitués des critères sociaux, énumérés de manière non limitative. Il faudra ainsi démontrer un changement dans la présentation qu'il s'agisse de l'apparence physique, de la tenue vestimentaire ou encore du comportement en société et que ce changement soit (re)connu par l'entourage familial, amical ou professionnel. Ce dernier critère, proche

de la *fama*, nécessite que la personne soit insérée dans un réseau social alors que les personnes trans' rencontrent des difficultés au moment de leur parcours de transition : outre une possible rupture familiale, l'insertion professionnelle est difficile. Il a été notamment montré, à partir des données quantitatives de l'enquête « Trans' et santé sexuelle » réalisée au sein de l'Inserm, que le fait d'avoir un emploi stable permet d'atteindre plus facilement le changement d'état civil⁵⁹. Dans les nouvelles dispositions, le fait d'être socialement connu -et reconnu- n'est certes pas apprécié cumulativement auprès de l'environnement familial, amical et professionnel, il sera toutefois plus facile pour les personnes bien insérées socialement de fournir des éléments de preuves étayés dans ces trois sphères tandis que les plus précaires ne pourront certainement compter que sur les témoignages de leur cercle amical.

Quant à l'autre élément d'appréciation permettant d'obtenir un changement de la mention de son sexe à l'état civil, il s'agit de l'apparence de la personne : les juges se fonderont alors sur leurs propres représentations de ce que doit être une femme ou un homme pour juger de l'opportunité du changement demandé. Pour reprendre les termes utilisés à propos de la possession d'état en matière de filiation, il faudra que ces éléments ne soient pas équivoques et que la personne se conforme à l'image d'un « vrai » homme ou d'une « vraie » femme. Cela conduirait *in fine* à renforcer les stéréotypes sociaux de sexe, c'est-à-dire la représentation figée de caractéristiques et de fonctions sociales associées à l'un ou à l'autre sexe⁶⁰. Il serait intéressant de mener, à partir des décisions judiciaires relatives au changement de la mention du sexe à l'état civil, des études similaires à celles réalisées à propos des évaluations psychiatriques et qui montrent que le récit de soi réalisé par les consultants tend à rendre compte d'une identité essentialisée en tant que transsexuel⁶¹. Pour le moment, il semble difficile d'affirmer que la démedicalisation de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil et la meilleure protection des personnes trans' à travers la reconnaissance de la notion d'identité de genre conduisent à faire évoluer le système de genre. Par système de genre, il est fait référence au concept de genre qui désigne « le système de bi-catégorisation hiérarchisée entre les sexes (hommes / femmes) et entre les représentations et valeurs qui leur sont associées »⁶².

59 - Emmanuel Beaubatie, *Transfuges de sexe Genre, santé et sexualité dans les parcours d'hommes et de femmes trans' en France*, thèse de doctorat en sociologie soutenue à l'EHESS le 17 mai 2017, spéc. p. 143.

60 - Voir en ce sens Amélie Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2016, p.564 : « La démedicalisation pourrait conduire à ce que la mention à l'état civil ne soit plus en réalité celle du sexe mais celle du genre, ce qui ne serait pas sans soulever des questions en termes de consolidation des stéréotypes ».

61 - Voir en ce sens, Laurence Hérault, « Approche anthropologique de la pratique diagnostique du «trouble de l'identité de genre» », pp. 275-285 in *L'Évolution Psychiatrique*, Elsevier, 2015.

62 - Laure Bereni, « Le Genre », *Cahiers français*, 2012, n°366, p. 75.

57 - Voir en ce sens not. Pierrette Aufferet et Chantal Barousse, « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *AJ Famille*, 2016, p. 580.

58 - Voir not. en ce sens, Commission nationale consultative des droits de l'homme, [Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil](#), Assemblée plénière, 27 juin 2013, §30 : « l'option d'une déjudiciarisation partielle de la procédure apparaît donc la mieux à même de garantir une procédure rapide et respectueuse des droits des personnes transidentitaires ».

Il serait dommage que ces évolutions importantes ne se traduisent en définitive que par une utilisation du terme de « genre » à la place de celui de « sexe » et qu'à la binarité des sexes se substitue la binarité des genres. Il ne reste plus qu'à espérer que les juges, lorsqu'ils interpréteront les nouveaux critères législatifs, saisiront l'occasion de reconnaître, à travers la notion d'identité de genre, la diversité des situations personnelles, contribuant ainsi à la transformation du système actuel de genre, qui est au fondement des inégalités entre les sexes.

Marie Mesnil

Jean-Martin Andarelli

Directeur d'hôpital au CHR Metz-Thionville

Xavier Cabannes

Professeur à l'université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre du Centre Maurice Hauriou

Christophe Debout

Infirmier anesthésiste cadre de santé, docteur en épistémologie et philosophie des sciences, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Marc Dupont

Directeur d'hôpital à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

« A argent public, contrôle public »

Retour sur le contrôle des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux privés par les juridictions financières

L'article 109 de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a prévu l'extension des missions de contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales des comptes (CRTC) aux établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux privés ; le 12 décembre 2016 a été promulgué le décret relatif à ce contrôle par les juridictions financières¹.

La disposition législative de début 2016 prévoit que : « I - Le code des juridictions financières est ainsi modifié :

1° Après l'article L. 111-8-2, il est inséré un article L. 111-8-3 ainsi rédigé :

« Art. L. 111-8-3.- Sans préjudice de la compétence attribuée aux chambres régionales et territoriales des comptes par l'article L. 211-10 du présent code, la Cour des comptes peut exercer un contrôle sur les personnes morales de droit privé à caractère sanitaire, social ou médico-social mentionnées à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 6111-1 du code de la santé publique et financées par l'État, ses établissements publics ou l'un des organismes mentionnés à

l'article L. 134-1 du présent code. » ;

2° Le deuxième alinéa de l'article L. 111-9 est ainsi modifié :

a) A la première phrase, les mots : « établissements publics nationaux » sont remplacés par le mot : « organismes » ;

b) Aux deux dernières phrases, les mots : « établissements publics » sont remplacés par le mot : « organismes » ;

3° A la fin du premier alinéa de l'article L. 132-3-2, la référence : « L. 6141-2 » est remplacée par la référence : « L. 6111-1 » ;

4° Le premier alinéa de l'article L. 132-3-2 est complété par une phrase ainsi rédigée : « Les rapports de certification des établissements mentionnés à l'article L. 6161-3 du code de la santé publique sont transmis sans délai à la Cour des comptes. » ;

5° Le chapitre Ier du titre Ier de la première partie du livre II est complété par un article L. 211-10 ainsi rédigé : « Art. L. 211-10.- Sans préjudice de la compétence attribuée à la Cour des comptes par l'article L. 111-8-3 du présent code, les chambres régionales et territoriales des comptes peuvent exercer un contrôle sur les personnes morales de droit privé à caractère sanitaire, social ou médico-social mentionnées à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 6111-1 du code de la santé publique et financées par une collectivité territoriale, un établissement public ou un groupement d'intérêt public relevant lui-même de la compétence de la chambre régionale des comptes ou par l'un des organismes mentionnés à l'article L. 134-1 du présent code. »

II - L'article L. 6161-3 du code de la santé publique est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Les rapports de certification sont transmis à la Cour des comptes en application de l'article L. 132-3-2 du code des juridictions financières ».

Il convient de souligner que l'ordonnance n° 2016-1360 du 13 octobre 2016 modifiant la partie législative du code des juridictions financières apporte des changements dans la numérotation de ces dispositions, notamment l'article L. 111-8-3 va devenir l'article L. 111-7 et l'article L. 211-10 va devenir l'article L. 211-7 ; conformément à l'article 52 de l'ordonnance, ces changements entrent en vigueur le lendemain de la publication au Journal officiel du décret en Conseil d'État relatif à la partie réglementaire du code des juridictions financières, et au plus tard le 1^{er} juillet 2017.

Avec cette disposition s'organise un changement d'importance. Certains parlementaires ont désapprouvé cette réforme ; l'un d'eux y a vu le « comble de l'absurde » et un autre une « faute terrible »². Et pourtant, il n'y a rien

1 - Décret n° 2016-1696 relatif au contrôle des juridictions financières sur les établissements sociaux et médicaux-sociaux et les établissements de santé de droit privé, JORF du 14 décembre 2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033584736&fastPos=1&fastReqId=940251&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>

2 - Ass. nationale, compte rendu intégral, 1^{ère} séance du jeudi 17 décembre 2015 :

« - M. Arnaud Richard - Et comble de l'absurde, après avoir décidé il y a trois ans de la fin du principe de convergence tarifaire, vous prévoyez aujourd'hui le contrôle par la Cour des comptes des comptes des cliniques privées !

- M. Bernard Accoyer - Faute terrible ! ».

de choquant dans cette réforme... En effet, selon les travaux parlementaires « *la part des dépenses relevant de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (Ondam) hospitalier allouée aux établissements privés s'élevait à 11,3 milliards d'euros en 2014. Ce montant ne reflète pas la totalité des dépenses d'assurance maladie consacrées aux établissements privés : il conviendrait d'y ajouter le secteur médico-social et les dépenses d'honoraires des professionnels libéraux comptabilisés dans les soins de ville* »³. Dans son rapport de septembre 2016 sur l'application des LFSS, la Cour des comptes relevait que l'ONDAM hospitalier entre 2014 et 2015 avait augmenté de 0,6 % en ce qui concernait les établissements privés à but commercial, passant de 13,46 à 13,542 milliards d'euros (p. 104). Dans sa présentation de l'amendement parlementaire à l'origine de cette disposition, Michèle Delaunay soulignait que celui-ci « *vise à proposer un principe clair : à argent public, contrôle public* » ; elle estimait que les personnes morales de droit privé « *perçoivent des versements dont le montant dépasse chaque année les 47 milliards d'euros* », de la part de l'État, des collectivités territoriales et de l'assurance maladie⁴. Comme le rappelait la Cour des comptes en 2014, « *[l]'hospitalisation privée à but lucratif représente, avec 115 000 lits et places, 24 % des capacités hospitalières et réalise 28 % des séjours d'hospitalisation. Elle réalise un chiffre d'affaires de 13,6 milliards d'euros et concentre 17 % des dépenses d'assurance maladie consacrées aux établissements de santé, soit 12,8 milliards d'euros [toutes ces données étant de 2012]* »⁵. Or, avant cette réforme législative, et sa mise en œuvre, les juridictions financières, et en particulier la Cour des comptes, ne pouvaient exercer de contrôle sur ces établissements privés. Tout au plus, la Cour des comptes, en liaison avec les chambres régionales des comptes, pouvait-elle établir « *un programme triennal des travaux à mener notamment sur l'évaluation comparative des coûts et des modes de gestion des établissements sanitaires et médico-sociaux financés par l'assurance maladie, quel que soit leur statut public ou privé* » (article L. 132-3-2, alinéa 2, du CJF), sous réserve bien évidemment d'obtenir les renseignements demandés⁶. Aussi, la réforme de 2016 a introduit de véritables changements, participant un peu plus, par là même, à l'extension des missions des juridictions financières (on peut aussi penser

à l'expérimentation de la certification des comptes des collectivités territoriales introduite par la loi NOTRe du 7 août 2015), qui impliquent pour celles-ci de repenser leur organisation et leur mode de travail.

Si la loi du 26 janvier 2016 est venue prévoir l'existence d'« *un contrôle* », elle n'en a précisé ni les modalités ni la nature. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs eu l'occasion de décider « *qu'en fixant le principe d'un tel contrôle et en renvoyant au pouvoir réglementaire les conditions d'exercice de ce contrôle, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence* »⁷. Le décret du 12 décembre 2016 est donc venu fixer le champ et la procédure de ce nouveau contrôle.

Les nouvelles missions de la Cour des comptes et des CRTC

L'article L. 111-8-3 du CJF (L. 111-7, suite à l'ordonnance du 13 octobre 2016) ouvre désormais la possibilité pour la Cour des comptes (ce n'est en rien une obligation : « *la Cour des comptes peut exercer un contrôle* ») d'exercer un contrôle sur les établissements de droit privé à caractère sanitaire, social ou médico-social. C'est là une nouvelle mission qui est confiée à la Cour ; les établissements privés concernés sont définis par deux conditions cumulatives.

Premièrement, comme le précise la disposition législative, seront soumis à ce contrôle les établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article L. 312-1 du CASF et à l'article L. 6111-1 du CSP ; le renvoi à ces deux dispositions ouvre de larges perspectives. En effet, la disposition codifiée au CASF étant une liste générique, ne s'intéressant ni au mode de financement ni au mode de tarification des établissements en cause, cela concerne un grand nombre de personnes morales de droit privé : établissements pour enfants handicapés, établissements pour adultes handicapés, établissements d'hébergement et de réinsertion sociale, centres spécialisés de soins, établissements de réadaptation, de pré-orientation et de rééducation professionnelle, services chargés des mesures de protection des majeurs, etc. Le renvoi à l'article L. 6111-1 du CSP permet à la Cour de contrôler les établissements privés qui assurent « *le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes et mènent des actions de prévention et d'éducation à la santé* ».

Secondement, parmi ces personnes morales de droit privé, la Cour aura compétence seulement à l'égard de celles bénéficiant d'un financement public (« *financées par l'État, ses établissements publics ou l'un des organismes mentionnés à l'article L. 134-1 du présent code* »). Cela concerne donc les établissements privés financés par l'État, ses établissements

.....

3 - Rapport fait par Alain Milon, Catherine Deroche et Elisabeth Doineau, Doc. Sénat, 2014-2015, n° 653, p. 274.

4 - Ass. nationale, compte rendu integral, 3^{ème} séance du jeudi 9 avril 2015.

5 - Cour des comptes, *Rapport sur l'application des LFSS*, septembre 2014, p. 449.

6 - On se souvient du rapport de septembre 2014 sur l'application des LFSS dans lequel la Cour constatait, alors qu'elle souhaitait mener une comparaison entre les conditions d'emplois et de rémunérations dans les établissements publics et privés de santé, s'être heurtée à un refus des établissements privés de communiquer (p. 459).

De leur côté, l'IGAS et l'IGF ont pu rédiger plusieurs rapports permettant des comparaisons entre établissements publics et privés ; par ex., IGAS (RM2012-024P), *Evaluation de la tarification des soins hospitaliers et des actes médicaux*, mars 2012 ; IGAS (RM2013-032P) et IGF (2012-M-072-02), *Evaluation du financement et du pilotage de l'investissement hospitalier*, mars 2013 ; IGF (2015-M-053) et IGAS (2015-117R), *Développement des prises en charges hospitalières ambulatoires de médecine*, février 2016.

.....

7 - Décision 2015-727 DC du 21 janvier 2016, cons. 70 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2015-727-dc/decision-n-2015-727-dc-du-21-janvier-2016.146887.html>

publics ou par des « *organismes de droit privé jouissant de la personnalité civile ou de l'autonomie financière qui assurent en tout ou partie la gestion d'un régime légalement obligatoire (...) d'assurance couvrant la maladie, la maternité, la vieillesse, l'invalidité, le décès, les accidents du travail et les maladies professionnelles [ou d]e prestations familiales* » et eux-mêmes « *soumis au contrôle de la Cour des comptes* », en application de l'article L. 134-1 du CJF.

On l'aura compris, la Cour des comptes se découvre là une nouvelle compétence d'ampleur. Selon l'article R. 143-19 du CJF, issu du décret du 12 décembre 2016, ce contrôle peut porter sur les comptes et la gestion des établissements et services sociaux et médico-sociaux et des établissements de santé de droit privé concernés ou alors sur ceux d'un ou de plusieurs de leurs établissements, services ou activités. Si la personne de droit privé contrôlée à des activités autres que sanitaires, sociales ou médico-sociales, le contrôle de la Cour ne portera que sur les établissements, services ou activités présentant un caractère sanitaire, social ou médico-social (nouvel article R. 143-20 du CJF⁸). Ces deux articles fixent le champ mais aussi la nature de ce contrôle, puisqu'ils constituent une nouvelle section d'un chapitre (« *chapitre III du titre IV du livre 1^{er}* ») du Code des juridictions financières qui est consacré « *aux procédures applicables en matière non juridictionnelle* » ; ce contrôle sur les comptes et la gestion ne fait donc pas partie des missions juridictionnelles de la Cour des comptes (rappelons que ces établissements privés n'ont pas de comptable public). La Cour des comptes, suite au contrôle mené, formulera donc des observations. D'ailleurs, ces observations pourront faire l'objet d'une publication propre et, éventuellement, être insérées dans un rapport public (article R. 143-6, nouvel alinéa 2). Ce qui veut donc dire qu'avant toute publication ou insertion le Premier président de la Cour des comptes invitera ces établissements à répondre à la Cour, ces réponses étant ensuite annexées aux observations publiées. Si la Cour risque de se trouver confronter à de nouvelles logiques, c'est aussi le cas des personnes morales de droit privé concernées.

A l'image de ce que législateur a prévu à l'article L. 111-8-3 en ce qui concerne la nouvelle mission de la Cour des comptes, il prévoit une mission similaire pour les CRTC au nouvel article L. 211-10 du CJF (L. 211-7, suite à l'ordonnance du 13 octobre 2016). En effet, les CRTC pourront contrôler les mêmes catégories d'organismes privés que la Cour des comptes, dès lors qu'ils sont financés par une collectivité territoriale (et on ne peut ici que penser aux départements), un établissement public local, un groupement d'intérêt public relevant lui-même de la compétence de la chambre ou, comme nous l'avons vu dans le cadre de la mission de

8 - Il faut voir dans cette disposition, tout comme dans le nouvel article R. 243-2 du CJF évoqué ci-après, la conséquence de la décision n° 2015-727 DC, précitée, du Conseil constitutionnel, qui avait précisé : « *il appartiendra toutefois au pouvoir réglementaire de veiller, en fixant les modalités de mise en œuvre de ces contrôles, au respect des principes constitutionnels de la liberté d'entreprendre ou de la liberté d'association des personnes morales de droit privé concernées* » (cons. 71).

la Cour des comptes, par l'un des organismes mentionnés à l'article L. 134-1 du CJF. Ici aussi, ce contrôle peut porter sur les comptes et la gestion des établissements et services sociaux et médico-sociaux et des établissements de santé de droit privé concernés ou alors sur ceux d'un ou de plusieurs de leurs établissements, services ou activités (nouvel article R. 243-1 du CJF, issu du décret du 12 décembre 2016) ; le contrôle ne pouvant ici aussi porter que sur les établissements, services ou activités présentant un caractère sanitaire, social ou médico-social (nouvel article R. 243-2 du CJF). En parallèle avec ce qui a été prévu pour la Cour des comptes, ces deux articles fixent le champ mais aussi la nature de ce contrôle, puisqu'ils font partie d'un chapitre (« *chapitre III du titre IV de la première partie du livre II* ») du Code des juridictions financières qui est consacré à l'« *examen de la gestion* » ; ce contrôle sur les comptes et la gestion ne fait donc pas partie, une nouvelle fois, des missions juridictionnelles des CRTC⁹.

La coordination du travail de la Cour des comptes et des CRTC

Ici deux aspects doivent être évoqués : d'une part, la possibilité d'une délégation de la Cour des comptes aux CRTC et d'autre part, la nécessité d'une coordination entre la Cour et les chambres.

En premier lieu, l'article L. 111-9 du CJF prévoyait que le « *jugement des comptes et l'examen de la gestion de tout ou partie des établissements publics nationaux relevant d'une même catégorie peuvent être délégués aux chambres régionales des comptes par arrêté du Premier président de la Cour des comptes* » ; aussi la Cour des comptes a pu déléguer aux CRTC le contrôle des établissements publics de santé pour les exercices 2014 à 2018 inclus¹⁰. La loi de modernisation de notre système de santé (article 109, I, 2°) a modifié cette disposition afin d'en étendre les effets aux établissements privés. Désormais, l'article L. 111-9 du CJF (article L. 111-15, suite à l'ordonnance du 13 octobre 2016) vise le jugement des comptes et l'examen de la gestion de tout ou partie « *des organismes relevant d'une même catégorie* ».

En second lieu, un établissement privé pouvant, dans les faits, à la fois être financé par l'État et par une collectivité territoriale ou par plusieurs collectivités territoriales, pour éviter la concurrence entre la Cour et une ou plusieurs CRTC ou entre plusieurs CRTC dans la mise en œuvre de leurs missions de contrôle, le Premier président de la Cour des

9 - Le nouvel article R. 254-8 du CJF dispose que les articles R. 243-1 et R. 243-2 sont applicables aux chambres territoriales des comptes.

10 - Arrêté du 15 novembre 2013 relatif à l'examen des comptes et de la gestion des établissements publics de santé, *JORF* du 22 novembre 2013. L'article 1er de cet arrêté dispose : « *Les chambres régionales et territoriales des comptes reçoivent délégation de la Cour des comptes pour juger les comptes et examiner la gestion des établissements publics de santé dont le siège est situé dans leur ressort territorial* ». Avant cela, la même chose était prévue pour les exercices 2009 à 2013 inclus par un arrêté du 1^{er} juin 2010 (*JORF* du 10 juin 2010).

comptes pourra confier la conduite du contrôle à l'une des juridictions intéressées, après avis du procureur général près la Cour, des présidents de chambres de la Cour et des présidents de CRTC concernées (nouvel article R. 111-4 du CJF).

Les établissements sanitaires, sociaux ou médico-sociaux privés dans une nouvelle logique de contrôle

Alors que les établissements publics de santé connaissent une gestion financière rigoureuse, marquée, depuis plusieurs années, par la logique de performance et les économies, les établissements privés, échappant à certaines logiques de contrôle, évoluaient en marge des contrôles réservés à la sphère publique (ce qui ne veut pas dire qu'ils échappaient à tout contrôle, mais, au moins, les comparaisons n'étaient pas aisées) ; le législateur les a rattrapés.

Tout d'abord, rappelons, même si cela ne concerne pas les juridictions financières, que la loi du 26 janvier 2016 pose, à l'article 111 introduisant un article L. 6116-3 au CSP, le principe d'une transmission chaque année à l'ARS des comptes de tous les établissements de santé, l'ARS pouvant demander aux établissements de santé privés, « *en complément, (...) la transmission des comptes des organismes gestionnaires* ». En outre, « *[t]outes autres pièces comptables nécessaires au contrôle sont mises à la disposition de l'autorité de tarification et, en tant que de besoin, communiquées par celle-ci aux services chargés de l'analyse économique et financière* ». Et le législateur de prévoir, par renvoi à l'article L. 6113-8 du CSP, qu'en cas de non-respect de cette obligation de transmission, les établissements sont passibles d'une pénalité prononcée par le directeur général de l'ARS, dans la limite de 5 % de leurs recettes annuelles d'assurance maladie (cette obligation de transmission ne fait que reprendre l'esprit de celle déjà prévue à l'article L. 6161-3). Sur la base des comptes transmis, l'ARS contrôlera l'absence de surcompensation financière (SIEG), conformément aux exigences du droit européen ; en cas de surcompensation financière, elle devra procéder à la récupération des sommes indues¹¹.

Ensuite, alors que l'article L. 6161-3 du CSP prévoyait que « *[l]es comptes certifiés par le commissaire aux comptes des établissements de santé privés ainsi que ceux de leurs organismes gestionnaires sont transmis à l'autorité chargée de la tarification de ces établissements pour les besoins de leur contrôle. Ils sont transmis à l'agence régionale de santé dans des conditions fixées par voie réglementaire* », le législateur a ajouté que ces « *rapports de certification sont transmis à la*

Cour des comptes en application de l'article L. 132-3-2 du code des juridictions financières », ce dernier article disposant quant à lui que « *les rapports de certification des établissements mentionnés à l'article L. 6161-3 du CSP sont transmis sans délai à la Cour des comptes* ».

Enfin, selon l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-3-2 du CJF (issu de la LFSS pour 2003), dans le cadre de sa mission de contrôle de l'application des LFSS, la Cour des comptes était habilitée à recueillir, en liaison avec les chambres régionales des comptes, des informations auprès des établissements mentionnés à l'article L. 6141-2 du CSP, c'est-à-dire les centres hospitaliers régionaux. Avec la réforme de janvier 2016, cette possibilité de recueillir des informations concerne désormais tous les établissements mentionnés à l'article L. 6111-1 du CSP, c'est-à-dire « *les établissements de santé publics, privés d'intérêt collectif et privés* ».

On l'aura compris, les relations entre les juridictions financières et les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux privés seront désormais à suivre, ainsi que leurs conséquences...

Xavier Cabannes

11 - Voir la communication de la Commission européenne du 20 décembre 2011, 2012/C8/02, JOUE du 11 janvier 2012 (p. 7 pour les soins de santé) : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/j_23_05_12_fr.pdf

François Bocquet

Assistant hospitalo-universitaire, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Albane Degrasat-Théas

MCU-PH, Institut Droit et Santé, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, Inserm UMR S 1145

Pascal Paubel

Professeur associé, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Jérôme Peigné

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Bilan des évolutions du cadre juridique de la substitution pour les biosimilaires entre 2014 et 2017 : tout ça pour ça ?

Dans un contexte où s'accumulent les défis du vieillissement de la population, du développement d'innovations thérapeutiques et technologiques majeures mais très coûteuses et de l'égalité d'accès aux soins, l'échéance de brevets de médicaments d'origine biologique particulièrement onéreux pour les régimes de sécurité sociale permet de commercialiser des « copies » de ces produits sous forme de médicaments biologiques similaires, communément appelés « biosimilaires ».

Après les médicaments d'origine chimique copiés sous forme de médicaments génériques, c'est donc désormais au tour des médicaments biologiques d'être copiés depuis une dizaine d'années sous forme de biosimilaires. Il est utile de rappeler que si les génériques peuvent être considérés comme des copies identiques à leur *princeps*, ce n'est pas le cas des biosimilaires qui ne peuvent être considérés que comme des copies « *similaires* » à leur médicament de référence du fait de la complexité, de la variabilité et des spécificités de la production des molécules biologiques¹.

Utilisés le plus souvent dans des pathologies chroniques et invalidantes (cancers, maladies inflammatoires de l'intestin, polyarthrite rhumatoïde, insuffisance rénale,

diabète, etc.), les biosimilaires laissent espérer la réalisation d'économies colossales pour les systèmes de santé. Selon certaines estimations, les ventes mondiales des biosimilaires pourraient atteindre entre 11 et 25 milliards d'euros en 2020 ce qui correspondrait à une part de 4 et 10 % sur le marché des médicaments biologiques². Ainsi, les économies cumulées générées par l'arrivée des biosimilaires au cours des cinq prochaines années au sein des cinq principaux marchés de l'Union européenne (Allemagne, France, Italie, Espagne et Royaume-Uni) et aux États-Unis – c'est-à-dire près des deux tiers du marché mondial des médicaments biologiques – pourraient, en fonction des hypothèses considérées, se situer entre 49 et 98 milliards d'euros à l'horizon 2020³.

Conscients des enjeux scientifiques et économiques en présence, le législateur français a, sur le même modèle que les génériques, souhaité encadrer dans la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2014 la substitution d'un médicament biologique *princeps* par son biosimilaire. Depuis cette première tentative de légiférer sur la question de la substitution des médicaments biologiques, cette problématique n'a cessé de cristalliser l'essentiel des débats concernant l'utilisation des biosimilaires en France. Le présent article propose d'analyser les évolutions législatives et doctrinales concernant la substitution des biosimilaires en France depuis 2014.

I. De la LFSS 2014 à 2016 : l'ambivalence des pouvoirs publics sur la question de la substitution des biosimilaires

a. Les mesures contradictoires de la LFSS pour 2014

La France fait figure d'exception puisqu'à la différence d'autres pays européens, le législateur français a fait le choix d'accorder légalement un droit de substitution aux pharmaciens dans l'objectif de promouvoir l'utilisation et la diffusion des biosimilaires. L'article 47 de la LFSS pour 2014⁴ a instauré un cadre *ad hoc* pour la substitution de ces produits par le pharmacien décrit à l'article L.5125-23-3 du code de la santé publique (CSP). Cet article mentionne que :

2 - Falit BP, Singh SC, Brennan TA. Biosimilar competition in the United States: statutory incentives, payers, and pharmacy benefit managers. Health Aff. 2015 Feb;34(2):294-301.

3 - Delivering on the Potential of Biosimilar Medicines - The Role of Functioning Competitive Markets. 2016. Disponible sur : https://www.imshealth.com/files/web/IMSH%20Institute/Healthcare%20Briefs/Documents/IMS_Institute_Biosimilar_Brief_March_2016.pdf.

IMS_Institute_ - Biosimilar_Brief_March_2016.pdf -

4 - Article 47 de la loi n°2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 (JORF n°0298, 24 décembre 2013, p. 21034).

1 - Bocquet F. Les médicaments biosimilaires : enjeux politiques et économiques. Préface Le Pen C. et Paubel P., juin 2015, Éditions de Santé, 214 p.

- cette substitution n'est autorisée qu'en initiation de traitement (primo-délivrance), c'est-à-dire chez les patients « naïfs » de traitement par le médicament biologique considéré, ou dans le but d'assurer la continuité de celui-ci par le même médicament que celui qui était préalablement utilisé dans le cadre d'un renouvellement de traitement ;
- le médecin prescripteur ne doit pas avoir exclu la substitution par une mention manuscrite sur l'ordonnance « *non substituable* » ;
- les modalités d'application de ces mesures seront précisées par un décret en Conseil d'État, en particulier celles ayant trait aux « *conditions de substitution du médicament biologique et d'information du prescripteur à l'occasion de cette substitution de nature à assurer la continuité du traitement avec le même médicament* ».

En première lecture du projet de LFSS (PLFSS) pour 2014, le législateur a ajouté à l'Assemblée nationale un autre article encadrant la prescription médicale de médicaments biologiques, devenu ensuite l'article L.5125-23-2 du CSP et complétant l'article L.5125-23-3 du CSP. Cet article L.5125-23-2 du CSP est venu instaurer trois autres règles concernant la prescription médicale de médicaments biologiques :

- dans le cas où le médecin prescripteur initie un traitement avec un médicament biologique, il doit faire figurer sur la prescription la mention expresse « *en initiation de traitement* » ;
- « *Lors du renouvellement du traitement, sauf intérêt du patient* », il est tenu de prescrire « *le même médicament biologique que celui initialement délivré au patient et de porter sur la prescription la mention expresse "non substituable, en continuité du traitement"* » ;
- « *Dans tous les cas, le prescripteur peut exclure, pour des raisons particulières tenant au patient, la possibilité de substitution par la mention expresse "non substituable" portée sur la prescription sous forme exclusivement manuscrite* ».

Dès 2014, c'est la deuxième règle qui a posé difficulté, faisant l'objet d'interprétations diverses, et qui a généré beaucoup d'incompréhension chez les professionnels de santé. Et pour cause, car cette règle ne se limitait pas à instituer une obligation d'information du pharmacien par le médecin sur le besoin de continuité de traitement pour un patient donné, entraînant de fait l'interdiction pour le premier de substituer un médicament *princeps* par un médicament biosimilaire en renouvellement de traitement, elle introduisait une limitation dans la liberté de prescription du médecin. En pratique, cela signifiait que le médecin était contraint de prescrire au patient le même médicament que celui initialement délivré, c'est-à-dire soit le médicament initialement prescrit, en l'absence de substitution, soit le médicament substitué par le pharmacien à l'occasion de l'initiation du traitement – et qui figure sur l'ordonnance, puisque le pharmacien est tenu de le mentionner sur l'ordonnance et d'en informer le prescripteur.

Finalement, cette disposition rendait impossible toute interchangeabilité, terme employé pour désigner une décision médicale de remplacer un médicament biologique par un autre.

Alors que le rapporteur du projet de loi, le député Christian Paul, avait l'intention initiale de « *préciser le rôle du médecin dans la prescription des biosimilaires* » et de faire en sorte que, pour que la substitution par le pharmacien soit possible, le médecin l'ait expressément autorisé, le résultat de cette disposition est tout le contraire, puisqu'il conduit à une incohérence fondamentale entre les articles L.5125-23-2 et L.5125-23-3 du CSP. Ce dernier autorise le pharmacien à procéder à la substitution « *afin de permettre la continuité d'un traitement déjà initié avec le même médicament biologique similaire* ». Or, cette situation ne devrait normalement pas se produire compte tenu des dispositions de l'article L.5125-23-2 du CSP, puisque le médecin est obligé de prescrire le médicament initialement dispensé et utilisé en interdisant de fait la substitution.

Les députés ont été sensibles à la position de l'époque de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) sur les médicaments biosimilaires, publiée en septembre 2013⁵, qui déconseillait de modifier la prescription initiale en cours de traitement, en substituant une spécialité par une autre : « *En effet, pour un même patient, les changements multiples ou fréquents de traitement entre médicaments déclarés similaires (incluant le médicament de référence), pourraient exposer à un risque plus élevé de réponse immunologique contre la protéine d'intérêt thérapeutique et rendre difficile le suivi des effets indésirables, en particulier d'origine immunitaire. Il sera en effet impossible d'affirmer, en cas de changement fréquent de médicament, lequel des traitements équivalents est responsable du manque d'efficacité ou de l'effet indésirable observé, situations qui pourraient créer une impasse thérapeutique pour certains patients. En conséquence, pour assurer la sécurité des patients et le suivi de pharmacovigilance, l'ANSM recommande de traiter dans la mesure du possible un même patient avec une même spécialité sans procéder à des changements à l'intérieur d'une famille de biosimilaires, et d'assurer la traçabilité et la surveillance adaptée du patient si un changement de traitement a été décidé par le médecin traitant* ».

Il est par ailleurs intéressant de souligner que le renvoi au décret en Conseil d'État auquel procède l'article L.5125-23-3 du CSP concerne ce seul article, c'est-à-dire la substitution par le pharmacien, et en aucun cas la prescription par le médecin, régie par l'article L.5125-23-2 du CSP⁶.

Accorder un droit de substitution aux pharmaciens au niveau national comme le prévoit l'article 47 de la LFSS

5 - ANSM. Les médicaments biosimilaires – État des lieux. Rapport, septembre 2013, 21 p.

6 - Bocquet F. et Paubel P. Médicaments biosimilaires : quel cadre juridique pour quel modèle économique ? in Dossier « Les médicaments biosimilaires : quels enjeux en 2015 ? », JDSAM 2015, n°2, p.8-22.

2014, et ce même si ce droit de substitution est restreint à certains produits ou à certaines situations cliniques, s'est avéré en pratique largement prématuré. La plupart des professionnels de santé n'ayant encore qu'une connaissance très parcellaire du concept de biosimilaires et des problématiques en présence, imposer une substitution des biosimilaires de manière verticale et uniforme au niveau national sans prendre en compte les pratiques médicales, sans consultation préalable des professionnels de santé et sans le soutien des sociétés savantes, est très rapidement apparu voué à l'échec et contre-productif que ce soit en termes de santé publique ou sur le plan économique. Il est nécessaire de signaler que le décret en Conseil d'État encadrant la substitution des biosimilaires par les pharmaciens n'a d'ailleurs pas été publié.

b. La prescription de médicaments biologiques depuis janvier 2016 et l'obligation d'associer la dénomination commune internationale et le nom de marque

L'article 149 pour la loi de modernisation de notre système de santé de 2016⁷ a introduit une nouvelle disposition concernant la prescription de médicaments biologiques dans le CSP à l'article L.5121-1-2, rendant obligatoire dans le cas des médicaments biologiques une prescription associant la dénomination commune internationale (DCI) et le nom de marque. Cet ajout systématique d'un nom de marque à la prescription en DCI pour les produits biologiques traduit la volonté des pouvoirs publics de garantir la continuité de traitement par un même médicament biologique pour un patient donné. Cette approche consistant à maintenir un même patient sous le même traitement initialement reçu a un impact conséquent pour la prise en charge des patients et l'organisation des soins, puisqu'en creux, elle suppose que substituer un produit biologique par un autre est impossible, et donc que la substitution dans le cas d'un médicament biosimilaire pour un patient préalablement traité par un *princeps* n'est pas envisageable. Cette disposition est en contradiction avec l'intention initiale du législateur en 2014 d'autoriser la substitution pour les biosimilaires.

c. La création par décret en juillet 2016 d'une liste des biosimilaires

L'article 47 de la LFSS 2014 a également introduit dans le CSP la création d'une « liste des biosimilaires » élaborée par l'ANSM, mentionnant le nom des *princeps* et des biosimilaires leur étant substituables, sur le même modèle que le répertoire des médicaments génériques.

En proposant la terminologie de « liste » et non de « répertoire », le législateur entendait éviter toute confusion

entre ces deux types de « copies » de médicaments⁸. Un décret d'application relatif à l'inscription des médicaments biologiques similaires sur la liste de référence des groupes biologiques similaires a été publié en juillet 2016⁹, mais à ce jour, cette liste est vide rendant de fait toute substitution par le pharmacien impossible dans le cas des biosimilaires.

II. LFSS 2017 : entre prudence et incohérence sur la question de la substitution

a. La prudence sémantique de la position de l'ANSM en 2016

Après s'être exprimée défavorablement sur la substitution en septembre 2013⁵, l'ANSM a fait évoluer sa doctrine en la matière en 2016¹⁰. En effet, dans le document intitulé « État des lieux sur les médicaments biosimilaires » daté de mai 2016, l'agence a précisé sa position sur le sujet et estimé qu'« au vu de l'évolution des connaissances et de l'analyse continue des données d'efficacité et de sécurité des médicaments biosimilaires au sein de l'Union européenne, il ressort qu'une position excluant formellement toute interchangeabilité en cours de traitement ne paraît plus justifiée ». Il est intéressant de relever que l'agence de tutelle ne mentionne plus le terme de « substitution », mais uniquement celui d'« interchangeabilité ». Ainsi, l'agence prend position uniquement sur l'acte d'interchangeabilité qui correspond à une décision médicale, mais pas sur l'acte de substitution qui relève de la seule compétence du pharmacien. Cela n'est évidemment pas un hasard. Il semble en effet beaucoup plus aisé pour l'agence de statuer sur la question de l'interchangeabilité et de renvoyer la décision de remplacer un produit par un autre à la responsabilité du médecin, que de statuer sur la substitution automatique de médicaments biologiques par le pharmacien basée sur une liste de groupes de médicaments qu'elle ne semble pas pour le moment vouloir définir, et dont elle aurait à assumer la responsabilité pleine et entière.

Considérée par de nombreux observateurs comme une non-position, l'ANSM a adopté la doctrine suivante : « si tout échange non contrôlé entre médicaments biologiques (médicaments biosimilaires ou médicaments de référence) doit être évité, une interchangeabilité peut toutefois être envisagée à condition de respecter les conditions suivantes : un patient traité par un médicament biologique doit être informé d'une possible interchangeabilité entre deux médicaments biologiques (médicament de référence et/ou médicament biosimilaire) et

8 - Amendement n°796 présenté par M. Christian Paul, adopté en 1^{ère} séance le 25 octobre 2013 à l'Assemblée nationale en 1^{ère} lecture.

9 - Décret n°2016-960 du 12 juillet 2016 relatif à l'inscription des médicaments biologiques similaires sur la liste de référence des groupes biologiques similaires (JORF n°0163, texte n°24, 14 juillet 2016).

10 - ANSM. État des lieux sur les médicaments biosimilaires. Rapport, mai 2016, 28 p.

7 - Article 149 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (JORF n°22, 27 janvier 2016).

donner son accord ; il doit recevoir une surveillance clinique appropriée lors du traitement ; une traçabilité sur les produits concernés doit être assurée ». Il est légitime de s'interroger sur le fondement de cette évolution doctrinale et sur la nécessité objective d'associer ces conditions à cette interchangeabilité.

Il est en effet étonnant de constater que l'ANSM rappelle au médecin son obligation d'information du patient en cas d'interchangeabilité et le fait qu'il doit nécessairement recueillir son consentement dans la mesure où il s'agit là d'obligations générales du médecin déjà prévues dans le code de la santé publique et qui dépassent largement le cadre des médicaments biologiques. Surprenant également de voir que l'ANSM conditionne l'interchangeabilité des médicaments biologiques à une surveillance clinique appropriée des patients, qui est aujourd'hui systématiquement assurée par les professionnels de santé et au cœur de la prise en charge des patients – particulièrement dans les pathologies chroniques dont souffrent les patients susceptibles de bénéficier des molécules aujourd'hui « biosimilarisées », comme l'étanercept dans la polyarthrite rhumatoïde, l'infliximab dans la maladie de Crohn ou encore l'insuline glargine dans le diabète. Quant à la traçabilité qui doit être assurée sur les produits concernés, là encore nul besoin de le préciser, puisque cette traçabilité est d'ores et déjà le quotidien des pharmaciens.

La frilosité de l'ANSM à s'exprimer sur le sujet central de la substitution et ces inutiles « précisions » sur les rôles dévolus au médecin et au pharmacien jettent le trouble sur l'utilisation des biosimilaires. En fin de compte, le seul mérite qui pourrait être reconnu à ce document est d'autoriser l'interchangeabilité, à tout le moins de ne pas s'y opposer formellement.

b. L'article 96 de la LFSS 2017 : un article inadapté à la rédaction floue

En accord avec les préconisations de l'ANSM de mai 2016, l'article 96 de la LFSS 2017¹¹ modifie l'article L.5125-23-2 du CSP concernant les modalités de prescription des médicaments biologiques par le médecin, puisqu'il supprime l'alinéa 7 qui empêchait jusqu'alors l'interchangeabilité entre médicaments biologiques par le médecin. Ainsi la phrase suivante qui empêchait l'interchangeabilité par le médecin, est supprimée de cet article de la loi : « *Lors du renouvellement du traitement, sauf dans l'intérêt du patient, le même médicament biologique que celui initialement délivré au patient est prescrit et le prescripteur porte sur la prescription la mention expresse "non substituable, en continuité de traitement"* ».

Cette modification de la loi permet de restaurer la liberté de prescription du médecin à l'occasion du renouvellement du traitement, et de faire en sorte qu'il puisse prescrire

à l'occasion d'un renouvellement un autre médicament biologique que celui initialement utilisé, c'est-à-dire interchanger les médicaments biologiques, et ce dans l'intérêt des finances publiques.

Reprenant la position de l'ANSM, le législateur a ajouté dans l'article 96 de la LFSS 2017 l'alinéa suivant : « *Dans le cas où il initie un traitement avec un médicament biologique, le prescripteur informe le patient de la spécificité des médicaments biologiques et, le cas échéant, de la possibilité de substitution. Le prescripteur met en œuvre la surveillance clinique nécessaire* ».

A la lecture de cet article 96, il apparaît que :

- le prescripteur peut interchanger entre le médicament biologique *princeps* et un biosimilaire à la condition d'en informer le patient et de mettre en œuvre une surveillance clinique appropriée ;
- le pharmacien, dans le cadre de ce renouvellement, ne peut pas substituer un biosimilaire. Il doit délivrer le médicament prescrit et uniquement celui-ci ;
- le prescripteur doit informer le patient de la possibilité de substitution qui est de la responsabilité du pharmacien. A notre avis, cette information par le prescripteur risque d'être à l'origine de confusion, dès la rédaction de la prescription, tant auprès des prescripteurs que des patients : quelle compréhension réelle aura le patient ? Comment réagira-t-il à une éventuelle substitution par le pharmacien ?

Il est opportun de rappeler qu'en l'état, la substitution par le pharmacien d'officine n'est toujours pas possible aujourd'hui – que ce soit en initiation ou en suite de traitement – dans la mesure où :

- **le décret en Conseil d'État sur le droit de substitution n'a pas été publié ;**
- **le principe d'une liste devant décrire les futurs groupes biologiques similaires a bien été instauré par le décret du 12 juillet 2016⁹, mais celle-ci est aujourd'hui vide, faute de publication par l'ANSM.**

Il est regrettable que la prise de position de l'ANSM et les débats parlementaires du PLFSS pour 2017 n'aient pas permis de trancher de manière nette sur la question de la substitution, car c'est précisément ce qu'attendaient les professionnels de santé confrontés à cette problématique de manière récurrente sur le terrain.

L'enjeu des biosimilaires est considérable pour le système de santé au plan économique. A l'instar des médicaments génériques, il y a une quinzaine d'années, il convient de ne pas rater cette révolution par des mesures réglementaires ou administratives inappropriées qui risqueraient d'en compromettre le développement, ce qui semble malheureusement être le cas aujourd'hui.

La LFSS 2017 contribue à autoriser, sans jamais la mentionner, l'interchangeabilité entre médicaments biologiques *princeps* et biosimilaires, ce qui est aujourd'hui, à notre avis, très insuffisant pour encourager l'utilisation des biosimilaires en

11 - Article 96 de la loi n°2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 (JORF n°0299, texte n°1, 24 décembre 2016).

France. Il ne faudrait pas, et cela constitue un risque majeur, parce que le texte de la nouvelle loi renvoie encore une fois à un texte réglementaire portant sur les modalités concernant la substitution des biosimilaires, que cela crée davantage de doutes quant à la mise en œuvre concrète de celle-ci.

En conclusion, les évolutions permanentes de la législation sur les médicaments biosimilaires créent des incertitudes pour les professionnels de santé tant hospitaliers que libéraux sur les rôles et les responsabilités de chacun, en raison d'une rédaction floue et d'une construction juridique non finalisée.

A notre avis, pour assurer le développement des biosimilaires, il est indispensable que tous les acteurs aient une compréhension claire de la législation sur les médicaments biosimilaires, ce qui ne nous semble malheureusement pas le cas aujourd'hui. L'analyse des évolutions des parts de marchés des biosimilaires commercialisés en France sera intéressante dans les prochains mois, afin de voir si les freins au développement des biosimilaires sont levés ou non par l'article 96 de la LFSS pour 2017.

François Bocquet et Pascal Paubel

Luc Grynbaum

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

David Noguéro

Professeur à l'Université de Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Bertrand Vorms

Avocat au Barreau de Paris, BCW & Associés

Mentions informatives dans les contrats d'assurance sur la prescription biennale sauf son inopposabilité

Décisions commentées : **Cass. 2^e civ. , 12 janvier 2017** : deux arrêts, pourvoi n° 16-10.656 et pourvoi n° 16-13.692

Note :

En ce début d'année, la Cour de cassation rappelle au bon souvenir des assureurs sa sévérité habituelle quant à l'information relative à la prescription biennale devant figurer dans les polices d'assurance, en droit, en vertu de l'interprétation adoptée de l'article R. 112-1 du Code des assurances, et non, par exemple, dans une lettre, serait-elle adressée au moment de la gestion d'un sinistre déclaré¹, moment qui peut paraître, en pratique, opportun.

Certains, dont les assureurs, ont pu critiquer ce qui leur apparaît comme un formalisme excessif. La Cour de cassation maintient néanmoins son cap sans sourciller. Il en va ainsi alors qu'en parallèle, s'agissant du droit de renonciation en assurance-vie, jugé discrétionnaire depuis 2006, elle a réalisé, en mai 2016, un spectaculaire revirement de jurisprudence, par lequel elle décide désormais de contrôler l'exercice abusif de ce droit et d'écarter le jeu de la prérogative pour des assurés avertis, dont la mauvaise foi laisse transparaître que le prétendu manquement à l'information légale précontractuelle est, en fait, sans réelle incidence pour eux². Rien de tel pour la prescription.

1 - Civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 10-23.223 : RCA 2011, n° 309, note H. Groutel ; RGDA 2012. 337, 3^e esp., note J. Kullmann.

2 - Récemment encore, contrôle à effectuer pour le juge, Civ. 2^e, 12 janv. 2017, n° 16-10.003.

Les deux arrêts du même jour, ici réunis, ne concernent pas directement une assurance de responsabilité civile des professionnels de la santé. Toutefois, l'article R. 112-1 à chaque fois rappelé, vise, dans son actuelle version, les branches 1 à 17, énumérées par l'article R. 321-1 du Code des assurances, parmi lesquelles figure notamment celle relative à la responsabilité civile générale. Aussi, la solution retenue a vocation à la généralisation, donc à la transposition dans notre domaine, si bien qu'il convient d'attirer l'attention sur ce point. Il en va d'autant plus ainsi que l'exigence des mentions sur la prescription dans la police s'applique à tout souscripteur, profane ou averti³. Les professionnels de la santé sont susceptibles de profiter de la faveur en question.

En outre, à la suite des évolutions de rédaction des dispositions, la Cour n'a pas hésité à appliquer l'exigence des mentions pour les contrats d'assurance-vie, même si désormais ils ne sont plus directement visés par l'article R. 112-1. Encore récemment, et pour le droit local de l'Est, de surcroît, la jurisprudence a retenu « que l'obligation, prévue par ce texte, de rappeler dans les contrats d'assurances les dispositions légales concernant la prescription des actions dérivant du contrat s'inscrivant dans le devoir général d'information de l'assureur lui impose de porter à la connaissance des assurés une disposition qui est commune à tous les contrats d'assurance, de sorte que cette obligation s'applique aux contrats d'assurance sur la vie, y compris à ceux souscrits pour des risques situés dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle »⁴. On devine toute la portée que la Cour de cassation veut accorder à sa solution avec cette caisse de résonance.

Depuis un revirement de jurisprudence intervenu en 2005⁵, dont la solution est constamment répétée depuis plus d'une décennie, la Cour de cassation décide fermement que le manquement à l'information exigée est l'inopposabilité de la prescription biennale, malgré le silence du texte à ce sujet. Par conséquent, si le plaideur doit formuler la critique pour espérer être entendu, en invoquant la disposition⁶, le juge, lui, doit scrupuleusement effectuer une recherche/ vérification de cette information dans le contrat⁷.

Pour les assureurs, il ne suffit plus d'opérer simplement un renvoi au numéro des textes d'ordre public dans la police,

3 - Civ. 2^e, 25 juin 2009, n° 08-14.254 : JCP G 2010, 428, n° 19, obs. J.-P. Karila - Civ. 2^e, 22 oct. 2015, n° 14-21.292 : Gaz. Pal. 2015, n°s 347-349, p. 25, note D. Noguéro ; RCA 2016, n° 26, 1^{re} esp., note H. Groutel.

4 - Civ. 2^e, 17 nov. 2016, n° 15-25.316 : RGDA 2017, p. 32, note A. Pélissier.

5 - Civ. 2^e, 2 juin 2005, Bull. civ. II, n° 141, n° 03-11.871 : RCA 2005, n° 238 et Etude 11, par H. Groutel, « L'information de l'assuré : de nouvelles avancées » ; RGDA 2005, p. 619, note J. Kullmann ; JCP G 2006, I, 135, n° 2, obs. J. Kullmann ; RDI 2005, p. 413, obs. L. Grynbaum.

6 - Civ. 3^e, 25 sept. 2013, n° 12-10.151.

7 - Ex. Civ. 2^e, 14 janv. 2010, n° 09-12.590 : RCA 2010, n° 97, note H. Groutel ; JCP G 2010, 428, n°s 1-3, obs. J. Kullmann.

depuis un revirement de 2009⁸ à partir duquel est exigée la reproduction littérale, dans le contrat, du contenu des dispositions légales relatives à la prescription biennale. Il faut donc que soient reproduites les dispositions concernant la durée biennale de la prescription, ses points de départ, et les causes de son interruption⁹. Nul n'est censé ignorer la loi lorsqu'elle est copiée dans le contrat.

Les deux décisions commentées, même inédites, sont un nouvel épisode de cette ligne prétorienne, constante et déjà explicitée, par le passé, dans le rapport annuel de 2014 de la Haute Cour.

Dans la première, pour un contrat d'assurance automobile, au visa des articles L. 114-1 et R. 112-1 du Code des assurances, la cassation intervient avec un attendu limpide en chapeau : « qu'aux termes du second de ces textes, les polices d'assurance relevant des branches 1 à 17 de l'article R. 321-1 doivent rappeler les dispositions des titres Ier et II de la partie législative du code des assurances concernant la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance ; qu'il en résulte que l'assureur est tenu de rappeler dans le contrat d'assurance, sous peine d'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription biennale, les différents points de départ du délai de la prescription biennale prévus par le premier ». Il y a, en l'espèce, un défaut d'exhaustivité de la mention sur les points de départ¹⁰.

L'assuré était le conducteur secondaire déclaré ayant subi un accident corporel. Le contrat en cause comportait des mentions sur la prescription, dont le fait qu'elle court « à dater de l'événement qui y donne naissance ». Il était silencieux sur les autres points de départ. La cour d'appel de Basse-Terre, dont l'arrêt confirmatif est censuré pour violation de la loi, avait estimé, à tort, que l'action était irrecevable comme prescrite¹¹ « après avoir constaté que le contrat ne reproduisait pas intégralement les dispositions de l'article L. 114-1 du code des assurances relatives aux différents points de départ de la prescription biennale » mais en jugeant « que cette omission est sans conséquence concrète pour l'information de (l'assuré), qui ne fait pas état de l'ignorance du sinistre ni du recours d'un tiers ».

8 - Civ. 2^e, 3 sept. 2009, Bull. civ. II, n° 201, n° 08-13.094 : RDI 2009, p. 652, obs. D. Noguéro ; RCA 2009, n° 311, note H. Groutel et Repère 8 ; RGDA 2009, p. 1155, note J. Kullmann ; JCP G 2010, 428, n°s 1-3, obs. J. Kullmann et n° 19, obs. J.-P. Karila ; Gaz. Pal. 2010, n°s 43-44, p. 24, note M. Périer - Encore, par exemple, Civ. 2^e, 22 oct. 2015, n° 14-21.292, préc..

9 - Rappel des trois nécessaire, Civ. 1^{re}, 17 juin 2015, Bull. civ. I, n° 14-20.257 : RGDA 2015, p. 408, note M. Asselain ; RCA 2015, n° 263, note H. Groutel ; RDC 2016-1, p. 27, obs. G. Viney.

10 - Déjà, par exemple, pour le recours d'un tiers, Civ. 2^e, 28 avr. 2011, Bull. civ. II, n° 92, n° 10-16.403 : Gaz. Pal. 2011, n°s 210-211, p. 7, 2^e esp., note D. Noguéro ; RCA 2011, n° 274, 1^{re} esp. et Etude 10, par H. Groutel, « L'accroissement de l'information de l'assuré au sujet de la prescription biennale » ; RGDA 2011, p. 700, 1^{re} esp., note J. Kullmann - Civ. 2^e, 10 déc. 2015, Bull. civ. II, n° 14-28.012 : Gaz. Pal. 2016, n° 12, p. 62, note D. Noguéro ; RCA 2016, n° 95, note H. G..

11 - L'annexe indique que « la prescription avait été interrompue par la procédure de référé et la désignation d'un expert, que le délai avait à nouveau couru à compter du dépôt du rapport de celui-ci le 28 avril 2007 et qu'un délai de plus de deux ans s'était écoulé entre cette date et celle de l'assignation de la GMF le 29 juin 2011 ».

Il importe peu que, concrètement, l'assuré soit dans cet état d'esprit dès lors que, formellement, les juges ont pu constater que le contrat était incomplet sur les points de départ de la prescription - dont certains ne sont pourtant pas fixés par la loi, directement, mais par son interprétation prétorienne, faut-il ajouter ! Si l'effort de l'assureur existait afin de préciser le point de départ, le résultat n'était que partiel, donc insuffisant. L'article L. 114-1 indique, en effet, d'autres points de départ que celui exclusivement reproduit dans la police. Comme le défendait le pourvoi accueilli, pour obéir à l'ordre donné, il fallait reproduire intégralement les alinéas relatifs aux différents points de départ de la prescription. Dans une telle optique, il importe peu, comme le montre l'annexe, que les façons d'interrompre la prescription, soient, elles, bien énumérées, à la parfaite connaissance de l'assuré qui n'en a pourtant pas usé.

Dans la seconde décision, toujours pour un contrat d'assurance automobile auprès du même assureur, au visa de l'article R. 112-1 du Code des assurances, dans sa version applicable à la cause, la Cour de cassation censure l'arrêt confirmatif de la cour d'appel de Grenoble. Dans cette affaire, il semblait que l'assuré était assez négligent. En ce sens, les juges ont relevé qu'après l'accident de la circulation du 25 février 2001, une ordonnance de référé du 28 juin 2002 a désigné, à la demande de l'assureur, deux experts pour examiner l'assuré victime, dont l'un a été remplacé par décision du 4 novembre 2002. Mais la mesure d'instruction n'a pu être diligentée car la victime ne s'est pas présentée aux convocations qui lui avaient été adressées. Ce n'est que par acte du 30 novembre 2011 (soit plus de neuf ans plus tard), que l'assureur a été assigné pour expertise et allocation d'une provision.

Pour déclarer cette demande irrecevable comme prescrite, les juges du second degré avaient considéré que le moyen opposé par l'assuré « tiré d'un prétendu défaut d'information doit être écarté, l'assureur insistant à bon droit sur le fait que le contrat d'assurance applicable contient expressément, en son paragraphe 5. 6 des conditions générales, l'information relative au délai de prescription biennale ». Certes, le délai doit être expressément rappelé¹². Si c'est nécessaire, ce n'est point suffisant. On peut comprendre la psychologie des juges qui ont été confrontés à un assuré qui, sachant le délai spécial (biennal) par rapport au droit commun (quinquennal), a tout de même tardé, par son seul comportement, à se décider à agir après une longue période d'immobilisme. Toutefois, la rigueur jurisprudentielle est martelée à l'adresse de tous - juges du fond et assureurs -, sans considération pour le profil ou l'attitude de l'assuré - et sans distinction quant à sa bonne ou mauvaise foi -, et sa situation exacte quant à l'information relative à la prescription.

Le formalisme s'impose et doit être complet, sans nuance. Dans cette logique, les juges d'appel n'ont pas fait la vérification entière (d'où le manque de base légale

12 - Civ. 2^e, 13 juin 2013, n° 12-21.276 : RCA 2013, n° 324, note H. Groutel.

reproché) car ils se sont déterminés par « des motifs impropres à établir que les causes, y compris ordinaires, d'interruption de la prescription étaient précisées dans ce contrat d'assurance, ce que (l'assuré) contestait ». Face à une telle critique exprimée, il fallait déterminer si les causes d'interruption de la prescription biennale avaient bel et bien été mentionnées, que ce soit celles propres au Code des assurances¹³, spécifiées à l'article L. 114-2¹⁴, ou celles ordinaires (auxquelles renvoie littéralement l'article précité), c'est-à-dire de droit commun, figurant dans le Code civil aux articles 2240 à 2246¹⁵.

Quelle protection efficace, diront certains ! Quelle sévérité déplacée, penseront les autres ! En définitive, la Cour de cassation estime, notamment après la réforme de la prescription en matière civile en 2008 - occasion manquée d'une remise à plat en droit des assurances -, qu'aujourd'hui, le délai biennal de prescription, qui n'a pas été retouché¹⁶, est trop court et qu'il peut surprendre les assurés. Il n'y a qu'à songer à la longueur des expertises et au temps qui s'écoule. Dans le domaine médical, on peut souvent y être confronté.

Dans notre opinion, cette jurisprudence est une forme de provocation à la réforme législative¹⁷. Les deux décisions sous analyse en sont une nouvelle illustration tant le cap est clairement et rigoureusement maintenu. Des vœux ? Oui. Pour tous, des vœux d'évolution...

David Noguéro

13 - Civ. 3^e, 28 avr. 2011, n° 10-16.269, Bull. civ. III, n° 60 : Gaz. Pal. 2011, n°s 210-211, p. 7, 1^{er} esp., note D. Noguéro ; RCA 2011, n° 268 et n° 274, 2^e esp. et Etude 10, par H. Groutel, « L'accroissement de l'information de l'assuré au sujet de la prescription biennale » ; RGDA 2011, p. 700, 1^{er} esp., note J. Kullmann et p. 972, note L. Mayaux - Civ. 2^e, 7 avr. 2016, n° 15-14.154 : Gaz. Pal. 2016, n° 23, p. 68, note D. Noguéro ; RGDA 2016, p. 300, 1^{er} esp., note M. Asselain ; RCA 2016, n° 247, note H. Groutel.

14 - Seules visées par le moyen du pourvoi reproduit en annexe.

15 - Déjà, sur cette exigence, Civ. 2^e, 18 avr. 2013, Bull. civ. II, n° 83, n° 12-19.519 : JDSAM 2013-2. 62, note crit. D. Noguéro ; RDI 2013, p. 483, obs. L. Karila ; RCA 2013, n° 242, note H. Groutel ; RGDA 2013, p. 884, note J. Kullmann - Civ. 2^e, 21 nov. 2013, n° 12-27.124 - Civ. 3^e, 26 nov. 2015, n° 14-23.863 : RGDA 2016, p. 87, note A. Pélissier - Civ. 2^e, 4 févr. 2016, n° 15-14.649 - Civ. 1^{er}, 29 juin 2016, n° 15-19.751 : Gaz. Pal. 2016, n° 39, p. 53, note D. Noguéro ; RGDA 2016, p. 443, note J. Landel ; RCA 2016, n° 291, note H. Groutel (action en garantie de l'ONIAM).

16 - La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 (art. 6) a simplement créé l'article L. 114-3 du Code des assurances qui indique que « Par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat d'assurance ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci ». En pratique, certains assureurs vont jusqu'à reproduire cette disposition dans leurs contrats, qui pourtant ne fait que souligner l'ordre public des règles de prescription en matière d'assurance, donc sans dérogation possible à ce qui figure aux articles L. 114-1 et L. 114-2, normalement suffisants pour connaître les contours des règles applicables.

17 - D. Noguéro, « Provocation à la réforme de la prescription biennale au sujet de l'article R. 112-1 du code des assurances (Au-delà d'un nouvel arrêt de la Cour de cassation) », RRJ Droit prospectif, 2016-2, PUAM, p. 725. La synthèse et les références sur le sujet ainsi que les propositions de modification.

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne - Université Panthéon-Sorbonne (IRJS-CRDP)

Clémentine Lequillier

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Lydia Morlet-Haidara

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Sylvie Welsch

Avocat à la Cour, UGGC Avocats

Obligation d'information du médecin sur le risque grave exceptionnel : le doute est enfin levé !

Cass., 1^{ère} Civ., 12 octobre 2016, n° 15-16894

En l'espèce, à la suite de l'arthrographie d'une épaule, réalisée en février 2007 par M. X, radiologue, exerçant son activité à titre libéral au sein de la société civile de moyens Centre de radiologie Z, M. Y a présenté une arthrite septique d'origine nosocomiale, dont il a gardé des séquelles. Il a alors assigné en responsabilité et indemnisation de ces différents préjudices le radiologue, le centre de radiologie et leur assureur.

Dans un arrêt du 16 décembre 2014, la Cour d'appel de Pau a tout d'abord mis hors de cause le radiologue en l'absence de faute de sa part à l'origine de l'infection nosocomiale. Faut-il en effet rappeler que la loi du 4 mars 2002 a prévu un régime de responsabilité distinct selon le lieu où a été contractée l'infection nosocomiale : responsabilité de plein droit dans un établissement de santé¹ (article L. 1142-1 I alinéa 2 du CSP) ou responsabilité pour faute dans un cabinet libéral (article L. 1142-1 I alinéa 1^{er} du CSP). Dans son pourvoi incident, le patient soutenait que l'article

L. 1142-1 I alinéa 1^{er} du CSP était « contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi constitutionnellement garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en tant qu'il oblige le patient, en matière d'infection nosocomiale, à rapporter la preuve d'une faute du professionnel de santé, alors que l'alinéa 2 du même texte prévoit, en cette même matière, une responsabilité de plein droit de tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ». Sans que l'on puisse s'en étonner, la Cour de cassation rejette le pourvoi rappelant que « par sa décision n° 2016-531 QPC du 1^{er} avril 2016², qui s'impose, en application de l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, à toutes les autorités juridictionnelles, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à celle-ci l'article L. 1142-1, I, alinéa 2, du code de la santé publique ». Nous ne reviendrons toutefois pas ici sur la question de la constitutionnalité du régime de responsabilité en matière d'infection nosocomiale, même si cette solution, qui n'est pas exempte de critiques³, se révèle à notre sens particulièrement préjudiciable lorsque l'on se place du côté des victimes⁴ (dans l'hypothèse où ces dernières n'arriveront pas à prouver une faute du professionnel de santé ou que l'infection contractée n'atteindra pas le degré de gravité requis par la loi pour obtenir une prise en charge par la solidarité nationale).

Notre commentaire ne portera pas non plus sur la question relative au domaine d'application de la responsabilité de

2- Décision n° 2016-531 QPC du 1^{er} avril 2016, considérant 7 : « Considérant que les actes de prévention, de diagnostic ou de soins pratiqués dans un établissement, service ou organisme de santé se caractérisent par une prévalence des infections nosocomiales supérieure à celle constatée chez les professionnels de santé exerçant en ville, tant en raison des caractéristiques des patients accueillis et de la durée de leur séjour qu'en raison de la nature des actes pratiqués et de la spécificité des agents pathogènes de ces infections ; qu'au surplus, les établissements, services et organismes de santé sont tenus, en vertu des articles L. 6111-2 et suivants du code de la santé publique, de mettre en œuvre une politique d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins et d'organiser la lutte contre les événements indésirables, les infections associées aux soins et l'iatrogénie ; qu'ainsi, le législateur a entendu prendre en compte les conditions dans lesquelles les actes de prévention, de diagnostic ou de soins sont pratiqués dans les établissements, services et organismes de santé et la spécificité des risques en milieu hospitalier ; que la différence de traitement qui découle des conditions d'engagement de la responsabilité pour les dommages résultant d'infections nosocomiales repose sur une différence de situation ; qu'elle est en rapport avec l'objet de la loi ; qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ».

3- V. not. P. JOURDAIN, « Infections nosocomiales : la restriction de la responsabilité sans faute aux seuls établissements de santé est conforme à la Constitution », RTD Civ. 2016 p. 643 ; M. REYNIER, « Tout va bien », Revue Droit & santé 2016, n° 71.

4- L. BLOCH, « Pas d'atteinte au principe d'égalité dans le régime d'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales (Cons. const., 1^{er} avr. 2016, n° 2016-531 DC) », RCan° 5, mai 2016, alerte 13 ; P. JOURDAIN, « Infections nosocomiales : la restriction de la responsabilité sans faute aux seuls établissements de santé est conforme à la Constitution », RTD Civ. 2016 p. 643 ; J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA, « Constitutionnalité du régime de responsabilité en matière d'infection nosocomiale », D.2016, p. 1064 et s.

1- Plus précisément l'article L. 1142-1 I alinéa 2 du CSP dispose que « Les établissements, services et organismes susmentionnés [dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins] sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

plein droit (sans faute) en matière d'infection nosocomiale. En l'espèce, l'acte à l'origine de l'infection avait été réalisé dans les locaux d'un centre de radiologie, organisé sous la forme d'une société civile de moyens. La question se posait dès lors de savoir si ce centre devait être soumis à une responsabilité pour faute ou sans faute du fait de la survenance de l'infection nosocomiale. Reprenant la solution posée le 12 juillet 2012⁵, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel de Pau⁶ qui avait déclaré le centre de radiologie responsable du préjudice subi par le patient sur le fondement de la responsabilité de plein droit. Elle rappelle « qu'une société civile de moyens, ayant, selon l'article 36 de la loi du 29 novembre 1966 pour objet exclusif de faciliter à chacun de ses membres l'exercice de sa profession, sans possibilité de l'exercer elle-même⁷, ne constitue pas l'une des structures auxquelles s'applique un régime de responsabilité de plein droit pour les infections nosocomiales qui y sont survenues ». Elle retient ainsi une conception stricte de la notion d'établissement de santé⁸, obligeant la victime à rapporter la preuve d'une faute du centre de radiologie.

C'est la question de l'étendue de l'obligation d'information qui retiendra ici notre attention. En effet, « parce qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une définition légale précise, les termes qui délimitent l'étendue de l'obligation d'information médicale prêtent à interprétation »⁹. Si le Conseil d'État s'est, comme nous le verrons, prononcé dès 2012 sur la question, il a fallu attendre le 12 octobre dernier¹⁰ pour que la Cour de cassation prenne clairement position sur le sujet en faveur d'une conception extensive du contenu de l'obligation d'information. Dans cette affaire, l'arrêt de la Cour d'appel de Pau est cassé pour avoir refusé de réparer le préjudice du patient résultant du défaut d'information sur les risques

d'infection nosocomiale¹¹ en raison de la nature de ce risque. La Cour d'appel avait en effet considéré que « le risque d'arthrite septique lié à la réalisation d'un arthroscanner [constituait] un risque exceptionnel, et non un risque fréquent ou grave normalement prévisible, et que le praticien n'avait pas l'obligation d'en informer le patient ».

Attention toutefois à ne pas se réjouir trop vite (II) de l'extension du contenu de l'obligation d'information pesant sur le professionnel de santé (I).

I. L'extension du contenu de l'obligation d'information

Cet arrêt a le mérite de lever l'ambiguïté de la formule de l'article L. 1111-2 du CSP¹² en consacrant l'extension du contenu de l'obligation d'information aux risques graves, même s'ils ne se réalisent qu'exceptionnellement, pourvu qu'ils soient scientifiquement connus à la date des soins comme étant en rapport avec l'intervention ou le traitement envisagés. Il harmonise ainsi les jurisprudences administrative et judiciaire sur la question du contenu de l'obligation d'information du médecin¹³(A). La question reste toutefois entière de savoir ce qu'est un risque scientifiquement connu(B).

A) L'obligation d'information du médecin sur les risques graves exceptionnels pourvu qu'ils soient scientifiquement connus

Si historiquement, les juridictions tant judiciaire qu'administrative retenaient une conception restrictive des risques devant être portés à la connaissance du patient (exclusion des risques exceptionnels)¹⁴, la jurisprudence des deux ordres a progressivement évolué en faveur d'une approche extensive du contenu de l'obligation d'information¹⁵. Ainsi, à la veille de la loi du 4 mars 2002, les juges judiciaires et administratifs considéraient qu' hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, le médecin était tenu de donner au patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques

5 - Cass., 1^{ère} Civ., 12 juillet 2012, n° 11-17072.

6 - L'arrêt de la Cour d'appel avait relevé que « l'acte à l'origine de l'infection a été réalisé dans les locaux du centre de radiologie, à l'aide de son matériel et avec l'assistance de son personnel, que l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ne vise pas les "établissements de santé", tels qu'ils sont définis aux articles L. 6111-1 et suivants du même code, qu'il étend la responsabilité de plein droit en matière d'infections nosocomiales à des établissements, services ou organismes dont il ne donne aucune définition et qui, faute de référence légale expresse, ne sont pas nécessairement des établissements de santé au sens de la loi, mais des établissements au sein desquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, qu'un centre de radiologie, organisé sous la forme d'une société civile de moyens, ne peut se comparer à un cabinet médical où exercerait à titre libéral un seul médecin et être soumis à une responsabilité pour faute qui serait, en outre, contraire à l'esprit de la loi, et à l'égalité des patients devant celle-ci, et qu'il en résulte que le centre de radiologie répond à la définition de l'article L. 1142-1, I, nonobstant sa forme de société civile de moyens ».

7 - S. HOCQUET-BERG, « Infection nosocomiale contractée au cours d'un examen radiologique », RCA n° 10, octobre 2012, comm. 276, n° 1 ; P. JOURDAIN, « Qu'est-ce qu'un « établissement de santé » au sens de l'article L. 1142-1, I, du code de la santé publique ? », RTD Civ. 2012 p.733.

8 - L. BLOCH, « Santé, 1. Infection nosocomiale : domaine d'application de l'article L. 1142-1 I du Code de la santé publique, 2. Obligation d'information : domaine d'application », RCA n° 12, décembre 2016, comm. 347.

9 - J. SAISON, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », AJDA 2003. 72.

10 - Cass., 1^{ère} Civ., 12 octobre 2016, n° 15-16894.

11 - La Cour de cassation a précisé pour la première fois dans un arrêt du 8 avril 2010 qu'au titre de son obligation d'information, le médecin devait informer son patient d'un risque d'infection nosocomiale dès lors que celui-ci est scientifiquement connu comme étant en rapport avec ce type d'intervention (Cass., 1^{ère} Civ., 8 avril 2010, n° 08-21058, obs. A. Laude, D. 2011 p.2565).

12 - G. VINEY et P. SARGOS, « Le devoir d'information du médecin », RDC 2012, n° 3, p. 1104 et s.

13 - M. BACACHE, « L'harmonisation des jurisprudences : un objectif atteint ? », in La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades : 10 ans après, sous la dir. de M. Bacache, A. Laude et D. Tabuteau, Bruylant, 2013, p. 161 et s. ; D. DUVAL-ARNOULD, « La convergence des jurisprudences administrative et judiciaire », AJDA 2016, p. 355 et s.

14 - Cass. 1^{ère} civ. 14 avril 1961, Gaz. Pal. 1961, 2, p. 53 ; CE 16 décembre 1964, Dille Bré, AJDA 1965, II, p. 624, note J. Moreau. L'information était toutefois élargie à tous les risques médicaux même exceptionnels lorsque l'acte n'avait pas de cause thérapeutique (exemple de la chirurgie esthétique).

15 - Cass., 1^{ère} Civ., 7 octobre 1998, n° 97-10267 ; CE, sect., 5 janvier 2000, Cts Telle et AP-HP, n° 181899 et 198530 (2 esp.).

graves afférents aux investigations et soins proposés, et n'était pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisaient qu'exceptionnellement. La question s'est toutefois posée de savoir si cette jurisprudence était maintenue après l'adoption de la loi Kouchner dans la mesure où l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique impose désormais une obligation d'information sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » sans référence aucune au risque exceptionnel¹⁶. La formule « risque grave normalement prévisible » crée en effet la confusion¹⁷ car « avant sa consécration législative, les juges utilisaient l'expression pour opposer "les risques prévisibles" aux "risques exceptionnels" »¹⁸. Pourtant, l'étude des travaux préparatoires révèle que le législateur a souhaité « s'inscrire dans la lignée de la jurisprudence antérieure et donc de maintenir une information sur les risques exceptionnels (JOAN, 2^{ème} séance, 2 octobre 2001, p. 5330, JOAN, 1^{ère} séance, 3 octobre 2001, p. 5406, JOAN 2^{ème} séance, 3 octobre 2001, p. 5439). L'expression "normalement prévisibles" n'[aurait] donc pas été utilisée pour limiter le droit des patients d'être informés en réservant l'hypothèse des risques graves de réalisation exceptionnelle »¹⁹.

Nonobstant les termes de l'article L. 1111-2 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique, le Conseil d'État²⁰ a, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Kouchner, maintenu sa jurisprudence antérieure jugeant que « la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation [d'information] »²¹. Il a fallu attendre cet arrêt du 12 octobre 2016 pour que la Cour de cassation s'aligne sur la position du Conseil d'État²² et affirme qu'« un risque grave scientifiquement connu à la date des soins comme étant

en rapport avec l'intervention ou le traitement envisagés, constitue, même s'il ne se réalise qu'exceptionnellement, un risque normalement prévisible ». « La Cour va estimer que dès lors que l'exceptionnel est connu, il est normalement prévisible »²³. Ainsi, comme l'avaient pressenti certains auteurs²⁴, le caractère « normalement prévisible » du risque s'entend en réalité d'un risque « connu ».

B) Incertitude sur la notion de risque scientifiquement connu

La précision selon laquelle l'information à laquelle est tenu le professionnel de santé est limitée aux risques connus n'est toutefois pas nouvelle²⁵. S'il va sans dire que ce risque doit s'apprécier « de façon objective, abstraite et non concrète »²⁶, la question se pose néanmoins de savoir comment définir un risque connu. L'arrêt commenté, comme d'autres avant lui, précise qu'il s'agit d'un « risque connu scientifiquement ». Cette formule mériterait toutefois d'être précisée. A partir de quand peut-on, en effet, considérer qu'un risque est connu scientifiquement ? « Faut-il exiger qu'il fasse l'objet d'un consensus scientifique ou est-ce qu'il suffit qu'un risque soit dénoncé par certains²⁷ pour faire l'objet d'une information ? »²⁸, s'interroge Madame Bacache. Qu'en est-il, en outre, du risque simplement suspecté ?²⁹

Selon le Conseil d'État le risque serait scientifiquement connu lorsqu'il est répertorié dans la « littérature médicale »³⁰, ce qui au demeurant permettrait d'en assurer la connaissance par le médecin. Reste cependant à savoir ce que l'on entend exactement par littérature médicale. S'agit-il exclusivement du dictionnaire médical Vidal ? ou faut-il également y inclure les publications scientifiques ? Dans une affaire où il était reproché au médecin de ne pas avoir informé son patient sur les risques de la vaccination contre l'hépatite B³¹, le caractère

16 - J. SAISON, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », op. cit., : « A la lecture des commentaires de la loi Kouchner et des positions contradictoires de leurs auteurs, la portée de cette disposition prête indiscutablement à discussion. D'aucuns (Y. Lambert-Faivre, P. Mistretta) y incluent les risques exceptionnels, Bertrand Mathieu les exclut, d'autres (M. Deguergue, C. Guettier, C. Radé, F. Chaltiel) soulèvent la difficulté en laissant aux juges le soin d'y répondre ».

17 - M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 3^{ème} éd., Economica, 2016, p. 956, n° 809.

18 - J. SAISON-DEMARS, « Un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », in *Consentement et santé*, sous la dir. de l'Association française de droit de la santé, Dalloz, 2014, p. 79 ; J. SAISON, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », AJDA 2003. 72.

19 - J. SAISON-DEMARS, « Un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », op. cit., p. 80 ; G. VINEY et P. SARGOS, « Le devoir d'information du médecin », RDC 2012, n° 3, p. 1104 et s. ; M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 956, n° 809.

20 - CE 24 septembre 2012, n° 339285 ; CE 10 octobre 2012, n° 350426 ; CAA Lyon 23 décembre 2010, req. n° 09LY01051. Voir également les arrêts de Cours administratives d'appel cités par Madame Saison-Demars (J. SAISON-DEMARS, « Un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », op. cit., p. 80, notes 11, 12 et 13), étant précisé que les faits de ces arrêts sont postérieurs au 5 septembre 2001.

21 - A. MINET-LELEU, « Le contentieux du défaut d'information médicale, symbole de l'indulgence excessive du juge administratif », AJDA 2016, p. 362 et s.

22 - Solution d'ailleurs rappelée postérieurement à l'arrêt commenté par le Conseil d'Etat (CE 19 octobre 2016, n° 391538).

23 - L. BLOCH, « Infection nosocomiale : domaine d'application de l'article L. 1142-1 I du CSP, Obligation d'information : domaine d'application », RCA n° 12, décembre 2016, comm. 347.

24 - M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 957, n° 809 ; J. SAISON-DEMARS, « Un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », op. cit., p. 80/81.

25 - V. déjà dans ce sens Cass., 1^{ère} Civ., 8 avril 2010, n° 08-21058 ; Cass., 1^{ère} Civ., 26 septembre 2012, n° 11-22384 et pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 : Cass., 1^{ère} Civ., 7 juillet 1998, n° 96-19927 : l'information quant aux risques doit être due « eu égard aux données de la sciences médicale » à la date des soins.

26 - M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 957, note 1. L'auteur poursuit : « Il ne s'agit pas de savoir si le médecin connaissait personnellement le risque grave de soins ou des opérations qu'il propose mais si ces risques étaient recensés par la science médicale ».

27 - Il devrait toutefois s'agir, selon nous, d'une contestation scientifique.

28 - M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 957, note 1.

29 - J. SAISON, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », AJDA 2003. 72 : « Le passage du risque inconnu au risque connu connaît un temps intermédiaire marqué par l'incertitude, phase pendant laquelle le risque n'est que suspecté ».

30 - CE 19 octobre 2016, n° 391538 ; V. également concl. CE Ass. 9 avril 1993, Bianchi, Lebon p. 579 : « risque répertorié et mesuré dans la littérature médicale ».

31 - Cass., 1^{ère} Civ. 23 janvier 2014, n° 12-22123.

avéré du risque³² - qui avait été écarté - avait été mesuré au regard de deux critères : d'une part, l'existence d'une causalité scientifique établie entre la vaccination (en l'espèce vaccination contre l'hépatite B) et l'apparition de la maladie (en l'espèce une sclérose latérale amyotrophique)³³ ; d'autre part, la mention d'un tel risque dans la notice du vaccin et dans le dictionnaire médical Vidal³⁴. Des auteurs en avaient déduit « qu'en présence d'un doute scientifique sur l'imputabilité de la maladie à la vaccination [il envisageait alors l'hypothèse de l'apparition d'une sclérose en plaques à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B], le médecin prescripteur supporterait une obligation d'information dès lors que ces risques [étaient] signalés dans la notice³⁵ ». Ce qui revenait à dire qu'en l'absence de consensus scientifique, le risque ne saurait être considéré comme scientifiquement connu (ou avéré) sauf mention de ce risque dans la « littérature médicale ». Il convient toutefois de noter que, comme le constate d'ailleurs un auteur, cet arrêt n'offre en réalité que des outils/des indices permettant d'établir la véracité d'un risque³⁶...

Faut-il toutefois se réjouir de l'extension du contenu de l'obligation d'information ?

II. Une solution en apparence favorable aux victimes

Etendre l'obligation d'information du médecin aux risques exceptionnels semble de prime abord être une solution avantageuse pour les victimes (A). Cette affirmation mérite toutefois d'être nuancée (B).

A) Une solution favorable aux victimes

Cette solution serait « louable »³⁷ tant il apparaît délicat de « quantifier le risque exceptionnel »³⁸ : « d'abord, la fiabilité des statistiques sur les risques de telle ou telle opération est incertaine, des cas échappant à la détection. [...] Ensuite, et surtout, un critère exclusivement quantitatif présente

32 - Il était fait référence dans cet arrêt à la notion de « risque avéré » et non à celle de « risque connu ».

33 - Cass., 1^{ère} Civ. 23 janvier 2014, n° 12-22123 : « les experts, comme la quasi-unanimité des scientifiques écartaient tout lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la SLA ».

34 - Cass., 1^{ère} Civ. 23 janvier 2014, n° 12-22123 : « ni la notice du GenHevac B ni le dictionnaire médical Vidal ne mettaient en garde contre une éventualité d'apparition d'une SLA après une vaccination par GenHevac B ».

35 - F. ARHAB-GIRARDIN, « Le préjudice né du défaut d'information médicale : l'infléchissement de la Cour de cassation », RDSS 2014, p. 295 et s.

Ce qui est le cas puisque la notice du vaccin contre l'hépatite B mentionne, depuis plusieurs années déjà, les poussées de sclérose en plaques parmi les effets indésirables possibles de la vaccination. On connaît toutefois les raisons qui ont conduit les laboratoires pharmaceutiques à modifier les notices...

36 - O. GOUT, « L'obligation d'information du médecin à nouveau sur le devant de la scène juridique », Revue Lamy Droit civil, n° 115, 1^{er} mai 2014.

37 - D. CRISTOL, « Observations sous Conseil d'État, 19 octobre 2016, n° 391538, Centre hospitalier d'Issouire et SHAM », RDSS 2016, p. 1169.

38 - Cass., 1^{ère} Civ., 7 octobre 1998, JCP 1998 II 10179, ccl J. Sainte-Rose et obs. P. Sargos.

un défaut rédhibitoire. Il ne permet, en effet, pas de tenir compte des particularités du patient »³⁹.

N'est-il pas en outre logique que le patient, qui est aujourd'hui acteur de sa santé, dispose de l'information la plus complète possible pour consentir de façon éclairée aux soins ou interventions qui lui sont proposés ?⁴⁰ Et pourtant, cette solution interroge. Et si l'information sur les risques exceptionnels étaient « contre-productive »⁴¹ en ce qu'elle dissuaderait le patient de recourir à des soins/interventions pourtant nécessaires ou aurait un effet anxiogène sur celui-ci⁴² ?

Ayons toutefois l'honnêteté de reconnaître que cette extension aura surtout pour effet de pallier l'impossibilité pour la victime de prouver la faute technique du médecin⁴³ et ainsi de permettre la mise en jeu de la responsabilité du praticien qui aura manqué à son obligation d'information. Ainsi, « en apparence, le patient sort vainqueur de [cette] précision jurisprudentielle »⁴⁴. Mais qu'en est-il réellement ?

B) Une affirmation à nuancer

Aujourd'hui, le manquement du médecin à son obligation d'information peut donner lieu à réparation sur le fondement de la perte de chance mais également sur celui du défaut de préparation aux conséquences du risque réalisé⁴⁵, étant précisé que le cumul de ces deux préjudices est possible⁴⁶.

En pratique toutefois il est à craindre que la victime rencontre des difficultés à apporter la preuve d'une perte de chance en cas de manquement du praticien à son obligation d'information sur un risque exceptionnel. C'est d'ailleurs ce que laisse à penser la solution retenue par le Conseil d'État dans son arrêt du 19 octobre 2016⁴⁷. En effet, le juge tiendra notamment compte « du caractère exceptionnel de ce risque,

39 - Cass., 1^{ère} Civ., 14 octobre 1997, JCP 1997 II 22942, n° 21 obs. P. Sargos.

40 - D. CRISTOL, « Observations sous Conseil d'État, 19 octobre 2016, n° 391538, Centre hospitalier d'Issouire et SHAM », RDSS 2016, p. 1169.

41 - L. BLOCH, « Infection nosocomiale : domaine d'application de l'article L. 1142-1 I du CSP, Obligation d'information : domaine d'application », RCA n° 12, décembre 2016, comm. 347.

42 - D. MAZEAUD, « L'obligation d'information du médecin englobe aussi les risques qui se réalisent exceptionnellement », D. 1999, p. 259 ; P. JOURDAIN, « Obligation d'information du médecin : extension confirmée de l'obligation aux risques exceptionnels graves », RTD Civ. 1999, p. 111.

Il convient de noter qu'il existait autrefois une « limitation thérapeutique de l'information » (SARGOS, JCP 1998), prévue à l'article 35 alinéa 2 du Code de déontologie médicale. Le décret n° 2010-694 du 7 mai 2012 est cependant venu modifier le Code de déontologie de façon à le mettre en conformité avec la loi du 4 mars 2002, supprimant ainsi la possibilité offerte au médecin, dans l'intérêt du patient, de ne pas révéler, notamment, un risque grave lié à l'intervention proposée.

43 - M. BACACHE, « L'information médicale est-elle encore perfectible ? 7^{ème} Etats généraux du dommage corporel », Gaz. Pal. 2012, n° 168, p. 9 et s.

44 - L. BLOCH, « Infection nosocomiale : domaine d'application de l'article L. 1142-1 I du CSP, Obligation d'information : domaine d'application », RCA n° 12, décembre 2016, comm. 347., n° 19.

45 - Voir S. Welsch, in JDSAM 2017.

46 - Voir déjà dans ce sens : Cass., 1^{ère} Civ. 23 janvier 2014, n° 12-22123 ; Cass., 1^{ère} Civ., 25 janvier 2017, n° 15-27898, obs. S. Welsch, JDSAM 2017, p. 87.

47 - CE 19 octobre 2016, n° 391538.

ainsi que de l'information relative à des risques de gravité comparable qui a pu être dispensée à l'intéressé, pour déterminer la perte de chance qu'il a subie d'éviter l'accident en refusant l'accomplissement de l'acte ».

Lorsqu'il sera établi que, même correctement informé, le patient aurait malgré tout accepté de subir l'opération ou de se soumettre au traitement, de sorte que la faute d'information ne lui a fait perdre aucune chance d'éviter le dommage, il pourra toujours demander l'indemnisation de son préjudice d'impréparation. La question se pose dès lors de savoir si ses chances de succès seront plus grandes. Une réponse positive s'impose dès lors que l'on reconnaît aujourd'hui l'existence d'une présomption de souffrance morale d'impréparation⁴⁸. Espérons toutefois que le montant alloué ne sera pas symbolique⁴⁹...

Clémentine Lequillier

48 - Harmonisation des jurisprudences civiles et administratives depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 16 juin 2016 (CE 16 juin 2016, n° 382479, D. 2016, p. 2187 et s., obs. M. Bacache).

49 - F. ALT-MAES, « La réparation du défaut d'information médicale. Métamorphose et effets pervers », JCP G 2013 doctr. 547.

Les conséquences du défaut d'information : la consécration du cumul de la réparation du préjudice d'impréparation et du préjudice constitué par la perte de chance d'éviter le dommage

Cass. 1^{ère} civ. 25 janvier 2017 (15-27898)

1- Madame Z. chez qui une sténose carotidienne droite a été diagnostiquée, a subi une artériographie à la suite de laquelle elle a présenté une hémiplégié des membres inférieurs et supérieurs gauches en relation avec un accident vasculaire cérébral (AVC).

Procéduralement, et après échec de la procédure de règlement amiable devant la Commission de conciliation et d'indemnisation, Madame Z. a assigné en responsabilité et en indemnisation les praticiens et l'ONIAM. Étaient invoqués un défaut d'information préalable sur le risque d'hémiplégié lié à la pratique d'une artériographie et la survenue d'un accident médical non fautif indemnisable au titre de la solidarité nationale.

Par jugement du 3 juillet 2014, les premiers juges ont retenu que le risque d'hémiplégié lié à la réalisation d'une artériographie n'était pas un risque fréquent et normalement prévisible. Ils ont écarté la responsabilité des praticiens et jugé que Madame Z. avait été victime d'un accident médical non fautif dont les conséquences dommageables devaient être prises en charge par l'ONIAM.

Sur appel de l'ONIAM et appel incident de Madame Z., le Juge d'appel a, par arrêt du 30 septembre 2015, confirmé la survenue d'un accident médical non fautif relevant d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale, jugé que les praticiens avaient manqué à leur obligation d'information et précisé, sur la base des conclusions expertales, qu'il n'était pas permis d'exclure la possibilité pour Madame Z. de se soustraire à l'examen d'artériographie si elle avait eu connaissance du risque d'AVC et de ses conséquences.

La perte de chance d'éviter le dommage a été fixée à 50 % des préjudices subis, la cour d'appel précisant que l'indemnisation mise à la charge de l'ONIAM ne se ferait qu'à hauteur des 50 % non indemnisés par les praticiens.

La Cour retenait au surplus un préjudice moral d'impréparation dont l'indemnisation mise à la charge des praticiens s'élevait à 5 000 euros.

2- Sur pourvoi des professionnels de santé, la Cour de cassation a été amenée à préciser les conséquences indemnitaires d'un manquement au devoir d'information du patient.

Par cet arrêt du 25 janvier 2017 destiné à être publié, la Haute Cour saisie de la question du cumul d'indemnisation possible au titre à la fois de la réparation de la perte de chance subie et du préjudice moral d'impréparation, a rejeté le pourvoi des praticiens aux motifs que

« Indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, qui dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé ; qu'il en résulte que la cour d'appel a retenu, à bon droit et sans méconnaître le principe de la réparation intégrale, que ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre, indemnisés ».

3- Au départ de deux postulats : la réparation possible au titre de la perte de chance d'éviter le dommage et l'indemnisation nécessaire du préjudice résultant du défaut de préparation aux conséquences du risque survenu et qui n'a pas donné lieu à l'information due, la Cour de cassation affirme le caractère cumulatif de ces préjudices distincts dès lors qu'ils sont caractérisés.

a) *Le défaut d'information ouvre, sous certaines conditions, la possibilité d'obtenir une réparation au titre de la perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé.*

Le manquement du médecin à son devoir d'information peut entraîner une perte de chance pour le patient d'éviter le dommage qui s'est finalement réalisé lorsque ce manquement *« prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé »*¹ à l'acte qui s'est révélé préjudiciable.

Le principe de la réparation au titre d'une perte de chance d'éviter le dommage correspondant à une fraction des différents chefs de préjudice subis par le patient, a été admis comme tel par la Cour de cassation² et par le Conseil d'État³.

Pour autant la réparation de la perte de chance n'est pas

1 - cass. 1^{ère} civ. 20 juin 2000, n°98-23046, Bull. civ. I, n°93.

2 - cass. 1^{ère} civ. 7 février 1990 n°88-14797, Bull. Civ. I. n°39 - cass. 1^{ère} civ. 29 juin 1999, n°97-14254, Bull. civ. I, n°220.

3 - CE sect. 5 janvier 2000, csorts Telle n°181899.

toujours possible, notamment dans le cas où le patient n'a perdu aucune chance d'éviter le dommage, si même informé des risques, il aurait accepté l'opération.

Au fil des décisions, il a été précisé selon quelles modalités les juges du fond devaient apprécier cette perte de chance qui impliquait ainsi de rechercher les effets qu'aurait pu avoir sur le consentement du patient l'information exhaustive donnée sur les risques encourus et si du fait du caractère indispensable ou impérieux de l'intervention, le patient avait ou non une possibilité raisonnable de refus.⁴

L'indemnisation ne sera due que lorsqu'il est établi que le défaut d'information a effectivement fait perdre au patient des chances de refuser l'intervention⁵ et elle ne peut représenter qu'une fraction du dommage corporel dont la détermination de la part, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Notons qu'en présence d'un accident médical non fautif indemnisable au titre de la solidarité nationale sur le fondement de l'article L. 1142-1 II du code de la santé publique, l'indemnité due par l'ONIAM est alors réduite du montant de celle mise à la charge du responsable de la perte de chance⁶.

C'est ce qu'a jugé en l'espèce la cour d'appel en condamnant les praticiens à réparer les préjudices corporels de Madame Z. à hauteur de 50 % au titre de la perte de chance subie et en mettant les 50 % restant à la charge de l'ONIAM.

Pour retenir la perte de chance et en fixer le taux, la cour d'appel a souverainement déduit du rapport d'expertise que l'on ne pouvait exclure la possibilité que Madame Z. informée du risque d'AVC et de ses conséquences, se serait soustraite à l'artériographie alors qu'en outre il n'était pas prouvé que son état clinique et ses malaises s'aggravaient.

S'agissant d'une appréciation souveraine des juges du fond au vu d'un rapport dont la dénaturation n'a pas été invoquée, aucun pourvoi ne pouvait prospérer.

b) La reconnaissance du principe de réparation d'un préjudice moral d'impréparation

Par un arrêt essentiel du 3 juin 2010⁷, la Cour de cassation a consacré l'existence d'un préjudice moral autonome, né de la violation d'un droit de la personnalité, détaché des atteintes corporelles, issu d'une obligation légale découlant de l'article 16-3 du code civil et qui ne peut rester sans réparation. Aucune limitation n'était exprimée pour le cas où le risque qui n'a pas fait l'objet de l'information ne s'est pas réalisé.

4 - CE 24 septembre 2012 n°339285 ; CE 10 octobre 2012 n°350426.
 5 - cass. 1^{ère} civ. 27 novembre 2013 n°12-27961, JDSAM n°1 2014, Chr. 6. P. 89 note L. Morlet-Haïdara - CE, 11 juillet 2011, n°328183.
 6 - cass. 1^{ère} civ. 11 mars 2010 n°09-11270, Bull. civ. I, n°63.
 7 - cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, n°09-13591, Bull. civ. I, n°128 ; , Bull. civ. I, n°128, D. 2010, 1522, note P. Sargos, JCP 2010, note 788 S. Porchy-Simon, RTDciv 2010, p.571, note P Jourdain, RDC 2011, 335, note M. Bacache.

Le principe en a été réaffirmé à plusieurs reprises⁸.

Le Conseil d'État dans des arrêts des 24 septembre 2012⁹ et 10 octobre 2012¹⁰, après avoir rappelé sa jurisprudence sur la perte de chance, a, à son tour, admis le principe de la réparation possible d'un préjudice distinct de celui de la perte de chance.

Mais, il en a limité l'étendue en précisant que le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles.

Par arrêt du 23 janvier 2014¹¹, la Cour de cassation s'est alignée et a clarifié sa position en faisant du droit à l'information un droit personnel, accessoire au droit à l'intégrité corporelle, qui implique, pour sa réparation, la réalisation du risque dont le patient n'a pas été informé et la preuve de la réalité et de l'ampleur d'un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque.

Par arrêt du 16 juin 2016¹², le Conseil d'État a précisé que « *s'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention litigieuse, doit quant à elle être présumée ; qu'il suit de là qu'en exigeant de M. B. qu'il établisse la réalité du préjudice résultant de cette souffrance, le tribunal administratif a entaché le jugement d'une erreur de droit* ».

Il est donc seulement exigé, s'agissant de la réparation de la souffrance morale née du défaut de préparation, qu'elle ait été sollicitée pour qu'elle soit accueillie.

C'est le sens de l'arrêt du 25 janvier 2017 qui réitère le caractère autonome du préjudice moral né d'un défaut de préparation aux conséquences du risque survenu, préjudice moral qui doit être réparé « *dès lors qu'il est invoqué* ».

Ainsi, il est possible de dire que le préjudice d'impréparation est constitué par les troubles subis du fait de n'avoir pu se préparer à l'éventualité de la réalisation du risque.

Deux sortes de troubles sont identifiés : le fait de n'avoir pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident -ce dont il convient d'établir la réalité et l'ampleur- et également la souffrance morale endurée lorsque le patient a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention. Cette souffrance est quant à elle présumée.

8 - cass. 1^{ère} civ. 26 janvier 2012, n°10-26705 ; cass. 1^{ère} civ. 28 nov. 2012, n°11-26516 ; cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012 n°11.18327 ; cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 2012, n°11-17510.
 9 - CE 24 sept. 2012, n°336223.
 10 - CE 10 oct. 2012, n°350426.
 11 - cass. 1^{ère} civ. 23 janvier 2014 n°12-22123 D. 2014,590 note M. Bacache - JDSAM n°2 2014 Chr.6, p.62 note S.Welsch.
 12 - CE 16 juin 2016 n°382379.

En tout état de cause, l'indépendance du préjudice d'impréparation par rapport à la perte de chance de refuser l'acte médical et d'éviter le dommage, est définitivement consacrée.

c) Le cumul des deux indemnisations

Si la reconnaissance d'un préjudice d'impréparation « indépendamment » de la perte de chance de refuser l'intervention, laissait supposer -malgré quelques désaccords doctrinaux¹³- que la possibilité de cumul des réparations de ces deux préjudices distincts¹⁴, la cour de cassation n'avait jamais été précisément saisie de la question.

Le moyen qui était en l'espèce soumis à la Cour faisait valoir, en premier lieu, le principe du non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle et, en second lieu, l'existence d'une double indemnisation du même préjudice.

- Sur le non cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle

Les praticiens auteurs du pourvoi ont invoqué la violation des articles 1147 et 1382 du code civil et le principe du non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Il était soutenu que la perte de chance étant allouée sur un fondement contractuel alors que le préjudice d'impréparation l'est sur un fondement délictuel, la réparation du préjudice moral fondée sur l'article 1382 du code civil ne peut intervenir que si le défaut d'information ne peut être réparé au titre de la perte de chance d'éviter l'intervention.

Mais la responsabilité d'un professionnel de santé au titre d'un manquement à l'obligation d'information est appréciée sur le fondement des articles L. 1111-2 et L. 1142- 1, I du code de la santé publique, des articles 16 et 16-3 alinéa 2 du code civil et de l'article R. 4127-35 du code de la santé publique. Ces textes ne font pas de distinction selon la nature contractuelle ou non de la relation et sont applicables qu'il existe ou non un contrat.

La question de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne se pose pas et l'arrêt du 25 janvier 2017 induit qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

- Sur la double indemnisation du même préjudice

Pour les auteurs du pourvoi, l'indemnisation de la perte de chance englobe nécessairement le préjudice d'impréparation, de sorte que serait ainsi réparé deux fois le même préjudice et qu'en allouant ces deux indemnités, la cour d'appel a méconnu le principe de la réparation intégrale du dommage.

Mais, le caractère distinct de chacun de ces deux chefs de

préjudice tant dans leur nature que dans leur étendue, emporte nécessairement une indemnisation distincte.

L'arrêt de rejet de la cour de cassation rappelle l'indépendance du préjudice moral d'impréparation par rapport à la perte de chance en reprenant le considérant de principe de ses précédents arrêts et précise en réponse au moyen du pourvoi « qu'il en résulte que la cour d'appel a retenu, à bon droit et sans méconnaître le principe de la réparation intégrale, que ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre, indemnisés ».

Les juges du fond auront cependant à vérifier que ces préjudices distincts sont effectivement caractérisés.

Sylvie Welsch

13 - *en faveur de fondements alternatifs et non cumulatifs* : Fr. Alt-Maes, La réparation du défaut d'information médicale - métamorphose et effets pervers, JCP G 2013, doctr. 547, § 30 - O. Gout, La nature du préjudice consécutif au manquement de l'obligation d'information médicale : les avancées du « préjudice d'impréparation », D. 2013, p. 41).

14 - P. Jourdain « préjudice réparable en cas d'information médicale : la cour de cassation réoriente sa jurisprudence » RTDciv. 2014 p. 379 - JDSAM n°1 2013 Ch.6 p.70 nbp 37 : exemples de décisions des juges du fond.

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Jean-Frédéric Gaultier

Avocat à la Cour, Olswang France LLP

Caroline Le Goffic

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

I. Droit des brevets

1. Validité

a. Nouveauté

N'est pas destructeur de nouveauté une demande de brevet antérieure dès lors que le résultat technique recherché n'est pas le même.¹

b. Insuffisance de description

L'insuffisance de description alléguée d'une revendication dépendante qui est un simple exemple de mise en œuvre de la revendication 1, ne constitue pas une insuffisance de description de cette revendication principale.²

La revendication principale visait un « comprimé sécable à libération prolongée comprenant du gliclazide, un dérivé de cellulose et un liant tel que le comprimé non subdivisé et une fraction dudit comprimé obtenu par subdivision ont un profil de dissolution identique ». Le tribunal juge cette revendication insuffisamment décrite car « l'affirmation de la sécabilité dudit comprimé sans modification du profil de dissolution apparaît comme une volonté à atteindre sans que l'homme du métier puisse connaître le moyen d'y parvenir ». Le juge relève ainsi l'absence d'indications sur les moyens de sécabilité et les quantités respectives de principes actifs et d'autres ingrédients pour parvenir à la fonction d'identité des profils de dissolution. De plus, un seul exemple est donné qui ne parvient pas à des mesures identiques pour le comprimé entier et le demi-comprimé.³

1 - CA Paris, 13 décembre 2016, RG n°14/16910, IMV Technologies c. Ecopor

2 - CA Paris, 13 décembre 2016, précité

3 - TGI Paris, 20 octobre 2016, RG n°14/06722, Actavis c. Servier

c. Défaut d'activité inventive

Une revendication indépendante visait un comprimé sécable à libération modifiée caractérisé par des proportions très précises de principes actifs et d'autres ingrédients. Le tribunal juge cette revendication nulle car rien dans le brevet ne démontre que le choix des dosages revendiqués apporterait un effet technique particulier par rapport à l'art antérieur. Ce choix est ainsi jugé arbitraire.⁴

d. CCP

Le directeur de l'INPI avait rejeté une demande de CCP en retenant qu'une première AMM avait déjà été délivrée sur le même principe actif, de sorte que la demande ne satisfaisait pas à la condition prévue à l'article 3 du règlement n° 469/2009 selon laquelle l'AMM servant de base à la demande doit être « la première autorisation de mise sur le marché du produit en tant que médicament ». Le demandeur faisait valoir que, la spécialité en question étant un produit du sang, elle devait être distinguée des produits biologiques car selon la manière dont elle est produite elle aura une structure moléculaire propre ce qui se traduit par des différences, notamment en termes d'activité spécifique, de demi-vie ou de pathologies traitées. La cour d'appel rejette cet argument en faisant valoir que « la réglementation relative aux CCP ne crée pas d'exception à la définition du « produit », et de première AMM en ce qui concerne le biomédicament ou les produits du sang qui autoriserait à définir celui-ci en fonction de son procédé d'obtention ou sous le nom de sa spécialité ». Dès lors, la substance active protégée par le brevet de base étant la même dans les deux AMM, un CCP ne peut être délivré sur le fondement de la deuxième AMM.⁵

2. Contrefaçon

a. Bientôt la French Torpedo ?

En application de l'article 4§1 du Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui donne compétence aux juridictions du domicile du défendeur, le JME reconnaît la compétence du TGI de Paris pour connaître d'une action en non-contrefaçon de la partie britannique d'un brevet européen. Etait également visée par la procédure la partie française du même brevet. Le défendeur à l'action en non-contrefaçon faisant valoir que la saisine d'un tribunal français d'une demande en non-contrefaçon d'un brevet anglais était un

4 - TGI Paris, 20 octobre 2016, précité

5 CA Paris, 20 janvier 2017, RG n°16/08814, Laboratoire Français Du Fractionnement et des Biotechnologies c. INPI

détournement de procédure. Il se serait en effet agi d'un contournement des règles de compétence impérative en matière de validité des brevets, car le tribunal français pourrait être amené à statuer de manière incidente sur une demande reconventionnelle en contrefaçon du brevet britannique et, partant, une demande en nullité dudit brevet britannique. Le JME écarte cet argument en faisant valoir que de telles demandes n'étaient pas formulées, que le tribunal n'était saisi que d'une demande en déclaration de non-contrefaçon et qu'il convenait donc d'appliquer strictement l'article 4 précité donnant compétence aux juridictions du siège social du défendeur.⁶

3. Procédure

a. Saisie-contrefaçon

Le saisi multipliait les arguments visant à obtenir la nullité de la saisie-contrefaçon : appréhension de documents antérieurs à la date d'opposabilité du brevet, conditions de collecte de certains éléments saisis non réglées par l'ordonnance, substitution de l'huissier par l'expert, saisie concomitante auprès de deux sociétés domiciliées dans les mêmes locaux. Le juge écarte rapidement ces arguments en jugeant que l'ordonnance a été respectée et en renvoyant au juge du fond s'agissant de la validité du procès-verbal.⁷

b. Droit d'information

Le juge de la mise refuse de faire droit à une demande fondée sur le droit d'information car tant la validité que la contrefaçon sont contestées. Le JME estime de plus que le breveté a déjà obtenu par le biais d'une saisie-contrefaçon des informations suffisantes pour évaluer son préjudice. La demande de droit d'information est ainsi jugée prématurée et non nécessaire.⁸

c. Interdiction provisoire

Le breveté demandait une interdiction provisoire sur le fondement de l'article L 615-3 du code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *la juridiction ne peut ordonner les mesures demandées que si les éléments de preuve raisonnablement accessibles au demandeur, rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente* ». Le juge de la mise en état considère que les arguments invoqués par le défendeur ne sont pas sérieux, certains ayant d'ailleurs déjà été écartés par l'OEB qui était saisie d'une opposition ayant abouti au maintien du brevet sous une forme modifiée. Pour autant, le JME rejette la demande d'interdiction provisoire pour un motif de proportionnalité. Une mesure d'interdiction provisoire est

particulièrement grave. Or, la chambre des recours de l'OEB étant saisie, il existe un aléa sur le contenu des revendications et les parties appartenant à des groupes importants, elles seront en mesure de faire face aux conséquences financières de la commercialisation de la contrefaçon alléguée. Non seulement le JME ajoute au texte, mais ignore le fait que la contrefaçon est susceptible d'avoir des conséquences difficiles à évaluer et donc à réparer.⁹

d. Examen limité par la cour d'appel

La cour d'appel a-t-elle renoncé à exercer son pouvoir de juge du fond ? C'est ce que laisse penser cet arrêt, dans lequel les juges constatent que les « *pièces ont déjà été communiquées par les parties en première instance et que celles-ci ne font, sur ce point, que reprendre devant la cour leurs prétentions et moyens de première instance* » et que, dès lors, « *en l'absence d'éléments nouveaux soumis à son appréciation, la cour estime que les premiers juges, par des motifs pertinents qu'elle adopte, a fait une exacte appréciation des faits de la cause et du droit des parties* ». ¹⁰

e. Sursis à statuer en l'attente d'une opposition pendante devant l'OEB

Le brevet avait été annulé par la division d'opposition et un recours était pendant devant la chambre de recours. Le juge énonce les critères pris en considération pour décider de l'opportunité d'ordonner un sursis lorsque l'issue d'une autre procédure est susceptible d'avoir une incidence directe sur la solution du litige : « *le juge est tenu d'apprécier in concreto la réalité et la nature de cette dernière {procédure}, qui ne commande pas en soi le prononcé du sursis, ainsi que l'opportunité de la mesure en considération de son caractère éventuellement dilatoire, tant sur la forme au regard des conditions de présentation de la demande de sursis que sur le fond à l'aune du sérieux des moyens qui la soutiennent, et de ses conséquences sur les droits des parties et sur la durée prévisible des procédures pendantes* ». Le JME rappelle tout d'abord que la décision de la chambre de recours aura une incidence directe sur le litige, ce que personne ne contestait. Il est ensuite jugé, avec une certaine bienveillance, que le contrefacteur présumé n'a pas agi de manière dilatoire en attendant d'être assigné en contrefaçon pour se joindre à la procédure d'opposition déjà engagée par d'autres et, au regard de la complexité de l'affaire, en mettant 6 mois pour déposer des conclusions demandant le sursis. Le JME évalue ensuite les chances de succès de l'action au fond ce qui, bien qu'il s'en défende, équivaut à une analyse du fond du dossier. En l'espèce, l'analyse était facilitée par le fait que la division d'opposition avait déjà jugé le brevet nul et que le breveté avait déposé devant la chambre de recours pas moins de sept requêtes auxiliaires de modification des revendications. Le risque de révocation ou de modification du titre était donc

6 JME, 18 novembre 2016, RG n°15/06637, Furnace Solutions c. CTP Environnement

7 JME, 28 octobre 2016, RG n°15/01377, DSM c. Novozymes

8 JME, 6 octobre 2016, RG n° 15/12093, Teoxane c. Filorga

9 JME, 28 octobre 2016, RG n°15/01377, précité

10 CA Paris, 13 décembre 2016, précité

jugé élevé. Enfin, le juge analyse les conséquences pour les parties d'une décision de sursis et estime, de manière selon nous erronée, que « *le préjudice causé par une contrefaçon pouvant toujours être réparé par l'allocation de dommages et intérêts* », les droits du breveté n'étaient pas en péril. C'est ignorer les difficultés d'évaluation des préjudices résultant notamment de la baisse des prix, de la perte de parts de marché, de l'effet tremplin d'une entrée sur le marché avant l'expiration du brevet, etc.¹¹

f. Articles 699 et 700

Les frais d'un constat d'huissier sont relatifs à un élément de preuve qui ne relève pas des dépens mais des frais exposés.¹²

Jean-Frédéric Gaultier

Index des décisions citées :

- CA Paris, 13 décembre 2016, RG n° 14/16910, IMV Technologies c. Ecopor
- TGI Paris, 20 octobre 2016, RG n° 14/06722, Actavis c. Servier
- CA Paris, 20 janvier 2017, RG n° 16/08814, Laboratoire Français Du Fractionnement et des Biotechnologies c. INPI
- JME, 18 novembre 2016, RG n° 15/06637, Furnace Solutions c. CTP Environnement
- JME, 28 octobre 2016, RG n° 15/01377, DSM c. Novozymes
- JME, 6 octobre 2016, RG n° 15/12093, Teoxane c. Filorga
- JME, 17 novembre 2016, Novartis c. Biogaran

11 JME, 17 novembre 2016, Novartis c. Biogaran

12 CA Paris, 13 décembre 2016, précité

II. Droit des marques

Deux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation en septembre 2016 intéressent le droit des marques dans le domaine des produits de santé.

1) Cass. Com., 20 sept. 2016, n° 14-28.356

Le titulaire de marques française et internationale « Bioderma », enregistrées pour désigner respectivement des « savons, huiles essentielles, tous produits cosmétiques » et des « produits cosmétiques pour les soins de la peau, à potentiel hydrogène neutre », avait assigné un concurrent en contrefaçon pour usage des dénominations « bio-ph6-derma » et « bio-ph4-derma », pour la commercialisation de ses produits en classe 3. Pour sa part, ce concurrent avait invoqué la nullité des marques « Bioderma » pour descriptivité, ainsi qu'à titre subsidiaire, la déchéance de ces marques pour défaut d'usage sérieux.

La Cour d'appel avait rejeté ces deux arguments, estimant valables et exploitées les marques « Bioderma », et avait condamné la société concurrente pour contrefaçon.

Saisie d'un pourvoi par ce tiers, la Cour de cassation rejette tous les moyens avancés, et se prononce ce faisant sur les trois points suivants : la validité de la marque, sa déchéance pour défaut d'usage et sérieux, et la contrefaçon.

S'agissant, en premier lieu, de la validité des marques « Bioderma », et plus précisément de leur caractère distinctif, la Cour de cassation fait application de la loi du 31 décembre 1964 sur les marques, en vigueur lors du dépôt des marques en cause. Selon ce texte, les marques ne doivent pas être descriptives des caractéristiques des produits qu'elles concernent. Rappelant que l'appréciation du caractère descriptif d'un signe est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation apporte quelques précisions quant à la méthode d'appréciation.

D'une part, en réponse au moyen qui soutenait que le caractère distinctif d'une marque doit s'apprécier au regard de chacun des produits et services visés au dépôt, et que la cour d'appel ne pouvait se déterminer au regard de l'activité du titulaire de la marque et des produits considérés, la Cour de cassation indique qu'ayant constaté que tous les produits désignés aux enregistrements étaient « en relation avec la peau », la cour d'appel a pu, sans manquer à son obligation d'évaluer le caractère distinctif de la marque au regard de chacun des produits visés dans son enregistrement, se déterminer au vu de cette caractéristique commune et essentielle.

D'autre part, la Cour de cassation valide la conclusion des juges du fond sur l'absence de descriptivité des marques « Bioderma », en retenant que « les documents promotionnels de la société Laboratoire Bioderma se bornant à indiquer que les produits marqués avaient pour objet de mettre la

biologie au service de la dermatologie, il ne s'en déduisait pas que le terme bioderma était ainsi tenu pour descriptif d'une caractéristique de ces produits ». En d'autres termes, les marques sont jugées tout au plus évocatrices, mais pas descriptives, des produits concernés.

S'agissant, en deuxième lieu, de la déchéance des marques « Bioderma » pour défaut d'usage sérieux, la Cour de cassation rejette également le pourvoi, au motif suivant : « attendu qu'ayant relevé, notamment au vu des documents publicitaires produits aux débats, que durant la période de référence, la dénomination Bioderma était utilisée pour rassembler sous ce seul nom un panel de produits portant eux-mêmes des marques distinctes, qu'elle avait ainsi pour fonction d'identifier, à l'intention des consommateurs, divers produits mis sur le marché, regroupés dans la même gamme Bioderma, que l'objectif était notamment de faire bénéficier les produits de la notoriété et de l'image de cette dénomination, tout en les dotant d'une identité spécifique facilitant la communication, et qu'ainsi s'est établi, dans la vie des affaires, un lien entre le signe constituant la marque verbale « Bioderma » et les produits commercialisés, la cour d'appel en a exactement déduit que cette société avait mis sur le marché, sous cette forme de présentation, les produits couverts par la marque et qu'un tel usage avait été fait à titre de marque ». Ici, la Cour de cassation caractérise l'usage sérieux d'une marque « ombrelle », c'est-à-dire d'une marque désignant plusieurs catégories de produits, chacun identifié plus spécifiquement par une marque distincte.

Enfin, s'agissant, en troisième lieu, de la contrefaçon des marques « Bioderma », la Cour de cassation applique les principes constants en matière de contrefaçon par imitation, retenant que « la cour d'appel, qui a retenu que les signes en présence ont une apparence et une sonorité similaires et que les ressemblances l'emportent sur les différences au point de susciter une confusion dans l'esprit du consommateur d'une attention moyenne n'ayant pas les deux signes sous les yeux, a ainsi procédé à une appréciation globale fondée sur l'impression d'ensemble produite par les marques », et « qu'ayant relevé, au plan visuel, que, dans le signe incriminé, l'élément dominant est le nom Bioderma, la présence d'éléments figuratifs et la formule ph6 ne suffisant pas à effacer cette prééminence, au plan phonétique, que la prééminence du nom Bioderma est si forte que, ni l'agrandissement de la lettre « o » par rapport aux autres lettres, ni l'insertion de l'élément « ph6 » ne conduisent à prononcer ce dernier élément, de sorte que le signe de la société CLM se lit et s'entend de la même façon que le signe Bioderma et, au plan intellectuel, que la formule « ph6 » n'apporte pas d'évocation spécifique distincte de celle de la dénomination Bioderma, la cour d'appel a fait ressortir que le degré de ressemblance était très élevé ». Si l'appréciation du risque de confusion est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation vérifie ici néanmoins que la Cour d'appel a bien effectué l'appréciation globale dictée par la Cour de justice de l'Union européenne.

2) Cass. Com. , 6 sept. 2016, n8 14-29. 548

Dans cet arrêt, la Cour de cassation se prononce sur la question de la détermination du montant des dommages et intérêts que le juge peut mettre à la charge du contrefacteur.

En l'espèce, une société titulaire de la marque verbale française « Securis » désignant notamment des lits construits spécialement pour des soins médicaux et des barrières de protection de tels lits, avait agi en contrefaçon de cette marque à l'encontre d'un concurrent, en lui reprochant de commercialiser plusieurs types de lits médicalisés sous les dénominations « Securis », « Securis + » et « Securis ++ ».

La Cour d'appel fait droit à ces demandes, et avait condamné le contrefacteur à au demandeur la somme de 61 236 euros au titre de l'exploitation de la marque « Securis », celle de 5 000 euros au titre de l'atteinte à l'image de la marque ainsi que celle de 1 500 euros au titre de la reproduction sans son autorisation de sa marque.

La question qui se posait concernait l'application du second alinéa de l'article L. 716-14 du Code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction applicable à la cause, issue de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007. Selon ce texte, la juridiction peut, à titre d'alternative, allouer à la partie lésée qui le demande une somme forfaitaire « qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ». Le contrefacteur demandait à la Cour de cassation de poser une question prioritaire de constitutionnalité sur le point de savoir si l'article L. 716-14 du Code de la propriété intellectuelle, qui ne fixe aucune limite au montant de l'indemnisation, ne portait pas atteinte au principe de responsabilité garanti par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au principe d'égalité devant la justice, garanti par les articles 1^{er} et 6 de la même Déclaration.

La Cour de cassation dit n'y avoir lieu à renvoi, aux motifs que la question posée ne présentait pas de caractère sérieux, les dispositions susvisées du Code de la propriété intellectuelle se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 29 avril 2004, relative au respect des droits de la propriété intellectuelle, et ne mettant en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

En outre, la Cour de cassation applique la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne¹ qui, sur question préjudicielle, avait dit pour droit que la directive 2004/48 permet à la personne lésée par une violation de son droit de propriété intellectuelle, qui réclame une indemnisation de son dommage matériel calculée sur la base du montant des redevances ou des droits qui lui auraient été dus si le contrevenant lui avait demandé l'autorisation de

faire usage du droit de propriété intellectuelle en cause, de réclamer de surcroît l'indemnisation de son préjudice moral.

Ce cumul possible des redevances fictives et du préjudice moral est donc désormais acquis en droit français. Qui plus est, la solution dictée par la Cour de cassation est devenue indiscutable depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, qui a modifié la rédaction de l'article L. 716-14 du Code de la propriété intellectuelle, lequel précise désormais que la somme forfaitaire « n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ».

Caroline Le Goffic

.....

1 - CJUE, 17 mars 2016, aff. C-99/15, *Christian L.*

III. Droit de la concurrence

L'intervention du droit de la concurrence est une nécessité que chacun s'accorde toutefois à cantonner à l'intérieur de justes limites. Il revient ainsi aux instances compétentes de décider au cas par cas du sort des activités litigieuses, quel qu'en soit, on le sait, le domaine. Les opérateurs économiques sont ainsi bridés dans leurs initiatives au gré des interdictions ou contrôles qui leur sont imposés. Le « balisage » qui en résulte livre un certain nombre d'enseignements. Le partage qui s'opère alors tient à l'examen de conduites susceptibles d'être reprochées aux « agents » mis en cause¹. De deux choses, l'une : soit aucune infraction n'a pu être établie à leur endroit, soit au contraire il en existe une ou plusieurs dont ils auront dès lors à répondre selon le dispositif applicable.

Il résulte clairement de cette approche de larges possibilités de mise en œuvre des règles de concurrence, y compris en matière sanitaire. Il est là encore toujours craint que les outils « commerciaux » dont se servent les professionnels ne le soient qu'à leur profit exclusif. Sont plus précisément en cause des pratiques ou des rapprochements qui ne sont pas systématiquement à l'abri de tout reproche. La période écoulée en témoigne encore dans une double perspective. On y observe en effet de nouvelles illustrations du contentieux des pratiques anticoncurrentielles (1) et de la surveillance qu'imposent les pratiques à risques (2).

1. Santé, concurrence et contentieux des pratiques anticoncurrentielles

Si la liberté des échanges est bien la règle, elle impose néanmoins aux acteurs du marché d'en respecter la « dynamique » propre. Plus précisément, la marge de manoeuvre dont ils disposent en théorie doit tenir compte, on le sait, de la prohibition des pratiques dites « anticoncurrentielles ». Comme leur dénomination le laisse entendre, celles-ci couvrent un large spectre de stratégies de nature à faire obstacle à l'ouverture des marchés. Si la « nomenclature » dans laquelle elles s'intègrent est désormais bien connue, il reste à en vérifier concrètement l'existence dans une espèce donnée. En d'autres termes, les litiges présents ou passés sont l'occasion d'étudier le schéma qui recense les griefs éventuellement opposables aux professionnels de santé.

Les difficultés qui se sont présentées depuis la dernière « livraison » de cette Revue² s'articulent essentiellement

.....

1 - Cf. en marge de la présente rubrique, l'arrêt de la CJUE du 19 octobre 2016 (Aff.C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung e V c Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e V) aux termes duquel l'uniformisation des prix de médicaments soumis à prescription en Allemagne est contraire au droit de l'Union (restriction non justifiée à la liberté de circulation des marchandises); pour plus d'informations, cf. Communiqué de presse n°113/16 du 19 octobre 2016.

2 - Cf. JDSAM 2016 n°14 p. 82, version électronique à consulter sur le site de l'IDS

autour de trois axes principaux. Elles permettent de mettre en évidence les évolutions, en droit de la concurrence, du contentieux des médicaments (A), des dispositifs médicaux (B) et des produits d'hygiène et de cosmétologie (C).

A. Du contentieux des médicaments

La prohibition des ententes et des abus de position dominante constitue de toute évidence une mesure nécessaire au bon fonctionnement des marchés, quels qu'ils soient, en évitant en quelque sorte leur « cloisonnement ». Elle n'est pas pour autant intégralement respectée. Dans ce contexte, qui peut varier pour ainsi dire à l'infini, les hypothèses de conflits ne manquent pas. Il arrive ainsi, on le sait, que les laboratoires pharmaceutiques, en particulier, y soient impliqués. La remarque qui précède prend tout son sens dans l'analyse des tenants et aboutissants de chaque « affaire » les concernant.

Il convient ainsi de s'intéresser aux procès dans lesquels, une nouvelle fois, ont pu être mises en évidence des pratiques anticoncurrentielles. Il ne cesse en vérité d'apparaître que la commercialisation de médicaments donne éventuellement lieu à des agissements contraires aux dispositions en vigueur, qu'il s'agisse de la prohibition des ententes (a) ou des abus de position dominante (b).

a) Des laboratoires coupables d'ententes anticoncurrentielles

Le prix des médicaments est clairement un problème de santé publique. A défaut d'en tenir systématiquement compte, les laboratoires s'exposent le cas échéant aux plus vives critiques. Les dépenses qu'ils engagent au nom de la recherche et développement constituent sans aucun doute pour eux une contrainte de poids. Mais il est tout aussi évident qu'elles ne sauraient justifier tout débordement. La question posée interpelle en vérité la communauté tout entière. Les pouvoirs publics s'en emparent naturellement dans l'intérêt de tous. Ils redoutent à juste titre que d'éventuels excès mettent en péril les intérêts budgétaires dont ils ont la charge et limitent l'accès des malades au traitement de pathologies lourdes (cancers, DMLA, hépatite C, maladies orphelines notamment)³. Comme on peut l'imaginer, la recherche d'un équilibre se heurte à un certain nombre d'obstacles...

Les pratiques individuelles de telle ou telle entité suscitent une légitime inquiétude. Leur examen ne couvre pas toutefois l'intégralité des risques encourus. Le thème qu'il s'agit d'aborder dans ces lignes est, sinon une constante de cette rubrique, du moins un sujet de préoccupation récurrent. On en revient en effet à un « pur » aspect du droit de la concurrence. Sont de nouveau en cause les comportements que peuvent adopter les opérateurs économiques pour

.....

3 - Cf. sur ce point, C. Hecketsweller, Quels sont les médicaments les plus coûteux en France ? Le Monde, 16 octobre 2015 ; J.Y. Paillé, Quels médicaments coûtent le plus cher à la sécurité sociale ? La Tribune 16 octobre 2015 ; Des médicaments contre le cancer trop chers : « menaces réelles » sur les patients L'Express 15 mars 2016 G. Vallencien, Médicaments trop chers : cessons la polémique ! Les Echos 23 juin 2016

parvenir à leurs fins. Sans opérer un véritable retour aux sources, il suffira de rappeler que l'objectif de sauvegarde de l'ouverture des marchés a des répercussions sensibles sur la liberté de choix des opérateurs économiques. Il leur est en particulier interdit de conclure des « arrangements » dont il résulte, à plus ou moins grande échelle, un resserrement de la sphère de concurrence à l'intérieur de laquelle ils évoluent. Malgré tout, il arrive que les « intéressés » s'écartent du schéma ainsi établi et enfreignent la prohibition des ententes posée par les textes. Une illustration nouvelle de ce grief, dont par le passé ont eu à répondre pour des raisons diverses, on le sait, plusieurs laboratoires⁴, figure dans l'actualité judiciaire récente.

Un arrêt de la Cour de cassation⁵ permet de mettre en lumière des points importants du dispositif en vigueur. Il est l'occasion d'aborder aussi bien des questions de fond (1) que des questions de forme (2).

1- Questions de fond

La question du prix des médicaments est assurément source de violentes controverses du fait de son incidence sur le bien-être de la collectivité. Elle donne également lieu à un contentieux caractéristique qu'il convient d'aborder dans ces lignes. Il doit bien être précisé à titre liminaire que seul sera mis en évidence le « volet » qui correspond à la mise en œuvre du droit de la concurrence⁶.

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles conduit de toute évidence à la mise en œuvre des règles existantes à l'encontre de toute structure qui pourrait l'enfreindre. Dans l'hypothèse du grief d'entente, l'examen prévu par les textes conduit à rechercher les « vicissitudes » de l'opération susceptible d'être reprochée aux différentes parties prenantes. Comme le révèle une affaire récente, rien n'est véritablement laissé au hasard.

Tout commence en l'espèce par l'intérêt porté par les autorités de concurrence⁷ aux « prémisses » de la commercialisation de traitements anti-angioniques de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA) proposés par les laboratoires Roche et Novartis. En réponse aux interrogations, critiques et craintes suscitées par le prix particulièrement élevé du médicament Lucentis prescrit pour cette maladie au lieu de l'Avastin réputé par les médecins et pharmaciens tout aussi efficace, l'Autorité de la concurrence

s'est préoccupée de l'existence d'une éventuelle collusion fautive entre les deux « géants » de la pharmacie⁸.

Ses services d'instruction ont à ce titre procédé, après autorisation d'un juge des libertés et de la détention, à des opérations de visite et de saisie inopinée auprès des entreprises en cause. Leur régularité est à l'origine d'un recours dont les juges du fond ont à bon droit écarté le bien-fondé.

L'existence de pratiques anticoncurrentielles ne saurait en tout état de cause être dissociée de l'examen de questions de forme.

2- Questions de forme

L'interdiction des ententes anticoncurrentielles comporte un volet essentiel qui conduit à examiner « de l'intérieur » les comportements litigieux. La formule qui précède est certainement moins surprenante qu'il n'y paraît au premier abord. Elle tient en vérité aux particularités des agissements poursuivis qui ne peuvent d'emblée être mis en évidence et dès lors qualifiés. S'il appartient aux autorités compétentes de les analyser et de mesurer leur impact sur les marchés, il leur revient également, et peut-être surtout, d'en rechercher les preuves.

Au-delà du principe, la tâche à entreprendre est par définition complexe. Le caractère occulte des éléments aptes à constituer l'entente prohibée implique des investigations dont la nature et « l'usage » doivent également respecter les dispositions en vigueur. Cet aspect des choses alimente également un contentieux caractéristique. L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 octobre 2016 dans le cadre des pratiques évoquées ci-dessus, dont se seraient rendues coupables Roche et Novartis, livre en outre à cet égard un certain nombre d'enseignements. Il s'agissait pour la Haute juridiction de se prononcer sur la motivation de l'ordonnance du premier président de cour d'appel de Versailles qui avait admis la régularité des visites, perquisitions et saisies autorisées en l'espèce par le juge des libertés et de la détention⁹. Le rejet du pourvoi des demandeurs (Novartis groupe France SAS et Novartis pharma SAS seuls) est l'aboutissement d'une pluralité de justifications. La « chronologie » des événements sert de repères efficaces.

En premier lieu, la Cour se prononce sur l'autorisation elle-même de procéder aux investigations litigieuses au titre des dispositions en vigueur (article L. 450-4 du code de commerce). L'arrêt rendu sur ce point rend véritablement compte de la dimension effective du litige considéré. Il en est ainsi pour deux raisons essentielles. D'une part, sont bien mis en évidence tout au long de la décision commentée, les éléments laissant suspecter l'existence d'une « collusion » effective. Il en est ainsi notamment au regard de liens

4 - Cf. notamment en dernier lieu les accords de « pay for delay »

5 - Crim., 26 octobre 2016 pourvoi n°15-83477

6 - Sur d'autres aspects, cf. notamment A. Degrossat-Théas, J. Peigné, Les vicissitudes des recommandations temporaires d'utilisation RDSS 2015 p.289 ; V. Vioujas, L'encadrement des prescriptions hors AMM par les recommandations temporaires d'utilisation : d'une arme « anti-Mediator à un instrument « anti-Roche » RGDM 2015 panorama de droit pharmaceutique 2014 p.71

7 - Déjà, dans le même contexte, l'Autorité de la concurrence italienne (Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato-AGCM) avait condamné en mars 2014 les deux laboratoires à une amende de 182,5 millions d'euros pour avoir empêché, par des accords illicites, l'usage du traitement oncologique Avastin, bien moins onéreux, dans le traitement de la pathologie oculaire précitée ; cf. notamment sur ce point www.lemonde.fr et www.la Tribune.fr

8 - Cf. Autorité de la concurrence, Communiqué de presse du 9 avril 2014 à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

9 - Versailles, 7 mai 2015 RG 14/3139 à consulter sur le site internet www.lextenso.fr

capitalistiques et contractuels dûment mis en lumière par l'ordonnance contestée. D'autre part, sont encore évoquées à bon droit les particularités intrinsèques des pratiques mises en cause. Il suffit en réalité au premier président de la cour d'appel de rappeler que « les stratégies qui ont pour objet ou pour effet l'entente illicite ou l'abus de position dominante sont établies selon des modalités secrètes, et les documents nécessaires à la preuve de ces pratiques prohibées sont vraisemblablement conservés dans des lieux et sous une forme qui facilitent leur dissimulation, destruction ou altération en cas de vérification ». La Cour de cassation approuve cette approche, « l'existence de présomptions de pratiques justifiant la mesure autorisée qui n'est pas disproportionnée avec les nécessités de la lutte contre de telles pratiques ».

En deuxième lieu, la Cour avait également à se prononcer sur le « bon » déroulement lui-même des opérations intervenues au titre de l'autorisation qui vient d'être étudiée. Sur ce point, l'arrêt introduit quelques nuances. Cette observation tient en réalité à une particularité de l'espèce. D'une part, sans doute, les éléments du dossier permettaient-ils aux enquêteurs de procéder aux opérations litigieuses, étant admis, aux termes de l'ordonnance contestée, « qu'ils ont fait montre d'un discernement suffisant et de proportionnalité dans la recherche de documents en relation avec les agissements reprochés ». Mais, parallèlement, comme le souligne la Cour, il est relevé à leur encontre une irrégularité qui ne pouvait qu'être vite sanctionnée. L'arrêt étudié estime à son tour que la saisie de correspondances échangées entre un avocat et son client, en l'espèce Novartis, était intervenue en violation des dispositions de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. En annulant ces opérations au nom du secret des correspondances imposé par ce texte et en exigeant la restitution des pièces litigieuses ainsi que l'interdiction d'en faire usage, l'ordonnance soumise à examen n'a donc fait que respecter les dispositions invoquées par les demandeurs¹⁰.

La recherche de faits susceptibles de constituer une entente prohibée est ainsi encadrée par les limites qu'impose une bonne administration de la justice dans un contexte donné¹¹. D'autres pratiques sont encore à prendre en considération.

b) Des laboratoires coupables d'abus de position dominante

La sauvegarde de l'intérêt des marchés, évoquée à différentes reprises dans cette rubrique, impose certainement d'autres perspectives que celle qui vient d'être évoquée. Sans

doute, s'agit-il encore de pratiques anticoncurrentielles. Mais cette notion, on le sait, recouvre différentes hypothèses. La prohibition des abus de position dominante constitue à cet égard une mesure qui neutralise par définition les velléités d'opérateurs économiques trop « conquérants ». Il en est ainsi au travers de dispositions applicables à quiconque tenterait de détourner à son profit exclusif les avantages tirés de la liberté de concurrence. Les laboratoires pharmaceutiques ont vocation, comme les autres entités, à répondre de leurs actes dans ce cadre.

Un arrêt récent, rendu au demeurant dans un contexte précédemment évoqué, apporte confirmation de cette possibilité¹². Il est l'occasion de préciser la qualification (1) et la sanction de l'abus de position dominante (2).

I- De la qualification d'abus de position dominante

Sous couvert de « pratiques anticoncurrentielles », les pouvoirs publics interdisent en vérité des comportements dotés chacun de spécificités irréductibles. Pour cette raison, les dispositions applicables « traitent » séparément de l'abus de position dominante. L'hypothèse, au demeurant, a déjà été envisagée dans cette rubrique. Elle correspond à des conduites unilatérales décidées par des entreprises détenant sur un marché donné une part importante de celui-ci au détriment d'autrui. Il convient certainement de distinguer ici la cause et l'effet de telles sources de conflit. Il est clair en effet que l'on ne saurait reprocher à une entreprise d'occuper une place de choix dans un segment donné. En revanche, la sauvegarde des intérêts du marché appelle que soit néanmoins surveillé « l'usage » qui est fait de ce statut. Il n'est certainement pas à exclure que soient commis en parallèle des « excès » qui ne sauraient systématiquement rester impunis.

Il s'agit alors de procéder à l'examen de pratiques dont il résulte en particulier l'exclusion « coupable » de tel ou tel concurrent.

L'une des « armes » employées indument à cette fin réside, on le sait, dans le dénigrement.

La formule employée est délibérément neutre. Elle reste en effet à préciser, en droit des pratiques anticoncurrentielles¹³, au regard de certaines conduites mettant nommément en cause les produits d'un concurrent. L'arrêt étudié approuve d'ores et déjà la décision qu'avait rendue sur ce point, le 18 décembre 2014, la Cour d'appel de Paris à l'encontre des sociétés Sanofi et Sanofi-Aventis France¹⁴. La concordance de points de vue tient en réalité à une analyse stricte des composantes de l'abus de position dominante. Il en est ainsi

10 - Comp. Com., 9 mars 2016 pourvoi n° 14-85325

11 - Comp. Com., 9 mars 2016 pourvoi n° 14-84566 JCP E 2016 1390 observations L. Milano, RJDA 2016 n°6 p.16 ; sur cette question, cf A. Marie, Les enquêtes réalisées par les agents de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles : point d'actualité après la réforme de l'ordonnance du 13 novembre 2008 RJDA 2014 P.707 ; *adde*, TUE, 8 septembre 2016 Aff/ T-54/14 Goldfish BV, Heiploeg BV, Heiploeg Beheer BV, Heiploeg Holding BV c. Commission Contrats concurr. consomm. 2016 comm. n°240 observations G. Decocq ; Paris, 22 septembre 2016 Contrats concurr. consomm. 2016 comm. n°242 observations G. Decocq

12 - Com., 18 octobre 2016 pourvoi n° 15-10384 Europe 2016 chr.12 L'application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (mai 2015-octobre 2016) n°5 observations AS Choné-Grimaldi; RLC 2016 n°56 p.10

13 - Comp. sur le terrain du grief de concurrence déloyale, JDSAM 2016 n°14 p. 88 avec nos observations

14 - Cf. JDSAM 2015 n°3 p. 78 et nos observations ; *adde* O. Ancelin, F de Bakker, Le dénigrement des génériques du Plavix constitue bien un abus de position dominante AJCA 2015 n°3 p131, G. Decocq, Le dénigrement est un abus Contrats concurr. consomm. 2015 comm. n°66

à un double point de vue.

En premier lieu, la Haute juridiction approuve les limites auxquelles se heurte « légalement » le droit des laboratoires en cause de communiquer sur le principe actif et les indications thérapeutiques de leur produit. En l'espèce, un examen méthodique des allégations relatives aux différences objectives entre le Plavix (l'un des médicaments les plus vendus dans le monde) et ses génériques, portées à la connaissance des professionnels de santé, conduit les magistrats à qualifier de dénigrement les défauts imputés aux produits des concurrents.

En deuxième lieu, la Haute juridiction s'attache à l'examen des particularités du marché à l'intérieur duquel « opèrent » les sociétés mises en cause. Etant établie leur position dominante sur le marché de la substance ainsi valorisée à l'excès, il lui revenait de conforter ou non les motifs de la cour d'appel aptes à fonder l'existence d'un abus au sens des dispositions applicables. Le rejet du pourvoi apporte la réponse attendue. En d'autres termes, les juges du fond ont eu raison de rappeler que « la notion d'exploitation abusive » d'une position dominante est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens qui sont différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services (...) ». Il résulte de cette approche des conséquences décisives. Dans un tel contexte, il était effectivement à craindre que « la diffusion d'une information négative, voire l'instillation d'un doute sur les qualités intrinsèques d'un médicament, puisse le discréditer immédiatement auprès de ces professionnels (...) ».

Le dénigrement ainsi caractérisé appelait dès lors la mise en œuvre d'un autre volet du dispositif établi par les textes.

2- De la sanction de l'abus de position dominante

Les demandeurs au pourvoi critiquaient également la « méthode » qu'avait suivie la cour d'appel pour les condamner au versement d'une somme (40,6 millions d'euros) qu'ils estimaient avoir été arbitrairement fixée. Il appartenait dès lors à la Cour de cassation de se prononcer sur la portée d'un texte qu'auraient méconnu les juges du fond. La réponse apportée sur ce point est clairement nuancée...Elle leur reproche en effet de s'être écartée du dispositif normalement applicable, sans pour autant censurer leur décision. Le raisonnement que l'on évoque appelle un certain nombre de précisions.

En premier lieu, il ressort de l'arrêt étudié une critique en apparence sévère de la décision d'appel. Elle vise plus précisément le mode de calcul retenu par la cour pour fixer l'amende infligée *in fine* à Sanofi. A ce stade du procès, un bref retour en arrière s'impose. Dans la rigueur des principes, la détermination des sanctions pécuniaires relève d'un communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011. Or, manifestement, les décisions antérieures n'en ont

guère tenu compte. Il revenait ainsi à la Cour de cassation de déterminer la nature de ce texte et sa portée sur la condamnation à venir. Sur ce point, l'arrêt étudié livre un certain nombre d'enseignements. D'une part, il qualifie le texte applicable de « directive, au sens administratif du terme ». D'autre part, il en tire les conséquences logiques qu'auraient ignorées les « instances » antérieurement saisies. En d'autres termes, il est reproché en l'espèce à la cour d'appel d'avoir omis de vérifier le respect du texte qui s'imposait également à elle. En second lieu, il résulte également de l'arrêt étudié une solution qui est sans doute moins surprenante qu'il n'y paraît au premier abord. En dépit de « l'écart » imputé aux juges du fond, la Haute juridiction s'abstient en effet de censurer leur arrêt. Selon elle, la détermination des sanctions pécuniaires n'a sans doute pas obéi, tout au long de la procédure, au « modèle » normalement applicable. Mais il résulte de son arrêt que l'Autorité de la concurrence a respecté les termes de son communiqué, « en précisant les raisons d'intérêt général et la situation particulière des entreprises qui l'ont conduite à en aménager l'application ».

Le droit de la concurrence exerce ainsi son emprise dans la mesure fixée par les textes. Il impose, on le voit, une certaine modération dans les relations que peuvent nouer les laboratoires pharmaceutiques sur le marché des médicaments. D'autres acteurs de la santé ont encore vocation à se heurter à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles.

B. Du contentieux des dispositifs médicaux

La généralité du dispositif applicable conduit à un « traitement » indifférencié des écarts susceptibles d'avoir été commis par toutes sortes de professionnels. Il convient alors d'intégrer à l'étude les débordements susceptibles d'être intervenus dans l'exercice de l'art médical. La sauvegarde des marchés est décidément pour les pouvoirs publics une préoccupation de tous les instants.

Deux exemples significatifs en témoignent au cours de la période étudiée. Le premier se rattache à des « arrangements » qui n'auraient pas lieu d'être dans le domaine de l'optique **(a)**. Le second est lié à une saisine de l'Autorité de la concurrence par la confédération nationale des syndicats dentaires pour d'éventuels actes anticoncurrentiels commis à l'occasion de la pose d'implants par des chirurgiens dentistes **(b)**.

a) Des ententes sur le marché de l'optique

La vitalité du marché de l'optique (6,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires en 2015; 12460 points de vente¹⁵) est certainement encourageante. Mais, pour les pouvoirs publics, la rigueur s'impose malgré tout en la matière¹⁶. Il est toujours à redouter en effet que se produisent des débordements lors de transactions sensibles. L'hypothèse que l'on évoque

15 - Cf. le Figaro daté du 20 octobre 2016 p.22

16 - Cf. également Autorité de la concurrence, Décision n°16-D-12 du 9 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre par Carte Blanche Partenaires dans le secteur de l'optique à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

se vérifie à différents points de vue. Les particularités du marché ont en effet conduit l'Autorité de la concurrence à « s'intéresser » à l'existence d'un cartel des lunettes au terme d'investigations poussées (1). Les juges ont eu également à se prononcer sur la licéité des modalités d'accès à un réseau de distribution sélective (2).

1- De l'existence d'un cartel des lunettes

Il convient de s'intéresser ici à une procédure ouverte en 2014 qui pourrait connaître d'importants développements au cours de l'année en cours. Dans un communiqué de 2014, il était indiqué que les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence avaient procédé, après autorisation du juge des libertés et de la détention, à des opérations de visite et de saisie inopinées auprès d'entreprises suspectées « d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la commercialisation des verres optiques¹⁷ ». Seraient ainsi mises en cause les pratiques d'opérateurs bien connus dans ce secteur (Afflelou, Luxottica, Safilo et Grandvision).

A l'heure où ces lignes sont écrites, rien n'a encore été décidé par l'Autorité de la concurrence. Mais il est désormais pour ainsi dire acquis que cette procédure devrait aller jusqu'à son terme pour des faits de pratiques anticoncurrentielles relatives aux prix de certaines montures de lunettes qui seraient intervenues entre certains producteurs et certains distributeurs. Il sera bien sûr intéressant de rendre compte de la décision à venir en la matière.

La justice s'intéresse encore à d'autres pratiques.

2- De la licéité des modalités d'accès aux réseaux de distribution sélective

Le dispositif auquel on se réfère ici, par sa dénomination même, implique un « choix » qui doit également respecter certaines limites. Il en est plus précisément ainsi à un double point de vue. En premier lieu, la constitution elle-même du réseau suppose une sorte de ségrégation qui doit répondre à de justes critères (*odiosa sunt servanda*¹⁸). En deuxième lieu, le fonctionnement du réseau appelle à son tour des mesures adéquates.

Une décision récente rappelle les « précautions » qui doivent être prises lors de la procédure de sélection¹⁹. Les « plaignantes », qui exploitaient chacune plusieurs magasins d'optique, estimaient en l'espèce avoir été arbitrairement évincées du réseau de distribution mis en place par Santéclair, filiale de plusieurs organismes complémentaires d'assurance maladie. La Haute juridiction, au travers d'un arrêt de cassation partielle, rappelle néanmoins le principe au terme duquel la procédure de sélection doit reposer sur des « critères précis et objectifs ». Il appartenait dès lors aux juges du fond de se fonder sur les éléments du dossier aptes à satisfaire pleinement cette exigence.

17 - Communiqué du 10 juillet 2014 à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

18 - Cf. sur ce point P. Stoffel-Munck, note sous Paris, 5 septembre 2003 CCE 2004 comm. n°19

19 - Com., 18 octobre 2016 pourvoi n° 15-15042 Contrats Concurr. Consomm. 2017 comm. n° 14 observations M. Malaurie-Vignal

La prohibition des ententes a dû encore être évoquée dans un autre contexte.

b) Des ententes sur le marché des prothèses dentaires ?

L'existence de réseaux de soins est sans doute bénéfique pour la « gestion » des dépenses de santé susceptibles d'être engagées par les patients dans un secteur donné. Il n'est pas toutefois à exclure, on le sait, que son fonctionnement s'écarte de règles de concurrence. La question s'est effectivement posée à propos de certaines pratiques dénoncées par le CNSD, syndicat national majoritaire de la profession de chirurgiens-dentistes, auprès de l'Autorité de la concurrence. Celui-ci estime que « Santéclair se livre à des pratiques de dénigrement *via* une entente avec les chirurgiens-dentistes affiliés à son réseau de soins, dans le but de capter la clientèle des chirurgiens-dentistes non-affiliés » (point 45).

L'Autorité de la concurrence écarte l'existence de pratiques anticoncurrentielles en l'espèce²⁰. Il en est ainsi à l'issue d'une double analyse. Elle considère en effet que ni les conditions d'un accord anticoncurrentiel (1), ni celles d'une communication anticoncurrentielle (2) ne sont réunies.

1- Des conditions d'un accord anticoncurrentiel

Sans doute, des excès sont-ils toujours possibles. Mais l'Autorité de la concurrence reconnaît ici encore des bienfaits à la mise en place de réseaux de soins (points 37 s.). Le problème posé est autre. Il se rattache aux conditions dans lesquels un tel dispositif pourrait constituer une entente anticoncurrentielle. L'Autorité écarte à cet égard l'argument développé par les demandeurs. Conformément aux textes applicables, elle rappelle que « pour qualifier une convention d'entente anticoncurrentielle, il faut que l'accord de volontés porte sur une pratique ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel » (point 63). Or, aucun élément du fonctionnement du réseau mis en cause ne laisse apparaître un tel « vice » ou, comme elle le précise elle-même, la présence de « clauses noires ». En d'autres termes, la constitution de réseaux de soins n'est pas une entente verticale par objet » (point 65).

La difficulté principale en vérité est ailleurs.

2- Des conditions d'une communication anti-concurrentielle

Au-delà de la « critique » proprement dite de la constitution et du fonctionnement du réseau litigieux, la CNSD mettait en cause la communication proprement dite de Santéclair. Il revenait dès lors à l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur le grief de dénigrement adressé à ce réseau. La réponse vient en deux temps.

Tout d'abord, l'Autorité procède à un rappel des critères qui lui servent traditionnellement de repères. En ce sens, elle estime que pour apprécier l'existence d'une pratique de dénigrement, il est nécessaire de s'attacher d'abord « à vérifier

20 - Autorité de la concurrence, Décision n°16-D-23 du 24 octobre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des actes prothétiques ou de pose d'implants par les chirurgiens-dentistes à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

si le discours commercial de son auteur relève de constatations objectives et vérifiables ou s'il procède d'assertions non vérifiées » (point 68).

Ensuite, l'Autorité examine au prisme de sa pratique antérieure les « allégations » dénoncées par la partie saisissante. Aucun élément selon elle n'est en vérité apte à caractériser une pratique de dénigrement. Il lui suffit par exemple, s'agissant plus spécifiquement des soins prothétiques et des prothèses dentaires, de se référer à des rapports de la Cour des comptes ou sa propre analyse (points 104 s.). L'une et l'autre mettaient l'accent sur certaines dérives et la nécessité d'y remédier.

Elle en conclut que, contrairement aux arguments développés par la partie saisissante, rien ne vient étayer l'existence de pratiques qui auraient eu pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence.

L'emprise du droit de la concurrence se manifeste encore à un autre point de vue.

C. Du contentieux des produits d'hygiène et de cosmétologie

La promesse doit certainement être tenue.. Elle conduit à mettre en évidence les suites d'une affaire précédemment évoquée dans cette rubrique²¹. La Cour d'appel de Paris a depuis lors approuvé pour l'essentiel la décision qu'avait rendue l'Autorité de la concurrence à l'encontre notamment de fabricants de produits d'hygiène et de cosmétologie²². Frappé d'un pourvoi en cassation, cet arrêt peut néanmoins être évoqué au travers de ses deux aspects principaux. Figurent à cet endroit les précisions relatives aux composantes **(a)** et aux sanctions de l'entente anticoncurrentielle **(b)**

a) Composantes de l'entente anticoncurrentielle

La qualification d'entente anticoncurrentielle tient, on le sait, à une pluralité de critères définis par les textes. Mais en toute hypothèse, le moment venu, s'impose la « vérification » de leur existence dans une espèce donnée. Toutes sortes de variables sont alors susceptibles d'orienter la décision des autorités compétentes.

La décision de l'Autorité de concurrence qu'il convient d'évoquer était déjà en elle-même assez remarquable au regard des pratiques litigieuses. Leurs auteurs, leur fréquence, leur nature constituaient assurément un « cas » hors du commun. La qualification d'entente anticoncurrentielle s'évinçait alors d'une analyse particulièrement fouillée des faits mis en évidence. Il faut dire que rien en l'occurrence n'avait été laissé au hasard afin de favoriser la convergence des positions tenues par les fournisseurs lors de la négociation commerciale avec les distributeurs.

21 - Autorité de la concurrence, Décision 14-D-19 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr, JDSAM 2015 n°2 p.84 avec nos observations

22 - Paris, 27 octobre 2016 RG 2015/01673

L'arrêt de la cour d'appel (95 pages...) reprend à son tour l'examen des différentes pratiques reprochées aux uns et aux autres. A l'encontre de chacun d'eux sont établis des agissements aptes à relever de la qualification d'entente anticoncurrentielle « unique et continue ». On ne peut ici que renvoyer le lecteur au texte lui-même de cette décision.

Il revenait en toute hypothèse à la cour d'appel de statuer également sur les sanctions infligées aux entreprises en cause.

b) Sanctions de l'entente anticoncurrentielle

Il va pour ainsi dire de soi que la qualification d'entente anticoncurrentielle ne saurait être dissociée de la condamnation à des sanctions décidées au cas par cas par les autorités ou instances compétentes.

La décision de l'Autorité de la concurrence contenait sur ce point d'importantes précisions. L'arrêt d'appel procède à son tour à un examen approfondi des circonstances de l'espèce. Sensibles également à la gravité des fautes commises par chacune des entreprises en cause et au dommage à l'économie qui en est résulté (points 288 s.), les magistrats maintiennent la logique qui avait déjà prévalu devant l'Autorité, sauf à modifier le montant de certaines condamnations. Mais, on observera en particulier que la société l'Oréal reste condamnée à une amende (record..) de 189 494 000 euros.. On aura compris que le détail de la motivation de cet arrêt dépasse très largement le cadre de la présente étude.

Le volet « répressif » de la sauvegarde des marchés ne constitue toutefois qu'une partie de l'influence du droit de la concurrence. Il est dès lors nécessaire de s'intéresser à d'autres aspects de sa mise en œuvre, plus « pacifiques ».

2. Santé, concurrence et surveillance des pratiques à risques

Les pouvoirs publics se sont également préoccupés d'instituer des mécanismes destinés à prévenir ou pallier d'éventuels dysfonctionnements des échanges marchands. Il a d'ailleurs été déjà observé dans cette rubrique qu'une telle précaution avait pleinement sa place dans le domaine de la santé. La perspective dans laquelle il convient de se placer désormais relève de situations dont peuvent ou doivent être saisis les organes compétents. En dehors de tout litige, il est en effet de l'intérêt de la collectivité que puissent être suggérés des changements dans le fonctionnement de tel ou tel secteur ou que doivent être contrôlées des opérations de nature à modifier la structure d'un marché donné. Les menaces en la matière, bien réelles, existent en différentes circonstances qu'il s'agit précisément de mettre en lumière dans ces lignes. Le dispositif institué par les textes prévoit à ce titre différentes interventions, au gré des pouvoirs conférés à chacune des « institutions » en charge des questions de concurrence. Selon un schéma devenu classique, doivent être successivement évoqués des recommandations sectorielles **(A)** et des exemples de contrôle des concentrations **(B)**.

A. Des recommandations sectorielles

Les compétences consultatives dont l'Autorité de la concurrence est investie par la loi (article L.462-4 du code de commerce) l'autorisent en particulier à s'exprimer « sur toute question de concurrence et faire le cas échéant des propositions »²³. Elle a dès lors toutes les raisons de s'emparer de sujets sensibles, notamment lorsque sont en jeu des questions de santé publique²⁴. Elle dispose en particulier de la possibilité d'entreprendre à ce titre des enquêtes sectorielles afin de dresser un état des lieux et identifier d'éventuels points de blocage en vue d'y remédier par des mesures adéquates.

Le problème s'est posé récemment, on le sait, à propos du fonctionnement de la concurrence dans le secteur des audioprothèses²⁵. L'avis de l'Autorité rendu le 14 décembre 2016²⁶ contient des observations cruciales sur l'état du marché (a). Il ouvre parallèlement des perspectives d'avenir au gré de recommandations dont les pouvoirs publics pourraient à l'avenir utilement s'inspirer (b).

a) État du marché

L'Autorité de la concurrence, fidèle à sa méthode, se livre tout d'abord à une étude approfondie des particularités du marché soumis à examen. On ne peut qu'observer que la situation actuelle lui apparaît pour le moins contrastée. En d'autres termes, malgré d'évidents enjeux de santé publique (points 15 s. et 53 s.), tout ne va pas pour le mieux dans l'univers de l'audioprothèse.. Des atouts (1) ne sauraient surtout pas faire oublier des faiblesses auxquelles il serait bon de remédier (2).

1- Des atouts

Après une présentation détaillée des caractéristiques qui président à la commercialisation des audioprothèses, (points 18 s.), l'Autorité de la concurrence met en avant les évolutions favorables de ce marché. Elle constate ainsi tout d'abord son expansion liée en particulier « à l'augmentation et au vieillissement de la population » (points 55 s.). Elle relève ensuite les caractéristiques d'une « dynamique liée à de nouveaux acteurs » (points 64 s.). Si la demande de soins, on l'a dit, est en forte expansion, il en va de même de l'offre « stimulée par la croissance continue du nombre

d'audioprothésistes, par l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché » que recense au cas par cas l'avis étudié. Pour plus de détails, il suffira de renvoyer le lecteur aux passages indiqués ci-dessus.

Il est clair toutefois que l'intervention de l'Autorité de la concurrence en la matière a une autre signification.

2- Des faiblesses

Les investigations et le travail d'analyse entrepris par l'Autorité de la concurrence ne se comprennent en vérité qu'au regard d'une vision d'ensemble de l'état réel du marché des audioprothèses. Il n'est dès lors guère surprenant que le « bilan » qui en résulte soit pour le moins contrasté. Une part substantielle de l'avis étudié est ainsi consacrée aux faiblesses que recèlerait la situation actuelle (points 73 s.). Loin de fonctionner autant qu'il le pourrait, le secteur des audioprothèses se heurte plus précisément à deux séries d'obstacles du fait des difficultés de rencontre de l'offre et de la demande (points 76 s.).

Les premiers tiennent à une « offre soumise des contraintes peu favorables à la concurrence ». L'Autorité de la concurrence insiste à cet égard sur les inconvénients de l'offre au forfait global à différents égards considérée comme trop coûteuse et trop « rigide » pour le patient (points 100s.).

Les seconds se rattachent aux caractéristiques de la demande trop éloignée des véritables besoins (points 122 s.). Entrent ici en ligne de compte deux caractéristiques spécifiques du marché considéré.

D'une part, apparaissent des données objectives susceptibles d'expliquer le relatif sous-équipement des malentendants. En particulier, il est précisé que « le prix des audioprothèses représente manifestement un obstacle à la satisfaction d'une partie de la demande en France » (points 122 s.). D'autre part, surviennent des données plutôt subjectives qui pourraient constituer un frein à l'achat d'un matériel adéquat. L'Autorité de la concurrence souligne dans cette perspective les inconvénients d'un « asymétrie de l'information » à l'origine d'un « pouvoir discrétionnaire des professionnels de santé qui leur permettrait d'échapper au jeu de la concurrence » (points 132 s.). Il est alors à redouter qu'une telle asymétrie d'information laisse à l'audioprothésiste une grande liberté d'appréciation dans la préconisation de l'appareil au mépris des besoins réels du patient.

L'ensemble de ces arguments conforte l'Autorité de la concurrence dans ses velléités de changement.

b) Perspectives d'avenir

La seconde partie de l'Avis étudié s'intitule : « Propositions pour accompagner l'essor du marché et donner plus de liberté au patient ». Le lien avec ce qui précède est pour ainsi dire évident. Dans la forme, on constatera qu'il s'agit clairement de renforcer les performances du marché. Dans le fond, on soulignera également qu'est recherché un nouvel équilibre dans les relations entre les différentes parties prenantes. L'Autorité de la concurrence envisage dès lors pour l'avenir

23- Cf. sur ce point le site internet de l'Autorité, www.autoritedelaconcurrence.fr

24- Cf. notamment Décision n°13-SOA-du 25 février 2013 relative à une saisine d'office pour portant sur le secteur de la distribution pharmaceutique à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr, JDSAM 2013 n°3 p. 106 et nos observations ; Avis n°13-A-24 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville

25- Cf. notamment sur ce point Autorité de la concurrence, décision n°16-SOA-01 du 3 février 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur des audioprothèses à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr, JDSAM 2016 n°14 p. 90 et nos observations

26- Avis n°16-A-24 du 14 décembre 2016 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur des audioprothèses à consulter à consulter, avec le Communiqué de presse, sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr RLC 2017 n°57 p. 5

les remèdes allant en ce sens.

Les mesures proposées ont principalement pour objectif d'assouplir les règles d'organisation de l'offre de soins afin de favoriser l'accès de patients mieux informés aux audioprothèses. Deux séries de mesures pourraient y contribuer. L'Autorité de la concurrence prône à cet égard la dissociation **(1)** et le renforcement de l'offre de soins **(2)**.

1- De la dissociation de l'offre de soins

En l'état actuel des choses, comme le révèle l'étude, la vente des audioprothèses s'effectue de façon globale avec un « couplage » de la vente de l'appareil et des prestations assurées par l'audioprothésiste. Sans doute, ce dispositif se justifie-t-il au regard de contraintes administratives ou techniques. Mais il n'en présente pas moins de sérieux inconvénients qui entravent l'essor du marché. En harmonie avec une vision des choses exprimée par plusieurs acteurs du marché, l'Autorité de la concurrence propose l'adoption d'un autre système. Il s'agirait alors d'instaurer une « dissociation » entre l'achat de l'appareillage initial (appareil + prestations d'adaptation sur une année) de l'achat des prestations de suivi régulier, qui doivent ensuite être réalisées pendant les années d'utilisation de l'appareil (points 143 s.). Il en résulterait, sans inconvénient majeur, des bienfaits appréciables pour les patients et l'animation de la concurrence elle-même. Au-delà du principe, l'Autorité de la concurrence développe les modalités de la dissociation qu'elle propose (points 162 s.).

Une autre piste est également suggérée.

2- Du renforcement de l'offre de soins

L'Autorité de la concurrence se préoccupe également de remédier à l'insuffisance actuelle de l'offre d'appareillage liée à des « contraintes quantitatives » (points 175 s.). Il lui paraît nécessaire d'accompagner l'ouverture concurrentielle du marché à de nouveaux acteurs qui proposent des offres plus attractives. L'Autorité propose à ce titre une alternative apte à changer le cours des choses (points 184 s.). La suppression du *numerus clausus* permettrait de lever les freins au recrutement de nouveaux salariés et stimulerait par là-même la stimulation de la concurrence à l'avantage de la collectivité tout entière. A défaut, la révision de ce quota à la hausse constituerait également une mesure utile. « Une telle mesure pourrait engendrer un cercle vertueux, en permettant aux nouveaux entrants, qui pratiquent des prix plus faibles, d'accroître leur offre d'appareillage sur le territoire français. En stimulant la concurrence, cette offre supplémentaire devrait favoriser une diminution des prix qui, à son tour, devrait induire une demande plus forte » (point 181). L'Autorité de la concurrence conclut son propos dans cette vision optimiste des changements souhaités : « Transparence et liberté de choix pour les patients devraient inciter les professionnels à améliorer leurs offres, tant en prix qu'en qualité des prestations, afin de conserver leurs patients et d'espérer un renouvellement de l'appareillage auprès d'eux » (point 186).

L'intervention des autorités chargées de la concurrence

dans le contexte qui vient d'être évoqué joue ainsi pleinement son rôle. Elle leur permet de déceler les dangers de certaines pratiques à l'intérieur d'une sphère d'activités donnée et de suggérer d'y remédier. D'autres situations sont encore à envisager.

B. Du contrôle des concentrations

Le dispositif qu'il s'agit ici de mettre en évidence est l'illustration même des préoccupations des pouvoirs publics. Comme il a été très souvent indiqué dans cette rubrique, ils redoutent que la structure des marchés soit indûment altérée par des opérations de concentration. Ils ont dès lors institué des procédures relatives à la mise en œuvre d'une politique de la concurrence fidèle à leurs aspirations.

L'hypothèse envisagée est clairement dans l'air du temps. En témoignent par exemple la fréquence et surtout l'importance de certains de ces rapprochements dont les effets peuvent logiquement être redoutés. Le contrôle dont les autorités de concurrence ont la charge tend précisément à garantir en la matière le respect des normes fixées par les textes dans l'intérêt du bien commun.

La question est de nouveau posée depuis la dernière livraison de cette Revue. L'abondance des décisions intervenues pendant cette période ne permet pas de les envisager en détail. Il suffira dès lors d'aborder ici les plus significatives, au gré des prises de position des autorités compétentes. Selon une approche traditionnelle, seront successivement étudiées les interventions de la Commission de l'Union européenne **(a)** et celles de l'Autorité de la concurrence **(b)**.

a) Du contrôle des concentrations par la Commission de l'Union européenne

Le schéma qu'il s'agit de mettre en évidence s'inscrit dans la continuité. Une fois « intégré » l'objectif poursuivi dans un tel contexte, la procédure applicable suit son cours selon des variables qui tiennent aux particularités de chaque espèce. Il suffira dès lors de mettre en exergue les décisions les plus significatives au regard du partage qui s'opère entre autorisation pure et simple **(1)** et autorisation conditionnelle **(2)**.

1- Autorisations pures et simples

Dans une perspective en quelque sorte « idéale », il peut arriver que la notification préalable adressée à la Commission ne mette guère en péril les intérêts du marché. Dans cette hypothèse, il revient à la Commission de se prononcer rapidement au travers d'une décision de « non-opposition ».

On donnera comme exemple significatif la décision rendue par la Commission le 12 août 2016 en faveur de l'opération de concentration entre IMS Health (entreprise mondiale de services d'information et de technologies à destination des entreprises de santé) et Quintiles (fournisseur mondial de services de développement de produits et de services destinés à aider les entreprises dans le secteur de la santé²⁷).

27 - Affaire M.8061 IMS Health/Quintiles Décision de non-opposition JOUE C 281 du 19 septembre 2016 p.6

On donnera comme autre exemple en ce sens, le sort favorable réservé par la Commission le 13 septembre 2016 à l'acquisition de Anda Distribution par Teva²⁸.

On ajoutera dans le même sens la décision de non-opposition rendue le 15 novembre 2016 dans le cadre du projet de concentration par lequel l'entreprise Merck & Co prenait le contrôle de Sanofi Pasteur MSD SNC, jusqu'alors contrôlée conjointement par Merck et Sanofi Pasteur SA²⁹.

Les autorisations peuvent en outre être données dans un cadre plus restrictif.

2- Autorisations conditionnelles

Le contrôle des concentrations appelle dans certains cas « des sacrifices » auxquels doivent consentir les entreprises en cause. La Commission les impose notamment au regard des risques de hausse des prix ou de réduction de choix des consommateurs dans une sphère donnée³⁰. Elle l'a fait également en considération de perspectives de perte de qualité des services et de l'offre³¹.

Au-delà de la diversité des exemples, il est sans doute préférable de mettre en avant les propos de Madame Margrethe Vestager, Commissaire chargée de la politique de concurrence. « Lorsque les intérêts des patients et des services de santé sont en jeu, nous devons veiller à ce que les prix restent compétitifs, que les praticiens aient un choix suffisant et que des produits innovateurs prometteurs ne soient pas abandonnés par les parties à la concentration »³². Plus récemment encore, elle déclarait : « Les médecins et les patients du monde entier comptent sur des tests rapides et précis pour détecter et surveiller les problèmes médicaux. Grâce à la décision adoptée, ils continueront à profiter d'une offre variée et de prix compétitifs sur ce marché en rapide expansion des petits systèmes d'analyse portables »³³.

Il reste à envisager le sort réservé aux opérations de moindre importance.

b) Du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence

L'exigence de sauvegarde de l'ouverture des marchés est également préservée par l'Autorité de la concurrence sous couvert, en particulier, du pouvoir de contrôle des concentrations que les textes, on le sait, lui confèrent. A ce titre, lui ont été soumises différentes opérations en vue de leur éventuelle approbation. Tout le spectre des activités de santé est pour ainsi dire couvert. En témoigne plus

précisément l'activité de l'Autorité au cours de ces derniers mois. L'objet des saisines **(1)** et le sort qui leur a été réservé à l'issue d'une analyse concurrentielle approfondie **(2)** sont révélatrices des enjeux à maîtriser.

1- Des saisines

La mission confiée à l'Autorité de la concurrence est pour le moins éclectique³⁴. On ne saurait s'en étonner. D'une part, l'ensemble des activités marchandes est de toute évidence concerné par la nécessité d'un contrôle dans la mesure fixée par les textes. D'autre part, même à l'intérieur d'un seul domaine, la diversification des métiers est par définition une nécessité jusqu'au moment où s'imposent certains rapprochements.

Les opérations de concentration qui interviennent dans le secteur de la santé illustrent largement ce point. On en choisira quelques exemples. En premier lieu, l'Autorité de la concurrence a eu à examiner la prise de contrôle exclusif du Groupe LAF, principalement actif dans le domaine de la distribution de médicaments, de produits parapharmaceutiques et d'optique par la société Five Arrows Manager³⁵. En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence a été saisie de la prise de contrôle conjoint du groupe Unither, actif dans le secteur de la fabrication sous contrat de produits pharmaceutiques par le groupe Ardian. Les activités concernées avaient trait à la fabrication de formes galéniques (principalement unidoses) pour des laboratoires pharmaceutiques et des génériqueurs³⁶. En troisième lieu, elle a également réservé un sort favorable sur la prise de contrôle exclusif de la société Euromédis Groupe présente dans le secteur des dispositifs médicaux et de l'assistance médicale à domicile par la société Ninas SAS, membre du groupe GSTI, principalement actif dans la confection et la vente d'articles de puériculture³⁷.

L'approbation des concentrations s'inscrit néanmoins parfois dans un cadre plus complexe.

2- De l'analyse concurrentielle

Dans la perspective d'opérations plus « sensibles », on se reportera utilement à d'autres exemples d'intervention de l'Autorité de la concurrence. L'intérêt est double. D'une part, il dévoile la méthode suivie au cas par cas dans ce genre de situations. Nécessairement plus détaillées, les décisions rendues permettent une meilleure appréhension des problèmes posés. D'autre part, il atteste de la permanence

28 - Affaire M.8193 Teva/Anda, Décision de non-opposition, JOUE C 342 du 17 septembre 2016 p.1, Communiqué de presse du 15 septembre 2016, MEX/16/3063

29 - Affaire M. 8083 Merck /Sanofi Pasteur MSD JOUE C 457 du 8 décembre 2016 p.1, MEX/16/3742

30 - Affaire M.7919 Sanofi/Boehringer Ingelheim Consumer Healthcare Business Communiqué de presse IP/16/2723

31 - Affaire M. 7917 Boehringer Ingelheim/Activité santé animale de Sanofi Communiqué de presse IP/16/3641

32 - Cf. Affaire M.8060 Abbott Laboratories /St Jude Medical Communiqué de presse IP/16/3641

33 - Cf. Affaire M. 7982 Abbott Laboratories/Alere Communiqué de presse IP/17/147

34 - Cf. sur le site internet de l'Autorité de la concurrence, Contrôle des concentrations, Les opérations de concentration, Les décisions de contrôle de des concentrations

35 - Autorité de la concurrence, Décision n°16-DCC- 150 du 6 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du Groupe LAF par la société Five Arrows Manager à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

36 - Autorité de la concurrence, Décision n°16-DCC- 227 du 28 décembre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Unither par le groupe Ardian à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

37 - Autorité de la concurrence, Décision n°17-DCC-04 du 11 janvier 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Euromédis Groupe par la société Nina SAS à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

des critères qui président à la solution finalement adoptée.

Nul ne contestera que la question de l'offre de diagnostics et de soins est de la plus haute importance. Il en résulte que la plus extrême vigilance s'impose en présence d'opérations susceptibles de l'altérer au mépris des intérêts de la collectivité. Une décision de l'Autorité de la concurrence va clairement en ce sens³⁸. Elle n'autorise en effet la prise de contrôle en jeu qu'à l'issue d'un examen rigoureux, fidèle à ses repères, dans lequel sont dûment analysés les paramètres d'une telle opération : ses acteurs, son périmètre, ses incidences sur la concurrence.

Une conclusion similaire s'impose sans aucun doute au regard de certains changements dans la présence, l'articulation ou l'organisation des dispositifs de protection sociale. L'Autorité de la concurrence ne se départit pas davantage de ses repères habituels³⁹.

Il n'y a sûrement rien à regretter d'une telle constance. Les risques de dérives sont bien trop réels pour être sous-estimés par les entités chargées du strict respect du droit de la concurrence.

Caroline Carreau

.....

38 - Autorité de la concurrence, Décision n° 16-DCC-164 du 4 novembre 2016 relative à la prise de contrôle conjoint par les sociétés Holding Saint Gatien et Ovalie du groupe Holding Hospitalière et Hôtelière à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

39 - Décision n°16-DCC 206 du 8 décembre 2016 relative à l'affiliation de la Mutuelle UMC à la Société de Groupe d'Assurance Klésia Assurances à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

Alain Gubian

Directeur financier, Directeur des statistiques, des études et de la prévision, Acoss

Rémi Pellet

Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences-Po Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Agnès Schweitzer

Avocat au barreau de Paris, Consultant, Cabinet Ginestié Magellan Paley-Vincent

La politique d'extension des complémentaires santé privées par l'octroi d'avantages socio-fiscaux aux employeurs

M. François Fillon, en tant que candidat à l'élection présidentielle de 2017 soutenu par des partis de droite (Les Républicains) et du centre (UDI), ayant proposé de laisser aux organismes complémentaires (assurances, mutuelles, institutions de prévoyance) la prise en charge du « petit risque » santé, l'actuelle ministre (socialiste) des affaires sociales et de la santé, Mme Marisol Touraine, a réagi le 24 novembre 2016 par un message informatique (« tweet ») ainsi rédigé : « François Fillon, les mutuelles sont des organismes privés ! Vous proposez la privatisation de la santé. Assumez-le ! ».

Il est permis de trouver cette réponse particulièrement piquante. En effet, madame la ministre est à l'origine de la loi 11 janvier 2013 qui a imposé la généralisation dans les entreprises de la couverture privée complémentaire des frais de santé et des pertes de revenus liées à la maladie (prévoyance). Ainsi, en application de cette loi, les employeurs sont tenus de prendre en charge au moins 50 % des cotisations versées aux organismes privés complémentaires (art. L. 911-7 CSS) mais si les contrats souscrits garantissent une couverture minimale (II de l'art. L. 911-7 CSS et D. 911-1 CSS)¹ et s'ils respectent les règles applicables aux contrats responsables (art. L. 871-1 CSS), fixées par la LFSS pour 2014, qui limitent la prise en charge des dépassements d'honoraires à 100 % à partir de 2017², les employeurs bénéficient en contrepartie de l'octroi des avantages sociaux et fiscaux suivants :

1 Elle doit comprendre le ticket modérateur, le forfait journalier hospitalier, les soins dentaires à hauteur de 125 % des tarifs de la sécurité sociale (qui sont très bas par rapport aux honoraires réellement facturés) et l'optique entre 100 et 200 € (selon le type de correction).

2 Cf. notre chronique précédente : Rémi Pellet, « La tarification à l'activité (T2A) et les dépassements d'honoraires : les effets pervers de quelques lois récentes », *JDSAM* 2016, n°14

1- Déductibilité sociale :

Pour l'entreprise, les contributions patronales sont exonérées de cotisations de sécurité sociale dans la limite de 6 % du plafond annuel de la sécurité sociale (PASS) et de 1,5 % de la rémunération brute soumise à cotisations de sécurité sociale, le total ne pouvant pas dépasser 12 % du PASS ; en revanche, les cotisations patronales sont assujetties à un forfait social au taux de 8 %, excepté pour les entreprises de moins de 11 salariés (art. D. 242-1 CSS).

2- Déductibilité fiscale :

Pour l'entreprise, les cotisations patronales sont entièrement déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés (IS ; art. 39 CGI) ; pour le salarié, les cotisations patronales pour le financement des garanties complémentaires « frais de santé » constituent un complément de rémunération qui s'ajoute à l'assiette de l'impôt sur le revenu (IR) ; les cotisations patronales pour les garanties complémentaires « prévoyance » n'entrent pas dans l'assiette de l'IR dans la limite d'un montant égal à 5 % du PASS et 2 % de la rémunération annuelle brute, le total ne pouvant dépasser 2 % de 8 fois le montant annuel du PASS (art. 83, 1° quater CGI).

Cette politique peut être rapprochée de celle que le président Barack Obama avait choisi de mener aux États-Unis en faisant adopter la loi PACA (*The Patient Protection and Affordable Care Act*) du 30 mars 2010 qui a fait obligation aux employeurs d'offrir une assurance santé à leurs salariés en contrepartie d'avantages fiscaux et sous peine de pénalité financière³.

En France, une autre politique pourrait être mise en œuvre : plutôt que de subventionner par des avantages sociaux et fiscaux l'extension des organismes complémentaires privés dans le champ de la santé, il serait possible de supprimer les cotisations patronales et salariales versées à ces organismes complémentaires et, en compensation, d'augmenter le taux de la contribution sociale généralisée (CSG) affectée à l'assurance maladie⁴ afin que celle-ci puisse augmenter son taux de prise en charge des dépenses de soins primaires, le rôle des complémentaires étant désormais limité à la couverture des dépenses ignorées par le système de base, sur le modèle de système allemand actuel⁵.

Rémi Pellet

3 Cf. Rémi Pellet et Arnaud Skrzyerbak, *Droit de la protection sociale*, PUF, Thémis, 2017, pp. 324 et s.

4 Il nous semble préférable de financer des prestations de solidarité par un impôt généralisé plutôt que par des cotisations patronales qui sont en fait répercutées sur les salaires : cf. « Les finances de la protection sociale », *idem*, pp. 149 et s.

5 *Ibidem*, p. 328. Ce scénario n'est pas très éloigné de celui que est préconisé dans l'article : Martin Hirsch et Didier Tabuteau : « Créons une assurance-maladie universelle », journal *Le Monde*, 14 janvier 2017

Stéphane Brissy

Maître de conférences à l'Université de Nantes,
membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Nicolas Desbacq

Responsable RH et relations sociales

Pierre Mazière

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes,
membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Les responsabilités de l'employeur et de l'utilisateur en matière de santé au travail au regard de quelques arrêts récents

Les règles relatives à la santé au travail reposent sur des fondements à la fois contractuels et organisationnels. La mise en relation du salarié avec plusieurs entreprises dans le cadre d'une même relation de travail illustre cette duplicité fondamentale, comme le rappellent des arrêts récents de la Cour de cassation.

Les deux principaux arrêts retenus mettent en scène des salariés ayant subi, pour les uns un accident du travail, pour les autres l'anxiété d'un travail au contact de l'amiante, et qui souhaitent tous obtenir une réparation de leurs préjudices. Dans une première affaire¹, un salarié avait été mis à disposition d'une autre entreprise que celle qui l'avait embauché, pour intervenir sur un chantier. Le salarié a subi un accident du travail sur le lieu du chantier, sous la direction de l'utilisateur, et réclame à ce dernier la réparation des préjudices causés par l'accident, et non pris en charge par la Sécurité sociale, en invoquant une faute inexcusable de l'utilisateur. Dans une deuxième affaire², plusieurs salariés ont exercé une activité de travail au contact de l'amiante, ce au sein de plusieurs établissements appartenant à plusieurs entreprises différentes. Les salariés réclamaient ici la réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété, laquelle est conditionnée au bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante instaurée par une loi de 1998³.

Dans ces deux affaires, la Cour de cassation conditionne l'indemnisation des victimes à la qualité d'employeur du débiteur de l'indemnisation. Or, dans aucune de ces affaires la partie mise en cause n'avait la qualité d'employeur des salariés requérants. Chacun d'entre eux a dès lors vu sa demande rejetée.

Les arrêts des 9 février et 11 janvier 2017 ne sont pas franchement surprenants mais rappellent que l'indemnisation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle repose en premier lieu sur la Sécurité sociale et, exceptionnellement, en partie sur l'employeur. Que le salarié soit inclus dans une relation triangulaire impliquant l'entreprise qui l'a embauché et un utilisateur au sein duquel le salarié accomplira effectivement son travail n'y change rien. Le débiteur de l'indemnisation reste l'employeur, c'est-à-dire l'entreprise liée contractuellement au salarié.

Concernant l'arrêt du 9 février, le salarié invoquait la faute inexcusable de l'entreprise utilisatrice pour justifier sa demande d'indemnisation complémentaire. La faute inexcusable est caractérisée par le fait pour l'employeur d'être ou tenu d'être conscient du danger auquel était exposé le salarié et par l'absence de mesures permettant de l'en préserver⁴. Elle permet à la victime ou à ses ayants-droits d'obtenir une réparation de ses préjudices personnels lorsque l'accident du travail ou la maladie professionnelle est dû à une telle faute commise par l'employeur ou ceux qu'il s'est substitués dans la direction, selon les termes de l'article L 452-1 du Code de la sécurité sociale.

L'employeur désigné par le texte étant celui qui a embauché le salarié et qui est lié par un contrat de travail avec celui-ci, il semble tout d'abord logique que seul celui-ci soit tenu d'indemniser le salarié si une faute inexcusable est reconnue. Une difficulté survient toutefois lorsque le salarié accomplit sa prestation de travail auprès d'une entreprise utilisatrice différente de son employeur, notamment lorsque le salarié est un travailleur intérimaire. Dans ce cas, l'employeur reste l'entreprise de travail temporaire avec laquelle le salarié intérimaire a conclu son contrat de travail, mais le travail est effectué dans l'entreprise utilisatrice qui reste maître de l'organisation du travail. Les risques auxquels peut être exposé le salarié mis à disposition sont ainsi censés être sous la maîtrise, et par conséquent sous la responsabilité, de l'utilisateur. C'est pour cette raison que la loi attribue à l'entreprise utilisatrice la responsabilité des conditions d'exécution du travail telles qu'elles résultent des dispositions légales et réglementaires, notamment concernant la santé et la sécurité des salariés⁵. L'article L 412-6 du Code de la sécurité sociale confirme dans un premier temps cette

1 - Cass. 2^e civ. 9 févr. 2017, n°15-24037.

2 - Cass. soc. 11 janv. 2017, n°15-50080 à 15-50091.

3 - Loi n°98-1194 du 23 décembre 1998, art. 41 : JORF 27 déc. 1998, p. 19646.

4 - Pour une occurrence récente de cette définition, constamment reprise depuis 2002, v. not. Cass. 2^e civ. 4 mai 2016, n°15-18376, 15-20003.

5 - C. trav. art. L 1251-21.

responsabilité de l'utilisateur en prévoyant que, pour l'appréciation de la faute inexcusable, « l'utilisateur, le chef de l'entreprise utilisatrice ou ceux qu'ils se sont substitués dans la direction sont regardés comme substitués dans la direction [...] à l'employeur ». La conscience du danger et l'absence de mesures adéquates seront donc recherchées dans les conditions de travail pratiquées chez l'utilisateur.

Il n'en reste pas moins que l'indemnisation résultant de la reconnaissance d'une faute inexcusable sera servie à la victime par l'employeur et non par l'utilisateur. Le même article L 412-6 ajoute en effet que l'employeur reste tenu de l'obligation d'octroyer une réparation complémentaire, si les conditions précitées sont réunies, « sans préjudice de l'action en remboursement qu'il peut exercer contre l'auteur de la faute inexcusable ». Visant à la fois l'article L 452-1 et l'article L 412-6 du Code de la sécurité sociale, la Cour de cassation précise dans l'arrêt du 9 février que le premier impose de diriger l'action en reconnaissance de la faute inexcusable contre l'employeur⁶ et que le second ne déroge pas à ce texte. Le simple fait que l'utilisateur se substitue dans la direction du travail à l'employeur ne suffit pas à faire de l'utilisateur un employeur du salarié mis à sa disposition, rappelle également l'arrêt.

L'employeur tenu d'indemniser le salarié pourra toutefois exercer une action récursoire ou appeler en garantie l'entreprise utilisatrice ayant commis la faute inexcusable. Cette possibilité ressort des termes précités de l'article L 412-6 du Code de la sécurité sociale et a été affirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence, dès lors qu'aucune faute ne peut être établie à l'encontre de l'employeur dans la survenance de l'accident⁷.

La même logique est adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 11 janvier statuant sur une demande de réparation du préjudice d'anxiété formée par des salariés en raison de l'utilisation d'amiante dans le travail. Se fondant là encore sur les termes de la loi, ici la loi du 23 décembre 1998, la Cour décide qu'un salarié pouvant bénéficier de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante instaurée par cette loi ne peut cependant pas obtenir une indemnisation de son préjudice d'anxiété par une demande dirigée contre une société qui, bien qu'ayant dirigé son travail, n'était pas son employeur. Les salariés ayant travaillé dans l'un des établissements mentionnés par l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel peuvent réclamer l'indemnisation d'un préjudice spécifique d'anxiété puisque, si ces conditions sont réunies, ils se trouvaient, « de par le fait de l'employeur, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, qu'ils se soumettent ou non à des contrôles

et examens médicaux réguliers⁸ ». Mais, ici encore, seul l'employeur est visé, et non l'utilisateur responsable des conditions d'exécution du travail.

L'obligation de diriger l'action en réparation contre l'employeur, que ce soit en raison d'une faute inexcusable ayant causé un accident du travail ou une maladie professionnelle ou d'un préjudice d'anxiété lié à une exposition à l'amiante, met en avant l'importance du lien contractuel entre le salarié victime et l'employeur. Outre un lien historique entre l'existence d'un contrat de travail et l'indemnisation automatique des ouvriers victimes d'accidents du travail créée par la loi du 9 avril 1898, il faut ici rappeler que lorsque le salarié travaille chez l'utilisateur, il exécute une obligation de son contrat de travail. C'est bien l'employeur qui, en application du contrat, impose au salarié de travailler au service de l'utilisateur. C'est pour cette même raison que la jurisprudence décide que l'employeur est tenu de se renseigner sur les conditions de travail rencontrées par ses salariés chez l'utilisateur à la disposition duquel elle les a mis et de prendre les mesures propres à préserver leur santé en coopération avec l'utilisateur⁹.

La référence au contrat n'occulte pas cependant l'action de l'utilisateur sur les conditions de travail. Comme cela a été rappelé plus haut, l'utilisateur est responsable des conditions d'exécution du travail et peut, notamment être tenu de rembourser à l'employeur le montant des sommes versées par ce dernier suite à la reconnaissance d'une faute inexcusable. Il est également très significatif que la jurisprudence refuse de reconnaître à l'utilisateur la qualité de tiers au contrat de travail pour permettre au salarié victime d'agir contre lui en cette qualité sur le fondement de l'article L 454-1 du Code de la sécurité sociale, justement parce que l'utilisateur est responsable des conditions d'exécution du travail des salariés mis à sa disposition¹⁰. Ce texte, qui permet à la victime d'agir en réparation conformément au droit commun de la responsabilité si la lésion dont elle est atteinte « est imputable à une personne autre que l'employeur ou ses préposés », ne permet pas d'agir contre l'utilisateur.

Rappelons enfin que le droit de la santé au travail ne se résume pas à l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles et que la seule direction du travail, sans lien contractuel direct entre l'entreprise et les salariés, peut aussi justifier la mise en place de mesures de prévention et la compétence du CHSCT implanté dans l'entreprise utilisatrice. Dans un arrêt récent¹¹, la Cour de cassation a ainsi affirmé que le CHSCT d'une entreprise pouvait exiger la mise en place de mesures de prévention, à la fois de l'entreprise dans laquelle il est implanté et d'une entreprise sous-traitante dont les salariés étaient mis à disposition de la première. La justification de cette solution tient à l'autorité exercée par l'entreprise sur les salariés mis à sa disposition,

6 - V. également : Cass. 2e civ. 24 mai 2007, n°05-21355 ; Cass. soc. 20 sept. 2006, n°05-41265
7 - Cass. 2e civ. 12 mars 2009, n°08-11735 ; Cass. 2e civ. 21 juin 2006, n°04-30665.

8 - Cass. soc. 2 juill. 2014, n°12-29788 à 12-29801.
9 - Cass. 2e civ. 8 nov. 2007, n°07-11219.
10 - Cass. 2e civ. 30 juin 2011, n°10-20246.
11 - Cass. soc. 7 déc. 2016, n°15-16769.

quand bien même ceux-ci ne sont pas liés à celle-là par un contrat de travail.

Ces différentes affaires permettent de rappeler que si parfois l'existence d'un lien contractuel est nécessaire pour que des atteintes à la santé d'un salarié puissent être sanctionnées, la référence à l'autorité et à la direction du travail peut elle aussi être source d'obligations.

Stéphane Brissy

Caroline Denambride

Avocat inscrit au Barreau de LYON, BISMUTH AVOCAT

Mathieu Gautier

Avocat inscrit au Barreau de PARIS, BISMUTH AVOCAT

Delphine Jaffard

Avocat inscrit au Barreau de PARIS, Associé, BISMUTH AVOCAT

Ana Zelcevic-Duhamel

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

La responsabilité pénale dans le domaine de la psychiatrie du fait du passage à l'acte de patients

« Il est bon de rappeler que la gestion du risque fait partie intégrante de la pratique de la médecine (...). Le plus souvent ce risque concerne le patient lui-même, mais cela peut aussi impliquer des tiers (...).

Travailler à la réduction du risque de violence, c'est accomplir un acte éminemment médical.

Refuser de mettre en œuvre les meilleures pratiques en matière de prévention, c'est au contraire exposer les patients concernés à des conséquences désastreuses tant pour leurs

victimes que pour eux-mêmes et pour l'image publique de l'ensemble des personnes souffrant d'un problème de santé mentale.

En tant que profession médicale, il est de la responsabilité des psychiatres de pouvoir répondre aux deux questions suivantes : Quel est le risque associé à une situation clinique donnée et comment le réduire ? En revanche, savoir si le risque résiduel est acceptable pour une société ne relève pas de la compétence psychiatrique ».

(HAS - Recommandations de la commission d'audition Mars 2011

Dangerosité psychiatrique :

Etude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive

chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur -)

Jusqu'à très récemment, aucun psychiatre en France n'avait engagé sa responsabilité pénale du fait de la réalisation d'un acte de violence de la part d'un patient.

C'est désormais chose faite, deux psychiatres ayant été condamnés par le Tribunal Correctionnel de GRENoble et de MARSEILLE, respectivement les 14 et 18 décembre 2016 pour homicide involontaire du fait du meurtre perpétré par l'un de leurs patients schizophrènes, s'étant enfui ou ayant été autorisé à sortir de l'établissement de santé.

A MARSEILLE, le Docteur Danièle CANARELLI n'avait pas souhaité le transfert préconisé de son patient en Unité pour Malades Difficiles (UMD) ; précisons aussi qu'elle était la seule à ne pas retenir le diagnostic de schizophrénie.

Les autres médecins ayant examiné ce patient avaient, en effet, tous des avis qui convergeaient vers cette pathologie et sur la présence manifeste de dangerosité.

A GRENoble, la situation était différente. Le Docteur Lekhraj GUJADHUR était en charge de la prescription des traitements et de la délivrance des autorisations de sortie, en tant que responsable de fait du pavillon

A ce titre, il avait permis au patient de sortir dans le parc de l'établissement de santé, sans toutefois avoir consulté préalablement son dossier médical. C'est ainsi que le malade s'était enfui et était passé à l'acte.

Le Docteur Lekhraj GUJADHUR s'est défendu en indiquant n'avoir jamais été chargé du suivi médical de patient et avoir permis la sortie litigieuse sur la base d'une autorisation antérieure accordée par son supérieur hiérarchique.

En comparant les situations des deux praticiens susmentionnés, il apparaît que le Docteur GUJADHUR n'aurait pas dû être condamné pénalement pour homicide involontaire du fait de l'infraction commise par un patient de l'établissement, eu égard à la législation en la matière.

En effet, pour retenir l'infraction d'homicide involontaire, le praticien doit avoir commis une faute caractérisée.

Aussi, alors que dans l'affaire de MARSEILLE, la faute caractérisée n'apparaît pas contestable, celle-ci l'est davantage dans l'affaire de GRENoble, où il semble que ce soit surtout la psychiatrie plutôt que le psychiatre qui ait été condamnée (I).

Et de manière très surprenante, l'établissement de santé publique (Centre hospitalier de Saint-Egrève) a été relaxé et ce, alors même qu'il existait manifestement un dysfonctionnement important dans l'organisation du service de psychiatrie (II).

I – Sur la faute caractérisée des psychiatres, à l'origine de condamnations pénales

L'article 123-1 du code pénal dispose :

« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».

Cet article énonce clairement que tout praticien peut engager sa responsabilité pénale du fait du passage à l'acte de l'un de ses patients si ce passage à l'acte résulte d'une faute caractérisée qui a indirectement causé le dommage.

Il s'agit d'une responsabilité indirecte.

Le praticien engagera sa responsabilité pénale s'il a :

- contribué à la réalisation d'une situation ayant permis à son patient de commettre un crime ou un délit,
- ou n'a pas pris les mesures suffisantes et/ou nécessaires permettant d'éviter la réalisation du passage à l'acte,
- violé de manière délibérée une disposition légale ou réglementaire,
- commis une faute d'une gravité telle qu'elle a exposé un tiers à un risque dont il avait connaissance.

A la lecture de cet article du code pénal et de la rareté de la Jurisprudence en la matière, il est évident que le législateur n'a pas souhaité que la responsabilité pénale des praticiens et/ou des décideurs soit systématiquement engagée.

En cela, il faut voir en l'article 123-1 du code pénal une certaine protection, les conditions de mise en œuvre étant très encadrée, ce dont on peut se féliciter.

En effet, la psychiatrie, comme la médecine en général, n'est pas une science dénuée d'aléa ; les praticiens posant un diagnostic sur la base de leurs connaissances scientifiques et de leur expérience professionnelle.

Il existe donc une part d'incertitude puisqu'une même pathologie ne présente pas nécessairement les mêmes symptômes.

Aussi, dans le domaine de la psychiatrie, le psychiatre prend nécessairement une part de risque lorsqu'il autorise un patient à quitter le milieu fermé.

Et ce risque pris sera condamnable et condamné si la majorité des praticiens de même spécialité et se trouvant dans la même situation ne l'aurait pas pris du fait d'un constat de dangerosité du patient examiné, empêchant ainsi toute mise en liberté.

Le fait, cependant de prendre un risque, aussi infime soit-il qui finalement se réalise, n'est pas nécessairement constitutif d'une faute caractérisée du praticien si celui-ci a respecté la loi en posant un diagnostic de non dangerosité en conformité avec les données acquises de la science et de ce fait n'a pas exposé les tiers à un danger connu ou soupçonné.

De même, il n'apparaît pas choquant que le Docteur Danièle CANARELLI (affaire de MARSEILLE) ait été condamnée, cette Praticienne ayant soutenu un diagnostic différent de l'ensemble de ses confrères qui avaient tous des avis convergents.

Toute faute caractérisée, conformément au principe de légalité, doit être condamnée.

Tel n'était pourtant pas le cas dans l'affaire de GRENOBLE, où, nous semble-t-il, c'est l'établissement de santé qui aurait dû être sanctionné à la place du Docteur GUJADHUR.

Mais malgré les réquisitions du Procureur de la République à hauteur de 100.000,00 €, celui-ci a été étonnamment relaxé.

II – La responsabilité pénale des personnes morales

L'article 121-2 du code pénal dispose :

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

Il ressort de cet article que les personnes morales sont pénalement responsables des agissements intentionnels

ou involontaires fautifs (telle une faute d'imprudence et de négligence) imputables à ses organes ou ses représentants, personnes physiques.

Il sera précisé que la personne morale ne doit pas nécessairement avoir commis une faute distincte de celle de ses organes ou représentants (Cass. Crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466).

Pour que cette dernière engage sa responsabilité pénale, la faute reprochée doit avoir été commise pour le compte de la personne morale, c'est-à-dire soit :

- dans son intérêt,
- dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation et le fonctionnement de la personne morale,
- etc.

Mais la personne morale peut commettre elle-même une faute indépendamment de toute faute caractérisée réalisée par l'un de ses organes ou représentants.

Un cumul de responsabilité est alors possible.

A ce titre, la Cour de cassation, qui a eu à se prononcer sur la question de la désorganisation d'un service d'urgence, a jugé que la responsabilité pénale de l'établissement public de santé était engagée et ce, quand bien même l'organe ou le représentant n'était pas clairement identifié ou identifiable :

« Attendu que, pour infirmer ce jugement et déclarer le CHU coupable, l'arrêt retient que Valérie X... n'a pu, en raison du départ du médecin senior de la zone de chirurgie autorisée par le chef de service, être examinée par un médecin senior tant lors de son arrivée au service des urgences qu'à son retour du service de radiologie, alors que le pronostic vital était engagé ; que la cour d'appel ajoute que cette défaillance manifeste du service d'accueil des urgences, en infraction au règlement intérieur de l'hôpital qui impose la présence d'un médecin senior dans chaque unité fonctionnelle de ce service, entretient un lien de causalité certain avec le décès de la victime ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifier sa décision ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ».

(Cf. Cass. Crim., 9 mars 2010, n° 09-80543)

Par analogie, il apparaît choquant que l'établissement de santé n'ait pas été condamné dans l'affaire de GRENOBLE.

En effet, il sera souligné que le Docteur GUJADHUR :

- n'était pas le praticien en charge du suivi du patient passé à l'acte,
- avait signé une autorisation de sortie sur la base d'une autorisation antérieure de son supérieur,

- n'était pas le responsable officiel du pavillon mais uniquement responsable de fait,

- n'avait pas eu accès à l'intégralité du dossier médical, les expertises judiciaires médicales réalisées antérieurement lors d'autres poursuites pénales n'étant pas jointes au dossier.

En outre, alors que l'établissement de santé Saint Egrève était responsable du contrôle des sorties des patients, il n'a pas empêché celui passé à l'acte de sortie dans le parc alors qu'il avait manifesté un comportement extrêmement inquiétant quelques jours plus tôt, sa voix intérieure lui ayant enjoint « de faire du mal ».

Pourtant, les jours précédant le drame, ce patient n'a vu aucun psychiatre, celui-ci ayant été totalement négligé.

Il est donc manifeste qu'existait au sein de cet établissement une très grande désorganisation à l'origine de ce passage à l'acte.

La responsabilité pénale de cet établissement aurait donc dû être engagée, d'autant plus que le Docteur GUJADHUR a agi dans l'exercice d'activités ayant notamment pour objet d'assurer l'organisation et le fonctionnement du service de psychiatrie.

III – Conclusion

La condamnation de ces praticiens et l'absence de condamnation de l'établissement de santé inquiètent la profession, ce qui est compréhensif.

Si la jurisprudence vient à se confirmer, nous allons nous diriger progressivement vers un enfermement systématique des patients présentant des troubles mentaux, au mépris de la liberté individuelle.

C'est d'ailleurs ce que nous constatons déjà, lors des audiences « hospitalisation d'office », une tendance des magistrats à maintenir les patients enfermés, afin d'éviter toute prise de risque.

Il est donc indispensable de trouver un équilibre entre la sécurité des tiers et la liberté individuelle.

Caroline Denambride

Le harcèlement moral entre deux professionnels de santé ne peut exister que dans le cadre des relations de travail entre eux

Note sous Cass. crim., 13 décembre 2016, n° 16-81.253, publié au bulletin

Les professionnels de santé sont souvent amenés à nouer des contacts avec leurs confrères ou d'autres personnes exerçant des métiers en relation avec la santé humaine. Ces rapports, qu'ils soient de nature hiérarchique ou non, peuvent parfois se dégrader de manière considérable. La question qui se pose est de savoir quelles sont les conditions nécessaires permettant de qualifier ces rapports de harcèlement moral¹. Par un arrêt rendu le 13 décembre 2016, la chambre criminelle de la Cour de cassation répond à cette question.

En l'espèce, une personne, docteur en neurosciences et psychologue clinicienne, occupait des locaux qui lui avaient été donnés à bail par un médecin. Des poursuites pénales pour usurpation du titre de docteur furent engagées à son encontre. Une fois la relaxe prononcée, la psychologue déposa une plainte au pénal pour harcèlement moral et discrimination contre le médecin qui lui louait une partie de ses locaux professionnels et qu'elle soupçonnait être à l'origine de la procédure menée contre elle. Le juge d'instruction, approuvé par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, rendit une ordonnance de non-lieu. La Cour de cassation, par arrêt du 13 décembre 2016, rejeta le pourvoi introduit contre la décision des juges du fond. L'arrêt commenté nous inspire plusieurs observations.

La Haute juridiction précise que le délit de harcèlement moral ne peut être constitué s'il n'existe pas de relation professionnelle entre la demanderesse au pourvoi et le défendeur, d'une part (I) ; le harcèlement moral, infraction matérielle par excellence, se traduit par une dégradation des conditions de travail, d'une atteinte à la dignité ou d'une altération de la santé physique ou morale de la victime, d'autre, part (II).

I. Le harcèlement moral – la nécessité d'une relation professionnelle

Le harcèlement moral² est défini par les dispositions de l'article 222-33-2 du code pénal comme : « *Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* ».

La définition légale nous permet de déduire que le harcèlement moral suppose comme *condition préalable* à la commission de l'infraction l'existence des rapports professionnels. Certaines infractions, en effet, nécessitent l'existence d'une condition préalable qu'il convient de distinguer de l'élément matériel proprement dit. C'est le cas, par exemple, outre le harcèlement moral, des délits d'escroquerie, de banqueroute, des risques causés à autrui³. Ces infractions, dès lors, ne peuvent être commises en dehors d'un contexte précis prévu par la loi. La condition préalable, contrairement à l'élément matériel, n'est pas en elle-même nécessairement un fait illicite⁴ et doit être distinguée de l'acte commis par le prévenu. En d'autres termes, elle n'est pas un élément constitutif de l'infraction puisqu'elle est antérieure au comportement prohibé⁵.

En l'espèce, la Cour de cassation décide que l'existence d'une relation professionnelle entre la demanderesse et le défendeur n'était pas établie et que, en conséquence, le délit de harcèlement moral n'était pas caractérisé, faute d'éléments constitutifs. Il nous semble plus exact de considérer que c'est la condition préalable qui faisait défaut en l'occurrence puisque le délit ne peut être constitué en dehors d'un cadre défini par la loi. La plaignante, en l'espèce, partageait seulement les locaux professionnels avec le médecin dont elle se disait victime de harcèlement ; aucune relation de travail, n'existait entre eux. Lorsque, en revanche, deux professionnels de santé travaillent ensemble, ils sont soumis à un devoir de collaboration⁶. Ce devoir n'existait pas en l'espèce, ni en vertu de dispositions légales, ni en vertu d'une clause conventionnelle.

Il convient de préciser également que le délit de harcèlement moral ne suppose pas un rapport de hiérarchie entre le prévenu et la victime⁷. Autrement dit, il n'est pas nécessaire

2 - Le code pénal incrimine deux formes de harcèlement moral, une première relative au harcèlement moral au travail, régie par les dispositions de l'article 222-33-2 et une seconde, relative au harcèlement moral au sein du couple, définie à l'article 222-33-2-1 du même code. En l'espèce, il est question de la première forme de ce délit.

3 - V. A. Zelcevic-Duhamel, *Les risques causés à autrui en matière de santé*, *Gaz. Pal.* 2011, n° 152 à 155, p. 18.

4 - Il existe, cependant, des délits qui supposent comme condition préalable l'existence d'un autre délit. C'est le cas, par exemple, du recel.

5 - B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 24^e éd., n° 224.

6 - Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n° 191 à 192, p. 12, note A. Zelcevic-Duhamel ; *JDSAM* 2013, n° 2, p. 67, note M. Bacache.

7 - M. Véron, *Droit pénal spécial*, *Sirey*, 15^e éd. 2015, n° 130.

1 - E. Monteiro, « Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et dans le code du travail », *Rev. sc. crim.* 2003.277.

que l'auteur du harcèlement soit le supérieur hiérarchique de la victime. Il peut, en conséquence, s'agir de deux collègues de travail, membres d'une même équipe de professionnels. Le harcèlement moral peut même provenir d'une personne d'un rang hiérarchiquement inférieur à celui de la victime⁸.

Pour ce qui est de l'élément matériel *strico sensu*, les dispositions légales prévoient seulement qu'il s'agit de *comportements répétés* ayant pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail ou de porter atteinte à la dignité de la victime. Dès lors, les plaintes infondées sont susceptibles de caractériser le délit de harcèlement moral⁹.

En l'espèce, la plaignante avait fait l'objet d'une procédure pénale du chef du délit d'usurpation de titre, pour lequel elle avait été relaxée. A supposer même qu'il existait des rapports professionnels entre la demanderesse au pourvoi et le défendeur, cet élément n'est pas en soi suffisant pour caractériser le harcèlement moral. Ce dernier étant un délit d'habitude par excellence, sa constitution nécessite une répétition d'agissements. La procédure pénale engagée auparavant n'est pas, en conséquence, nécessairement une preuve de harcèlement puisque ce délit suppose une pluralité d'actes. L'objet de ces actes doit correspondre à celui prévu par les dispositions légales¹⁰.

II. Le harcèlement moral – la dégradation des conditions de travail ou une atteinte à la personne de la victime

Aux termes de l'article 222-33-2 du code pénal, l'objet ou l'effet du harcèlement moral consiste en une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel¹¹. Le harcèlement moral est, en conséquence, défini, non par le but poursuivi, mais par les effets qui se sont produits¹². Cet élément le différencie du harcèlement sexuel¹³.

Puisque le délit de harcèlement moral suppose une conséquence matérielle, *a priori* il n'est pas possible de retenir la responsabilité pénale de l'auteur d'un certain nombre d'actes lorsque ceux-ci n'ont pas donné lieu aux effets prévus par le texte pénal. La jurisprudence, cependant, a une approche plus souple de ces dispositions, ce qui est discutable du point de vue des principes de légalité des délits et des peines et de l'interprétation stricte de la loi pénale, principes incontournables, de valeur constitutionnelle. La Cour de cassation a ainsi admis de sanctionner des faits

entraînant seulement une « possibilité » de dégradation des conditions de travail¹⁴. Cette solution nous semble critiquable puisque difficilement compatible avec les grands principes de droit pénal malgré la volonté louable de protéger les conditions de travail du salarié. D'une manière générale, les juges disposent en la matière d'un pouvoir d'appréciation très large, leur permettant même d'aller à l'encontre des résultats d'une enquête interne concluant à l'absence de harcèlement moral¹⁵.

En l'espèce, la demanderesse avait obtenu une relaxe dans une procédure pénale engagée contre elle pour usurpation du titre. On peut concevoir sans difficulté que cette procédure avait pour effet une dégradation des conditions de travail de la demanderesse et qu'elle a pu constituer une atteinte à sa personne. Cette circonstance, cependant, n'était pas suffisante pour accueillir favorablement sa demande.

En effet, afin de pouvoir retenir une qualification pénale, il est nécessaire d'établir *tous les éléments constitutifs* de l'infraction proposée, y compris la condition préalable prévue par les textes de droit pénal. Même dans l'hypothèse où le résultat requis par la règle pénale s'est produit, il n'est pas possible de retenir la qualification revendiquée si tous les éléments constitutifs prévus par la loi pénale ne sont pas réunis. La solution contraire constituerait une violation du principe de légalité.

Il a été, en l'espèce, établi que la demanderesse au pourvoi exerçait une profession indépendante de celle du défendeur nonobstant la proximité physique entre eux qui résultait du partage des locaux professionnels. Cette circonstance n'a pas permis de déduire l'existence d'une relation de travail entre les deux professionnels de santé. La solution retenue par la Haute juridiction, confirmant l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel, nous semble justifiée car conforme aux principes de légalité des délits et des peines et de l'interprétation stricte de la loi pénale.

Ana Zelcevic-Duhamel

8 - Cass. crim., 6 déc. 2011, *Bull. crim.*, n°249.

9 - Cass. crim., 25 nov. 2013, n° 12-81.468.

10 - Cass. crim., 21 juin 2005, *Dr. pénal* 2005, comm. 157 ; *Rev. sc. crim.* 2005.850, obs. Y. Mayaud.

11 - Cass. crim., 30 sept. 2009, *Dr. pénal* 2009, comm. 149, obs. M. Véron.

12 - Cass. crim., 26 janv. 2016, *Bull. crim.*, n° 187.

13 - M. Véron, *idem*.

14 - Cass. crim., 14 janvier 2014, *Dr. pénal* 2014, comm. 53 ; *Rev. sc. crim.*, obs. Y. Mayaud.

15 - Cass. crim., 8 juin 2010, *Dr. pénal* 2010, comm. 117.

Philippe Coursier

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes,
Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé,
Inserm UMR S1145

Jean Lessi

Maître des Requêtes, Conseil d'État

Agnès Martinel

Maître des Requêtes en service extraordinaire, Conseil d'État

De l'autonomie du droit de la sécurité sociale en matière de risques professionnels

Au 1^{er} janvier 2017¹ entre en vigueur le « compte personnel d'activité » (CPA), lequel constitue l'une des mesures phares de la fameuse Loi Travail du 8 août 2016. En offrant aux travailleurs – salariés ou indépendants – un outil leur permettant de faire évoluer et d'accompagner leur carrière en toute liberté, il vise à sécuriser leurs parcours professionnels en constante évolution. En effet, dans la mesure où il est de plus en plus fréquent de changer d'emploi, l'objectif du CPA est de donner à chacun, les moyens de construire librement son parcours professionnel, dans un monde du travail chaque jour plus changeant et plus incertain. Avec le CPA, chaque actif devient en mesure d'accumuler des droits tout au long de sa vie professionnelle dans la mesure où, grâce à ce compte, ses droits lui restent attachés quels que soient les changements professionnels rencontrés. A cet effet, ce nouveau compte regroupe le compte personnel de formation (CPF), le compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P) et le compte d'engagement citoyen (CEC). Chaque titulaire d'un compte sera alors libre d'y recourir au moment qu'il aura choisi, en fonction de ses objectifs et de ses besoins personnels².

S'il est permis de saluer une telle mesure visant à personnaliser les droits acquis au titre de n'importe quelle activité professionnelle, il convient néanmoins de regretter que les auteurs du projet de loi n'aient pas souhaité y intégrer

1 - Dès le 1^{er} janvier 2017, la mesure est effective pour tous les salariés et les demandeurs d'emploi ; elle doit être élargie au bénéfice des travailleurs indépendants à compter du 1^{er} janvier 2018. Le portail internet du CPA a été officiellement ouvert le 12 janvier 2017 (www.moncompteactivite.gouv.fr).

2 - Dans son espace personnel, chaque titulaire d'un CPA a accès à l'ensemble de ses droits issus des trois comptes et ce, sur une même page. Il peut également consulter ses bulletins de salaire dématérialisés, s'ils lui sont remis de cette manière par l'employeur.

d'autres droits susceptibles d'être générés tout au long du parcours professionnel d'une personne. Ainsi, **les droits ouverts au titre des accidents du travail et maladies professionnelles sont ignorés par le nouveau dispositif de totalisation des acquis sociaux.**

Or, il est permis de le regretter dans la mesure où le bénéfice des droits liés à la survenance d'un risque professionnel se heurte parfois à l'absence de reconnaissance spontanée de la part des protagonistes de la relation de travail, contraignant alors la victime ou ses ayants-droit à entamer des procédures judiciaires longues et complexes. Si certaines procédures sont simples et parfaitement accompagnées par les caisses de sécurité sociale, d'autres soulèvent des difficultés insoupçonnées, le plus souvent liées à la spécificité de la matière.

Tel est le cas par exemple lorsqu'un marin est victime, au cours de l'exécution de son contrat d'engagement maritime, d'un accident du travail imputable à une faute inexcusable de son employeur. La question se pose de savoir dans quelles conditions il peut demander une indemnisation complémentaire en application des articles L. 452-2 et suivants du Code de la sécurité sociale. Les juridictions de la sécurité sociale sont-elles compétentes ou doit-il recourir à d'autres tribunaux plus proches de son appartenance professionnelle ? Et que dire de la juridiction compétente lorsque l'action d'un employeur cherche à répercuter sur l'entreprise utilisatrice la charge financière de l'accident du travail subi par l'un de ses salariés intérimaires au cours d'une période de mise à disposition auprès d'elle ?

Dans un tout autre domaine, une question similaire se pose dans l'hypothèse d'un salarié coupable d'un harcèlement moral à l'égard de son épouse, par ailleurs salariée de l'entreprise. La reconnaissance du délit suffit-elle à établir que l'accident du travail dont l'épouse a été victime est dû à une faute intentionnelle de l'employeur au sens de l'article L. 452-5 du Code de la sécurité sociale, laquelle lui ouvre droit à un complément d'indemnisation ?

Il est vrai que, dans de telles situations, la comptabilisation des droits de la victime au titre du CPA aurait grandement simplifiée la procédure et le sort de la victime quant à la reconnaissance de ses droits. Dès lors, il faut émettre des regrets quant à la non prise en compte au titre du CPA des prestations et droits acquis aux titres des risques professionnels... regrets d'autant plus grands que la matière appelle la compétence exclusive des juridictions spécialisées en matière de sécurité sociale **(1)** en même temps qu'elle a recours à des concepts exclusifs de droit de la sécurité sociale **(2)**.

1- La compétence exclusive des juridictions de la sécurité sociale

a) Une compétence sociale de principe

Il ne fait aucun doute que l'indemnisation de préjudices nés d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle relève de la compétence exclusive des juridictions du contentieux de la sécurité sociale, que cet accident soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. Dès lors, la juridiction prud'homale n'est pas compétente pour connaître de la demande d'indemnisation formulée par un salarié sur le fondement du manquement de son employeur à cette obligation (Cass. 2^e civ., 29 mai 2013, n° 11 - 20.074 : *JurisData* n° 2013 - 010831 ; *JCP S* 2013, 1368, note M. Ledoux et A. Nicolas. – Cass. 2^e civ., 11 déc. 2013, n° 12 - 19.408 : *JurisData* n° 2013 - 028510 ; *JCP S* 2014, 1231, note M. Babin. – Rapp., à propos des conséquences en termes de droits à la retraite, même consécutivement à un licenciement, Cass. soc., 6 oct. 2015, n° 13 - 26.052 : *JurisData* n° 2015 - 022102 ; *JCP S* 2016, 1018, note G. Vachet).

Pour autant, la clarté du principe est légèrement entamée par certaines nuances procédurales dérivées de la complexité des situations rencontrées. Ainsi, un telle règle reste vraie même si la déclaration d'une maladie professionnelle et le contentieux auquel elle peut donner lieu devant la juridiction de sécurité sociale ne privent pas le salarié du droit de demander à la juridiction prud'homale la réparation des conséquences du trouble psychologique, compris dans le préjudice d'anxiété, subi avant la déclaration de la maladie (Cass. 2^e civ., 2 avr. 2014, n° 12 - 29.825 : *JurisData* n° 2014 - 006487 ; *JCP S* 2014, 1271, note D. Asquinazi-Bailleux).

b) Un compétence nourrie d'une pluralité d'actions

En revanche, et dans tous les cas, le fait que la décision de prise en charge de l'accident du travail par la caisse soit définitivement acquise à l'égard de l'employeur ne prive pas ce dernier de la possibilité d'opposer au salarié, qui invoque l'existence d'une faute inexcusable, l'absence de caractère professionnel de l'accident (Cass. 2^e civ., 5 nov. 2015, n° 13 - 28.373 : *JurisData* n° 2015 - 024560 ; *JCP S* 2015, act. 439 ; *JCP S* 2016, 1017, note D. Asquinazi-Bailleux). A l'inverse, ayant pour objectif exclusif la prise en charge ou le refus de prise en charge au titre de la législation professionnelle de l'accident, de la maladie ou de la rechute, la décision de prise en charge par la caisse dans les conditions prévues à l'article R. 441-14 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue du décret n° 2009 - 938 du 29 juillet 2009 (applicable le 1^{er} janvier 2010), est sans incidence sur l'action en reconnaissance de la faute inexcusable (Cass. 2^e civ., 26 nov. 2015, n° 14 - 26.240 : *JurisData* n° 2015-026277 ; *JCP S* 2016, 1040, note D. Asquinazi-Bailleux).

En matière de maladies professionnelles, l'application du principe se trouve encore malmenée par l'intervention, dans certains cas, d'un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP). En effet, dès lors que la maladie ne remplissait pas les conditions d'un tableau de maladies professionnelles et que la caisse a suivi l'avis d'un CRRMP, il incombe à la juridiction, avant de statuer sur la demande du salarié en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, de recueillir l'avis d'un autre comité régional dès lors que le caractère professionnel de la maladie était contesté par l'employeur en défense à cette action (Cass. 2^e civ., 6 oct. 2016, n° 15-23.678 : *JurisData* n° 2016-020290 ; *JCP S* 2016, 1399, note D. Asquinazi-Bailleux).

c) Une compétence étendue aux actions connexes

S'agissant de la répartition de la charge financière d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle impliquant une entreprise de travail temporaire et une entreprise utilisatrice, la même question se pose : relève-t-elle du contentieux général de la sécurité sociale ?

En effet, l'entreprise utilisatrice, auteur de la faute inexcusable, pourrait être tentée de soulever une exception d'incompétence au profit du tribunal de grande instance et ce, au motif que l'action engagée entre les deux entreprises repose sur le manquement de la société utilisatrice à son obligation contractuelle de respecter les règles de sécurité applicables à l'emploi du salarié intérimaire³ et que le préjudice est constitué par le surcoût allégué des cotisations accidents du travail généré par cet accident, lequel a un objet distinct du recours prévu à l'article L. 412 - 6 du Code de la sécurité sociale à l'encontre de l'auteur de la faute inexcusable. Pourtant, la Cour de cassation ne l'a pas ainsi entendu : elle retient que le recours de l'employeur a pour objet de faire supporter à l'entreprise utilisatrice la charge financière de l'accident du travail subi par le salarié, de sorte que le litige relève de la compétence du tribunal des affaires de sécurité sociale (Cass. civ. 2^e, 15 déc. 2016, n° 15 - 29.149).

Mais la compétence exclusive des juridictions de la sécurité sociale se double d'un recours à des concepts spécifiques à la matière.

2- Le recours à des concepts exclusifs de droit de la sécurité sociale

Plusieurs situations offrent des illustrations d'une tendance générale des tribunaux à recourir à des concepts exclusifs du droit de la sécurité sociale.

.....
3 - En application des anciens articles 1142 et 1147 du Code civil.

a) 1^{er} exemple : un concept exclusif de « recours subrogatoire »

Qu'en est-il de l'accident du travail survenu à un travailleur relevant d'un régime spécial de sécurité sociale, tel que celui applicable aux marins ? Relève-t-il des règles propres à son milieu professionnel ou peut-il invoquer les règles protectrices issues de l'article L. 412-8, 8° du Code de la sécurité sociale ?

Selon la Cour de cassation, un retour aux règles générales et exclusives du droit de la sécurité sociale s'impose. Selon elle, il résulte de l'article L. 412-8, 8° du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2016, applicable au litige, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, que le marin victime, au cours de l'exécution de son contrat d'engagement maritime, d'un accident du travail imputable à une faute inexcusable de son employeur peut demander, devant les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale, une indemnisation complémentaire dans les conditions prévues par le chapitre 2 du titre V du livre IV du code de la sécurité sociale.

Dès lors, étant saisie aux fins de reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur afférente à un accident mortel du travail survenu au cours de l'exécution du contrat d'engagement maritime de la victime, la cour d'appel en a exactement déduit que les ayants droit de celle-ci pouvaient obtenir l'indemnisation du préjudice subi par leur auteur et de leur préjudice moral propre conformément aux dispositions des articles L. 452-1, L. 452-2 et L. 452-3 du Code de la sécurité sociale, et qu'en application du troisième alinéa de ce dernier texte, les sommes dues sont avancées par l'ENIM, qui dispose alors d'un recours subrogatoire contre l'armateur qui a commis une faute inexcusable (Cass. civ. 2^e, 15 déc. 2016, n° 15 - 25.780).

b) 2^{ème} exemple : un concept exclusif d' « accident du travail de la route »

Lorsque l'accident est survenu à l'occasion de la conduite d'un véhicule sur une voie ouverte à la circulation publique, les dispositions de l'article L. 455-1-1 du Code de la sécurité sociale, accordent au salarié victime le bénéfice du régime de réparation de la loi Badinter de 1985⁴. Pour l'application de ce texte, les tribunaux recourent aux règles interprétatives de cette loi. Ainsi, il a été retenu que toute victime d'un accident professionnel de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur a droit à l'indemnisation de son dommage dans les conditions de la loi du 5 juillet 1985, dont les dispositions sont d'ordre public et prévalent sur celles du Code rural relatives à l'entraide agricole (Cass. 2^e civ., 17 nov. 2005, n° 03 - 20.5551 : *JCP S* 2006, II, 1106, p. 42, note P. Guerder ; *Gaz. Pal.* 2006, n° spéc. *Dr. agraire* nos 139-140, p. 30, note Ph. Coursier).

Pour autant, la Cour de cassation n'a pas souhaité s'en remettre exclusivement à des concepts de droit civil. Outre une compétence exclusive des tribunaux des affaires de sécurité sociale, elle a considéré que ce type d'affaires n'excluaient pas l'application de la législation prévue au Chapitre II Titre V du Livre IV du Code de la sécurité sociale lorsque ce type d'accident est dû à une faute inexcusable de l'employeur (Cass. 2^e civ., 12 juill. 2012, n° 11-20.123 : *JurisData* n° 2012 - 015562 ; *JCP S* 2012, 1436, note D. Asquinazi-Bailleux ; *Dr. soc.* 2012, 963, note S. Hocquet-Berg ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 237, p. 36, note Ph. Coursier). Ainsi, le salarié victime d'un tel accident peut, en cas de faute inexcusable de l'employeur, bénéficier des règles issues du Code de la sécurité sociale organisant une indemnisation spécifique en faveur de la victime et/ou de ses ayants-droit.

Le Conseil constitutionnel a même retenu que ces dispositions sont conformes à la Constitution dans la mesure où la distinction qu'elles opèrent entre les accidents du travail survenus sur une voie ouverte à la circulation et les autres, outre le fait qu'elle établit une distinction entre les risques selon qu'ils sont essentiellement liés à l'exercice de la profession ou à la circulation routière, opère une différence de traitement fondée sur un critère objectif en lien direct avec la loi qui ne méconnaît donc pas le principe d'égalité (Cons. const., 23 sept. 2011, déc. n° 2011-167 QPC : *JO* 24 sept. ; *JCP S* 2011, act. 352).

c) 3^{ème} exemple : un concept exclusif de « faute intentionnelle »

Enfin, qu'en est-il de l'appréciation de la notion de faute intentionnelle, prévue à l'article L. 452-5 du Code de la sécurité sociale, dans une hypothèse où l'auteur des faits a été reconnu coupable de harcèlement moral à l'encontre d'une salariée ? La réponse apportée par la Cour de cassation à cette question, dans un arrêt en date du 13 décembre 2016 est d'autant plus intéressante qu'elle ne provient pas de la deuxième Chambre civile, mais de la Chambre criminelle.

Dans cette affaire, la Cour d'appel avait retenu que la déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'auteur du chef de harcèlement moral ne suffisait pas à établir que l'accident du travail dont la salariée avait été victime était dû à une « faute intentionnelle » au sens de l'article précité, une telle faute supposant un acte volontaire accompli avec l'intention de causer une altération de sa santé. Il est vrai que l'article 222-33-2 du Code pénal n'évoque cet élément qu'à titre d'éventualité.

Dès lors, même s'il est certain que les agissements répétés, imputés à l'auteur ont été accomplis de manière volontaire et que ce dernier a parfaitement eu conscience de leurs effets sur les conditions de travail de l'intéressée, il n'est pas établi, au regard du contexte professionnel particulier dans lequel les faits se sont déroulés et du statut de cadre intermédiaire du prévenu, que celui-ci ait eu l'intention de porter atteinte à la santé de la salariée.

.....
4 - Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

La Cour de cassation reprend à son compte un tel raisonnement. Selon elle, l'élément intentionnel du délit de harcèlement moral dans le cadre du travail ne se confond pas avec la « faute intentionnelle », au sens de l'article L. 452 - 5 du Code de la sécurité sociale, qui suppose que soit établi que l'auteur a voulu le dommage survenu à la victime à la suite de ses agissements (Cass. crim., 13 déc. 2016, n° 15 - 81.853). Elle souligne, là encore, la spécificité des concepts dont use le droit de la sécurité sociale en matière de risques professionnels... nous faisant regretter un peu plus encore leur non intégration dans le CPA.

Philippe Coursier

Gwladys Beauchet

Avocate associée, Cabinet DS Avocats

Yvon Martinet

Avocat associé, ancien Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris, membre du Conseil de l'Ordre, Cabinet DS Avocats

Béatrice Parance

Professeur agrégée de droit à l'Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis, Co-Directrice du Centre de recherche en droit privé et droit de la santé (EA 1581)

Patricia Savin

Avocate associée, Docteur en droit, Cabinet DS Avocats

La prévention des risques liés à l'exposition aux ondes électromagnétiques¹

Dans un récent rapport, l'Agence Nationale des Fréquences (« ANFR » ci-après), organisme indépendant affilié au ministère de l'industrie, affirmait que l'exposition de la population française aux ondes électromagnétiques se situe à des niveaux « très faibles », par rapport aux valeurs limites d'exposition réglementaires². Toutefois, le Centre International de Recherche sur le Cancer (« CIRC », ci-après) a classé comme cancérigènes possibles pour les humains (groupe 2B) les champs électromagnétiques de radiofréquence, y compris ceux de la téléphonie mobile.

Il appartenait ainsi au législateur français de prendre les mesures appropriées afin de garantir le droit de toute personne de « *vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* », principe constitutionnel inscrit à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, constitutionnalisée par la loi n° 2005-2015 du 1^{er} mars 2005.

Le risque d'exposition aux ondes étant particulièrement présent dans le milieu professionnel, on assiste à un renforcement de l'obligation de prévention de l'exposition professionnelle aux ondes électromagnétiques (I) ainsi qu'à un renforcement de l'information et sensibilisation du public face à ce risque (II).

1- Une onde électromagnétique est un transfert d'énergie sous forme d'un champ électrique couplé à un champ magnétique. Les champs électromagnétiques sont des ondes électromagnétiques à basse fréquence et les rayonnements électromagnétiques sont des ondes électromagnétiques à très haute fréquence.

2- Etude de l'exposition du public aux ondes radioélectriques : analyse de 3000 résultats de mesures réalisées entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2014, décembre 2015, Agence Nationale des Fréquences.

I- Le renforcement de l'obligation de prévention des risques liés à l'exposition professionnelle aux ondes électromagnétiques

Dès 1990, faisant suite à une communication de la Commission sur son programme d'action relatif à la mise en œuvre de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée en 1989, le Parlement européen invitait la Commission à élaborer une directive spécifique dans le domaine des risques liés au bruit et aux vibrations ainsi qu'à tout autre agent physique sur le lieu de travail³. La première directive, introduisant des mesures de protection des travailleurs contre les risques liés aux champs électromagnétiques, a été adoptée en 2004⁴. Cette directive n'a jamais été transposée en droit français, notamment du fait des préoccupations exprimées par le corps médical quant aux effets éventuels d'une transposition sur l'utilisation de procédures médicales reposant sur l'imagerie médicale.

De ce fait, la nouvelle directive du 26 juin 2013⁵ prévoit des dérogations pour les secteurs militaires et de l'imagerie médicale. Par cette directive, récemment transposée en droit interne par le décret n° 2016-1074 du 3 août 2016⁶ et l'arrêté du 5 décembre 2016⁷, les institutions européennes ont entendu aller plus loin que la simple conformité des équipements utilisés dans l'entreprise et s'orienter vers un objectif d'abaissement des niveaux d'exposition professionnelle⁸ afin que « *les risques dus aux champs électromagnétiques sur le lieu de travail soient éliminés ou réduits au minimum* »⁹. Dès lors, des mesures préventives doivent être prises dès le stade de la conception des postes de travail en privilégiant des équipements, procédés et méthodes de travail dont le niveau d'exposition aux champs électromagnétiques s'avère faible.

3- Résolution du Parlement européen sur le programme d'action relatif à la mise en œuvre de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, JO C 260 du 15.10.1990, p. 167.

4- Directive 2004/40/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à l'exposition des travailleurs aux risques dus aux agents physiques, JO - L. 159 du 30/04/2004.

5- Directive 2013/35/UE du 26 juin 2013 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à l'exposition des travailleurs aux risques dus aux agents physiques (champs électromagnétiques), abrogeant la directive 2004/40/CE.

6- Décret n°2016-1074 du 3 août 2016 relatif à la protection des travailleurs contre les risques dus aux champs électromagnétiques

7- Arrêté du 5 décembre 2016 relatif aux grandeurs physiques que représentent les valeurs limites d'exposition professionnelle et les valeurs déclenchant l'action décrivant l'exposition à des champs électromagnétiques en milieu de travail

8- Cons. 12, Directive 2013/35/UE du 26 juin 2013 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à l'exposition des travailleurs aux risques dus aux agents physiques, abrogeant la directive 2004/40/CE.

9- Cons. 22, ibid.

Le décret du 3 août 2016, applicable depuis le 1^{er} janvier 2017, impose à tout employeur¹⁰ une obligation de prévention en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques. Ces mesures de prévention doivent couvrir les effets biophysiques directs¹¹ et connus (échauffement des tissus, stimulation des muscles, des nerfs et des organismes sensoriels) et les effets indirects¹² connus et à court terme (interférence avec des dispositifs médicaux électroniques tels que les stimulateurs cardiaques) d'une exposition à des champs électromagnétiques.

Cette nouvelle obligation, codifiée aux articles R4453-1 et suivants du Code du travail, est fondée sur la mise en œuvre des principes généraux de prévention des risques :

Evaluation des risques

L'évaluation des risques s'articule autour de deux notions : les valeurs limites d'exposition (« VLEP»), valeurs limites ne devant pas être dépassées sauf dérogation et les valeurs déclenchant l'action de prévention (« VA ») dont les seuils diffèrent selon qu'il est question d'effets biophysiques directs ou d'effets indirects des champs électromagnétiques.

Ces valeurs doivent être comparées avec la valeur mesurée par l'employeur. Les résultats sont consignés dans le document unique d'évaluation des risques tel que prévu à l'article R. 4121-1 du Code du travail et conservés sous une forme susceptible d'en permettre la consultation à une date ultérieure. Ils doivent par ailleurs être communiqués au médecin du travail et au comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail, ou à défaut, au délégué du personnel.

La méthode d'évaluation est strictement encadrée. De nombreux paramètres doivent être pris en considération¹³ :

- l'origine et les caractéristiques des émissions de champs électromagnétiques présents sur le lieu de travail ;
- les VLEP et les VA ;
- le résultat des évaluations d'expositions réalisées en application de dispositions réglementaires relatives à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques ;
- les informations sur les niveaux d'émission de champs électromagnétiques, fournis par le fabricant d'équipements de travail ou de dispositifs médicaux ;

10 - Le décret vise l'ensemble des entreprises et établissements régis par la quatrième partie du code du travail : à savoir, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les établissements publics administratifs lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé et enfin les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux et les groupements de coopération sanitaire de droit public.

11 - Article R. 4453-1, Code du travail : « 4° Effets biophysiques directs : effets de type thermique ou non thermique sur l'organisme humain directement causés par sa présence dans un champ électromagnétique. Selon le niveau d'exposition et la gamme de fréquence, sont distingués des effets sensoriels et des effets nocifs sur la santé ».

12 - Ibid., « 5° Effets indirects : effets causés par la présence d'un objet dans un champ électromagnétique pouvant entraîner un risque pour la sécurité ou santé ».

13 - Article R4453-8 du Code du travail.

- la fréquence, le niveau, la durée et le type d'exposition, y compris la répartition dans l'organisme du travailleur et dans l'espace de travail ;
- tout effet biophysique direct sur le travailleur ou tout effet indirect pouvant résulter de l'exposition aux champs électromagnétiques ;
- toute incidence sur la santé et la sécurité des travailleurs de moins de 18 ans et des travailleurs à risques particuliers, notamment les femmes enceintes et les travailleurs équipés de dispositifs médicaux implantés ou non, passifs ou actifs ;
- les informations fournies par les professionnels de santé concernant le suivi de l'état de santé des travailleurs pour ce type d'exposition ;
- l'existence d'équipements de travail permettant de réduire le niveau d'exposition aux champs électromagnétiques et susceptibles d'être utilisés en remplacement ;
- l'exposition simultanée à des champs de fréquences multiples.

L'évaluation des risques peut être réalisée à partir des données documentaires. Toutefois, si cette analyse documentaire ne permet pas de conclure à l'absence de risque de dépassement des VA ou des VLEP, l'employeur doit procéder à la mesure, au calcul ou à la simulation numérique des niveaux de champs électromagnétiques auxquels les travailleurs sont susceptibles d'être exposés¹⁴.

Pour la réalisation de cette évaluation, l'employeur s'appuie sur le ou les salariés compétents en matière de prévention des risques professionnels, désignés en application de l'article L 4644-1 du Code du travail¹⁵.

Mise en œuvre de mesures de prévention adaptées

En cas de dépassement des VA, l'employeur doit mettre en œuvre des mesures et des moyens de prévention, afin de réduire les risques identifiés¹⁶. A ce titre, l'employeur doit mettre en œuvre d'autres procédés de travail permettant une exposition moindre, ou bien opter pour des choix d'équipements de travail appropriés émettant des champs électromagnétiques moins intenses, modifier la conception et l'agencement des lieux et postes de travail ou bien encore mettre à disposition des équipements de protection individuelle appropriés¹⁷.

Aucune mesure de prévention ne sera nécessaire si (i) les VA dépassées ne concernent que les effets biophysiques directs, (ii) l'employeur a démontré que les VLEP ne sont pas dépassées et (iii) les risques pour la sécurité peuvent être écartés¹⁸.

14 - Article R4453-7 du Code du travail.

15 - Article R4453-9 du Code du travail.

16 - Article L. 4121-2 du Code du travail.

17 - Article R. 4453-13 du Code du travail.

18 - Article R. 4453-11 du Code du travail

Ces mesures de prévention doivent être particulièrement adaptées pour les travailleurs à risques particuliers. Ainsi, concernant les femmes enceintes, leur exposition doit être maintenue à un niveau aussi faible qu'il est raisonnablement possible d'atteindre en tenant compte des recommandations de bonnes pratiques existantes, et en tout état de cause à un niveau inférieur aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques¹⁹.

Enfin, les lieux où le niveau d'exposition aux ondes électromagnétiques est susceptible de dépasser les VA doivent être identifiés, signalés et leur accès limité si nécessaire.

Lorsqu'en dépit des mesures de prévention mises en œuvre, l'exposition d'un travailleur dépasse les VLEP, l'employeur doit mettre en œuvre les mesures nécessaires à la gestion de l'incident à savoir : mise en œuvre de mesures immédiates afin de réduire l'exposition à un niveau inférieur à ces valeurs limites, détermination des causes du dépassement et adaptation des mesures de protection et de prévention en vue d'éviter tout nouveau dépassement et information du Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que de l'inspection du travail en précisant les circonstances, les causes présumées et les mesures envisagées pour éviter le renouvellement de ce dépassement. Par ailleurs, le salarié exposé devra bénéficier d'un examen complémentaire afin d'assurer son suivi médical²⁰.

Sous certaines conditions²¹, l'employeur peut temporairement dépasser les VLEP relatives aux effets sensoriels. L'employeur doit alors démontrer l'absence d'alternative possible au dépassement des VLEP relatives aux effets sensoriels compte tenu de la pratique du travail et consigner cette justification dans le document unique d'évaluation des risques. L'employeur désigne une personne chargée d'assurer la fonction de conseiller à la prévention des risques liés aux champs électromagnétiques et met en place un dispositif permettant aux travailleurs de signaler l'apparition de tout effet sensoriel.

Pour chaque travailleur concerné par ce dépassement, l'employeur transmet au médecin du travail les informations suivantes, qu'il réactualise en cas de besoin : la nature du travail, les caractéristiques des champs électromagnétiques auxquelles le travailleur est exposé, les niveaux d'exposition, et le cas échéant, les résultats des mesures, du calcul, ou de la simulation numérique des niveaux de champs électromagnétiques et la fréquence des expositions²².

Formation et information des salariés exposés

En cas de risque d'exposition au-delà des VA ou de risques d'effets indirects, l'employeur doit informer et former le

19 - Article R 4152-7-1 du Code du travail
 20 - Article R. 4453-19 du Code du travail
 21 - Article R. 4453-20 et suivants du Code du travail.
 22 - Article R. 4453-26 du Code du travail

salarié exposé en rapport avec les résultats de l'évaluation des risques²³.

L'employeur doit également établir une notice de poste destinée à informer les travailleurs des risques auxquels leur travail peut les exposer et des dispositions prises pour les éviter²⁴. Cette notice de poste rappelle en particulier les règles de sécurité applicables et les consignes relatives aux mesures de protection collective et individuelle.

Le cadre juridique ci-avant exposé s'attache uniquement à la prévention des risques connus et établis scientifiquement. Les risques d'effets à long terme sur la santé humaine en cas de faible exposition régulière, ne sont pas concernés par cette nouvelle obligation de prévention pesant sur les employeurs. Ces risques, non suffisamment étayés en l'état des connaissances scientifiques, demeurent toutefois sous la surveillance des autorités publiques concernant l'exposition du public aux ondes électromagnétiques.

II- Le renforcement de l'information du public sur le risque d'exposition aux ondes électromagnétiques

Les données scientifiques disponibles ne permettent pas de déterminer s'il existe un risque sanitaire avéré lié à une exposition aux ondes électromagnétiques sur le long terme. Ainsi, les institutions européennes recommandent aux États membres d'adopter un principe d'optimisation de la protection du public²⁵.

En application du principe de précaution, inscrit à l'article L.110-1 du Code de l'environnement, « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ».

Ainsi, la nécessaire modération de l'exposition aux ondes électromagnétiques dans un contexte de « *densification du bain d'ondes* »²⁶ constitue un défi sanitaire majeur. En effet, malgré l'inquiétude de la population à l'égard des projets ou d'équipements augmentant leur seuil d'exposition (comme ce fut le cas récemment avec le compteur intelligent Linky), l'appétence pour les nouvelles technologies sans fil et le principe de libre établissement et de fourniture de services de communications électroniques participant de la multiplication de ces appareils et équipements générant des ondes électromagnétiques.

La réglementation relative à la protection du public contre les risques liés à l'exposition aux ondes électromagnétiques

23 - Article R. 4453-17 du Code du travail.
 24 - Article R. 4453-18 du Code du travail
 25 - Résolution 1815(2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative au danger potentiel des champs électromagnétiques et leur effet sur l'environnement.
 26 - Rapport fait sur la proposition de loi relative à la sobriété, à la transparence et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques, par M. ABEILLE (L.), n°1677, 2014.

visé à assurer le respect de l'équilibre entre les enjeux économiques, sociaux et environnementaux et place la sensibilisation et l'information du public au cœur du dispositif de prévention, au détriment, peut-être, d'une approche tenant à limiter les sources d'émission en général.

L'information du public sur les risques liés à l'exposition aux ondes électromagnétiques

En droit français, les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication et installations dont l'utilisation génère des ondes électromagnétiques sont soumis à un principe de conformité aux exigences essentielles²⁷, et leur mise en service est subordonnée au respect des VLE²⁸ fixées par le décret n° 2002-775 du 3 mai 2002²⁹. En outre, le même décret prévoit que lorsque plusieurs équipements ou installations radioélectriques sont à l'origine de champs électromagnétiques en un lieu donné, les titulaires de l'autorisation d'exploiter un réseau et les exploitants, veillent à ce que le niveau d'exposition du public aux champs électromagnétiques émis globalement par l'ensemble des équipements et installations concernés soit inférieur aux VLE fixées dans ledit décret³⁰.

Par la suite, des mesures de protection de la santé du public ont été adoptées avec la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « loi Grenelle 2 ») parmi lesquelles l'obligation pour les opérateurs de téléphonie mobile de vendre les terminaux mobiles avec un accessoire permettant de diminuer l'exposition au niveau de la tête³¹, d'afficher le débit d'absorption spécifique lors de la vente d'un téléphone mobile³², ou encore l'obligation d'un recensement national des points atypiques du territoire caractérisés par des niveaux d'exposition aux ondes sensiblement plus élevés que les niveaux d'exposition moyens observés à l'échelle nationale.

Les seuils fixés dans le décret n° 2002-775 précité ne

.....

27 - Articles L. 34-9, L.34-9-1 et R. 20-1 à 28 du Code des postes et des communications électroniques précisent le régime juridique applicable aux équipements radioélectriques et terminaux de communications électroniques.

28 - Article R. 20-19, Code des postes et des communications électroniques. Les VLE sont variables, selon les bandes de fréquences concernées par les différents usages radioélectriques, et se situent entre 28 et 61 V/m pour les services de téléphonie mobile. S'agissant des équipements terminaux, le débit d'absorption spécifique doit être inférieur à 2 watts par kilogramme sur la face écran sur 10 grammes de tissus.

29 - Décret n°2002-775 du 3 mai 2002 pris en application du 12° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications et relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques émis par les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication ou par les installations radioélectriques.

30 - Article 3, décret n°2002-775 du 3 mai 2002 pris en application du 12° de l'article L. 32 du code des postes et des télécommunications et relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques émis par les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication ou par les installations radioélectriques.

31 - Article L. 34-9, Code des postes et des communications électroniques.

32 - Article 184, Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dites « Grenelle 2 ».

prenant pas en compte les effets physiopathologiques des ondes électromagnétiques, une proposition de loi a été déposée en décembre 2012 à l'Assemblée Nationale par le groupe écologiste³³. Ce dernier proposait notamment de modifier le Code des postes et des communications afin d'y introduire un seuil de précaution basé sur le principe « As Low As Reasonably Achievable » dit « ALARA », principe consacré dans le Code de la santé publique en matière de rayonnements ionisants³⁴, ayant pour conséquence un abaissement des valeurs limites fixées par le décret n° 2002-775 du 3 mai 2002. La proposition de loi visait à adopter une réglementation plus stricte en s'alignant sur certains États étrangers dont les VLE ont été fixées entre 2 et 6 V/m³⁵. Aussi, le groupe écologiste entendait introduire un nouveau chapitre dans le code de l'environnement en vue de « protéger la santé humaine et l'environnement contre les risques qui peuvent résulter de l'exposition aux ondes électromagnétiques » par l'obligation de mettre en place une étude d'impact sanitaire et environnementale préalablement à toute nouvelle application technologique ayant pour conséquence l'émission de rayonnements électromagnétiques³⁶.

Si la loi n° 2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques ne refond pas le cadre de la protection du public contre les risques liés aux ondes électromagnétiques, elle améliore toutefois les conditions de transparence et d'accès du public à l'information. A défaut de consacrer le principe de l'optimisation de la protection, prolongement du principe de précaution et s'inscrivant dans une démarche anticipatrice des risques³⁷, ladite loi prévoit que le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (« ARCEP » ci-après) prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées en vue d'atteindre la « sobriété de l'exposition de la population aux champs électromagnétiques »³⁸. Or à ce jour, la notion de « sobriété » n'a jamais été érigée en principe et sa concrétisation juridique n'est pas aisée à saisir. Il semblerait que la sobriété doit s'entendre comme étant la « recherche d'un équilibre, qui ne doit pas entraver l'essor du numérique mais garantir à chacun le droit de vivre dans un environnement

.....

33 - Proposition de loi relative à l'application du principe de précaution défini par la Charte de l'environnement aux risques résultant des ondes électromagnétiques, n°531, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2012.

34 - Article L. 1333-1, Code de la santé publique.

35 - A titre d'exemple, le seuil maximal est fixé à 6 V/m en Russie, à 3 V/m à Bruxelles et à 2 V/m en Argentine. Cf. Table ronde « radiofréquences, santé, environnement », avril/mai 2009 – Ministère de la santé et des sports. Fiche 03 – Comparaison des réglementations européennes.

36 - Article L. 524-2, Code de l'environnement.

37 - NADAUD (S.), « L'adoption de la loi n°2015-136 du 9 février 2015 relative à l'exposition aux ondes électromagnétiques : premier pas encourageant ou régression décourageante ? », Revue juridique de l'environnement, 2015/3 Volume 40, p. 423.

38 - Article L. 32-1-II 9°, Code des postes et des communications électroniques.

respectueux de la santé »³⁹. Le législateur a entendu mettre en balance l'essor technologique et numérique tout en garantissant une certaine modération de l'exposition des personnes aux ondes électromagnétiques. Toutefois, la loi n'abaisse pas les VLE fixées par le décret n° 2002-775 du 3 mai 2002 et ne prévoit pas de mesures générales de limitation des expositions du public aux ondes électromagnétiques. Seuls les établissements d'accueil des enfants ont fait l'objet d'une interdiction de l'installation d'un équipement terminal fixe équipé d'un accès sans fil dans les espaces dédiés à l'accueil, au repos et aux activités desdits enfants de moins de trois ans⁴⁰.

Renforcement du principe de transparence et de participation du public

La planification, la gestion et le contrôle de l'utilisation du domaine public des fréquences radioélectriques ont été confiés à l'ANFR⁴¹. Dès lors, les décisions d'implantation ne peuvent être prises qu'avec son accord ou celui du Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴². Cet établissement public est aussi chargé de coordonner l'implantation sur le territoire national des stations radioélectriques et de veiller au respect des VLE du public aux champs électromagnétiques⁴³. La loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (dite « loi Grenelle I ») est venue renforcer le contrôle opéré par l'ANFR en créant un véritable dispositif de surveillance et de mesure des ondes électromagnétiques, financé par un fonds public indépendant lui-même alimenté par la contribution des opérateurs de réseaux émettant des ondes électromagnétiques⁴⁴. Ce dispositif a été conçu de telle sorte que des personnes autres que l'ANFR puissent demander ces mesures des ondes, parmi lesquelles l'État, les collectivités territoriales, l'ANSES, les agences régionales de santé, ainsi que les associations agréées de protection de l'environnement, et les associations agréées en application de l'article L.1114-1 du Code de la santé publique⁴⁵. Ainsi, toute personne qui le souhaite peut demander gratuitement une mesure de l'exposition aux ondes, soit dans ses locaux d'habitation, soit dans des lieux accessibles au public, via un formulaire, et sous réserve que ce formulaire soit signé par l'un des organismes habilités précités⁴⁶.

Plus récemment, la loi n° 2015-136 du 9 février 2015 précitée est venue compléter le dispositif en consacrant le principe d'information et de participation du public dans la prévention des risques liés aux ondes électromagnétiques, par le biais de l'adoption d'une série de mesures. Consacrés à l'article 7 – de la loi constitutionnelle n° 2005-205 relative à la Charte de l'environnement, ces principes impliquent que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites fixées par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Elle modifie l'article L. 34-9-1 du Code des postes et des communications électroniques qui dispose dorénavant que toute personne qui souhaite exploiter ou modifier de façon substantielle une ou plusieurs installations radioélectriques soumises à accord ou avis de l'ANFR, informe par écrit le maire ou le président de l'EPCI et lui transmet un dossier d'information. Ainsi, l'objectif visé par ladite loi est d'associer davantage les élus locaux en amont de la prise de décision, et de garantir les principes d'une concertation locale aboutie. A ce titre, le maire et le président de l'EPCI mettent à disposition de la population les informations portant sur la simulation de l'exposition aux champs électromagnétiques générés par l'installation. Le public ne peut en revanche formuler des observations⁴⁷ que si le maire ou le président de l'EPCI l'envisage⁴⁸. Si le représentant de l'État dans le département, ou à défaut le maire ou le président de l'EPCI estime qu'une médiation est requise, alors les observations formulées seront transmises aux membres de l'instance de concertation. Cependant, si le maire ou le président de l'EPCI n'envisagent pas de permettre aux habitants de formuler des observations, ces derniers ne seront pas en capacité de participer au projet. Dès lors, la participation du public est soumise à condition, alors même que tout projet d'installation ou de modification substantielle d'une installation radioélectrique est susceptible de comporter des risques pour la santé humaine et pour l'environnement. A défaut d'avoir véritablement amélioré le cadre de la participation du public en matière de gestion des risques liés à l'exposition aux champs électromagnétiques, ladite loi n° 2015-136 du 9 février 2015 semble avoir renforcé la transparence et l'accès du public à l'information.

Ainsi, de nombreuses mesures sont venues faciliter la mise à disposition des données portant sur l'exposition de la population aux champs électromagnétiques. Parmi les mesures adoptées figure, à l'article 4 de la loi n° 2015-1136 du 9 février 2015, l'obligation pour les fabricants de tout équipement terminal radioélectrique proposé à la vente de fournir une notice d'utilisation comportant une information claire sur les indications pratiques permettant d'activer ou de désactiver l'accès sans fil à internet, l'obligation d'informer les

39 - Rapport fait sur la proposition de loi relative à la sobriété, à la transparence et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques, par M. ABEILLE (L.), n°1677, 2014.

40 - Article 7, loi n°2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques.

41 - Article 14, loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications.

42 - Article L. 43-I, Code des postes et des communications électroniques.

43 - Article L. 43-1, Code des postes et des communications électroniques.

44 - Article 42, loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement

45 - Article 2, décret n°2013-1162 du 14 décembre 2013 relatif au dispositif de surveillance et de mesures des ondes électromagnétiques.

46 - Cerfa n°15003*01, Demande de mesure d'exposition aux champs électromagnétiques.

47 - Article L. 34-9-1, II. D, Code des postes et des communications électroniques.

48 - Article R. 20-13-1, III, CPCE, crée par le décret n°2016-1211 du 9 septembre 2016 relatif à l'information locale en matière d'exposition du public aux champs électromagnétiques et au comité national de dialogue de l'Agence nationale des fréquences.

occupants d'un local au sein duquel un équipement émetteur de champs électromagnétiques d'un niveau supérieur à un seuil fixé par décret est installé concernant l'existence de ce rayonnement et les recommandations d'usage permettant de minimiser l'exposition. Il est encore prévu l'obligation faite aux établissements proposant au public un accès wifi de le mentionner clairement au moyen d'un pictogramme.

En outre, s'agissant des terminaux mobiles, la loi prévoit que dans un délai à compter de la promulgation de la loi, une politique de sensibilisation et d'information concernant l'usage responsable et raisonné des terminaux mobiles ainsi que les précautions d'utilisation des appareils utilisant des radiofréquences doit être mise en place⁴⁹. L'article L.5232-1-1 du Code de la santé publique prévoit que « *toute publicité, quelque soit son moyen ou son support, ayant pour but la promotion de l'usage d'un téléphone mobile pour des communications vocales mentionne de manière claire, visible et lisible l'usage recommandé d'un dispositif permettant de limiter l'exposition de la tête aux émissions radioélectriques émises par l'équipement* ». Enfin, et sur les autres équipements utilisés dans les réseaux de communications électroniques et les installations radioélectriques, le législateur a imposé à l'ANFR plusieurs mesures d'information, notamment à destination des communes françaises. En effet et parmi lesdites mesures, figure la mise à disposition d'une carte à l'échelle locale communale, recensant les antennes relais existantes dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi⁵⁰. Est également prévu le recensement national des points atypiques de façon annuelle, ces points étant définis comme les lieux où le niveau de l'exposition aux champs électromagnétiques dépasse substantiellement celui généralement observé à l'échelle nationale, devant faire l'objet d'un rapport périodique sur les modalités de leur traitement et de leur suivi⁵¹. Pour les points atypiques identifiés, l'ANFR doit par ailleurs informer les administrations et les autorités affectataires.

En somme, l'approche privilégiée par le législateur en matière de prévention des risques liés aux ondes électromagnétiques consiste en un renforcement des mesures destinées à éviter la réalisation des risques connus par un renforcement de la protection des salariés et de l'information du public.

Conclusion

Le cadre juridique de prévention des risques d'exposition aux ondes électromagnétiques s'articule autour de deux responsables : d'une part, l'employeur pour les expositions professionnelles dont l'obligation de prévention a été renforcée depuis le 1^{er} janvier 2017 et d'autre part le public,

dont l'information a été accrue en vue de le responsabiliser sur l'utilisation des équipements générant des ondes électromagnétiques.

Gwladys Beauchet et Yvon Martinet

49 - Article 6, Loi n°2015-136 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques.

50 - Article L. 34-9-1-II°, Code des postes et des communications électroniques.

51 - Article L.34-9-1-II, G, Code des postes et des communications électroniques.

Fernando Aith

Professeur de Droit de la Santé à l'Université de São Paulo, Brésil, Co-directeur scientifique du Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo, Brésil (Cepedisa/ USP).

Maria Gabriela Araújo Diniz

Coordinatrice du Cours de Spécialisation en Droit Sanitaire de l'École de Santé Publique de l'État de Minas Gerais, Brésil. Docteur en Droits de l'Homme par l'Université de São Paulo, Brésil.

La participation des acteurs non étatiques aux délibérations de l'organisation mondiale de la santé : un regard sur le nouveau cadre réglementaire établi par la résolution OMS/WHA/69.10

I - Introduction

L'évolution du droit international de la santé a débuté avec la mise en place d'un "droit international de l'hygiène"¹, des normes bilatérales de quarantaine qui existent depuis le XIV^e siècle. Cette branche du droit n'a été affirmée, pourtant, qu'après la première guerre mondiale², et elle a fini par être, ultérieurement, consacré comme un droit social international qui compose la liste des droits de l'homme³.

Les normes de protection de la santé traitent des questions notamment sensibles qui touchent la vie et la dignité humaine et dont l'élaboration doit accorder priorité à la réception des préférences de la population par le moyen de procédures participatives de décision⁴. Dans ce sens, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), forum privilégié de la production normative du droit international de la santé,

1 - Michel Bélanger. *Éléments de doctrine en droit international de la Santé: Écrits 1981-2011*. Bordeaux: Les Études Hospitalières, 2012, 47.

2 - Guido F. S. Soares. "O direito internacional sanitário e seus temas: apresentação de sua incômoda vizinhança". *Revista de Direito Sanitário* 1 (1) (2000): 49-87.

3 - Bélanger, *Éléments*.

4 - Fernando Aith. *Direito à saúde e democracia sanitária: soberania popular e participação nas decisões estatais de saúde*. Tese de Livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015. Mimeografiado.

doit favoriser cette participation démocratique.

L'OMS a été créée en 1948 comme l'agence spécialisée des Nations Unies pour la santé, avec la compétence de diriger et coordonner les travaux de la santé internationale⁵. Son mandat constitutionnel permet à l'organisation d'agir verticalement, surtout dans le combat des maladies infectieuses, mais aussi dans le domaine de la promotion de la santé et de la médecine sociale⁶.

L'organisation est dotée d'un pouvoir normatif qui la fait se distinguer parmi les organisations internationales⁷ et selon lequel elle a la compétence pour produire trois types des normes : des conventions (article 19 de la Constitution de l'OMS), des règlements (article 21) et des recommandations (article 23)⁸. Cette production normative est formellement démocratique en ce qui concerne la participation des États membres, parce que l'Assemblée Mondiale de la Santé leur accorde l'égalité de représentativité et de vote⁹. Mais, la situation est différente pour les représentants de la société civile internationale à qui est permise une participation restreinte et, de toute façon, sans droit de vote¹⁰.

Ainsi, l'interaction de l'OMS avec les acteurs non étatiques (organisations non gouvernementales, fondations philanthropiques, entités du secteur privé et établissements universitaires) est indispensable pour promouvoir la démocratie sanitaire dans ses processus de décision et pour consacrer l'organisation comme directrice des travaux de la santé internationale.

II - La réforme du régime de participation de la société civile internationale dans l'OMS et l'approbation de la Résolution WHA69.10

Jusqu'en mai 2016, le régime de participation de la société civile internationale dans les délibérations de l'OMS reposait, principalement, sur le document « Principes gouvernant les relations entre l'Organisation Mondiale de la Santé et

5 - Steve J. Hoffman and John-Arne Røttingen. "Split WHO in two: strengthening political decision-making and securing independent scientific advice". *Public Health* 128 (2) (2013):188-94.

6 - Kelley Lee. *The World Health Organization (WHO)*. New York: Routledge, 2009.

7 - Organización Mundial de la Salud. *Documentos básicos*. 47. ed. Geneva: WHO. 2009; Bélanger, *Droit international de la Santé*; Lawrence O. Gostin. *Global Health Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

8 - Organización Mundial de la Salud, *Documentos*.

9 - Bélanger, *Droit international de la Santé*; Lee, *World Health Organization*; R. van Pas and L.G. Van Schaik. "Democratizing the World Health Organization". *Public Health* 128 (2) (2013):195-201.

10 - Pas and Schaik, *Democratizing*; Janet E. Lord, David Suozzi and Allyn L. Taylor. "Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance". *Journal of law, medicine & ethics* (2010):564-79.

les organisations non gouvernementales »¹¹. Ce régime a établi des limites et des difficultés pour la participation des acteurs non étatiques, parmi lesquelles la centralisation de la participation dans les États membres, l'absence de représentativité de la société civile internationale et l'inexistence d'un règlement pour les relations avec les acteurs qui la représentent¹².

Conformément à ce régime, la relation de l'OMS avec la société civile internationale était centralisée dans les ONG et pourrait arriver par des relations officielles ou des relations de travail, dont seulement les premières conféraient l'accès – sans droit de vote – aux sessions de l'Assemblée Mondiale de la Santé et du Conseil Exécutif. Pour leur part, les ONG en relations de travail avec l'OMS avaient une participation limitée aux réunions techniques de l'organisation¹³.

Les relations officielles conféraient, aussi, le droit de nommer un représentant pour participer sans droit de vote aux réunions et le droit de soumettre des notes au Directeur Général de l'OMS, qui, pour sa part, pourrait décider de les mettre à disposition des autres participants des événements¹⁴. C'est important de souligner que de telles participations, lesquelles pourraient arriver en forme d'exposition d'opinions ou d'explications¹⁵, étaient basées sur des discours soumis préalablement ; cela veut dire qu'elles ne permettaient pas véritablement la participation dans les débats¹⁶.

En ce sens, il est possible de mettre en doute l'effectivité de ce droit de participation au niveau de l'OMS dans le cadre réglementaire antérieur, surtout si on prend comme référence la leçon de Nicolas Leroux pour qui la participation signifie :

[...] accueillir l'organisation non gouvernementale afin qu'elle s'exprime dans le cadre du débat public et qu'elle participe ainsi au dialogue qui précède et qui suit la formulation de la norme internationale. Il ne s'agit plus seulement, pour les institutions publiques, de laisser faire les organisations non gouvernementales, mais bien de les recevoir dans les processus de décision internationaux et de leur permettre de faire entendre leur voix¹⁷.

Ainsi, en considérant que les participations d'un

représentant étaient réduites à des discours formatés ou à des simples explications¹⁸, sans la possibilité d'exposition des leurs arguments et des réactions à ceux présentés par les autres participants, les occasions de réelle participation des ONG dans la production normative de l'OMS étaient restreintes¹⁹. Désormais, l'OMS, dans son opération générale, était peu perméable à ces institutions.

Il se détache, cependant, un épisode dans lequel l'OMS a rendu plus facile l'interlocution avec les acteurs non étatiques et qui est arrivé pendant les négociations de la Convention-cadre de la lutte antitabac. À cette occasion, l'OMS, en plus d'inaugurer son pouvoir constitutionnel d'accorder des traités internationaux, a innové avec la création d'espaces formels pour la participation de la société civile internationale²⁰.

Mis à part cet épisode, les interactions étaient très précaires pour les ONG avec l'OMS, avec une jouissance réduite des droits de participation et de manifestation dans les réunions des organes de gouvernement²¹.

Ce diagnostic, allié à l'intention de faire de l'OMS, la protagoniste de la santé internationale, a contribué à insérer la révision de la collaboration avec les acteurs non étatiques comme une des composantes de la réforme de l'organisation, engagée en 2011²².

La première proposition sur ce sujet suggérait la création d'un Forum Mondial de la Santé dans lequel se réuniraient les États membres, la société civile internationale, la communauté universitaire et le secteur privé pour discuter les priorités de la santé globale²³. Néanmoins, cette proposition a été rejetée par les États membres, qui se refusaient de partager leur pouvoir avec les acteurs non étatiques, et aussi par la société civile internationale qui était alarmée par la possibilité d'exercice abusif d'influence par le secteur privé à but lucratif²⁴.

À cet égard, la réforme a poursuivi plusieurs objectifs : (1) mise à jour d'un régime de collaboration avec les ONG, dont la dernière révision datait de 1987, et (2) élaboration des principes généraux pour guider les relations avec les ONG, le secteur privé, les universités et les institutions

11 - Organización Mundial de la Salud, *Documentos*.

12 - Gostin, *Global Health Law*; K. Lee and T. PANG. "WHO: retirement or reinvention?". *Public Health* 128 (2) (2013): 119-23.

13 - Organización Mundial de la Salud, *Documentos*.

14 - *Idem*.

15 - *Idem*.

16 - World Health Organization. *A study of WHO's Official Relations system with Nongovernmental Organizations prepared by Christophe Lanord*. CSI Review Series: CSI/2002/WP4. Geneva: WHO, 2002; Beate Kohler-Koch. Civil Society Participation: more democracy or pluralization of the European lobby? In *De-mystification of participatory democracy: EU governance and civil society*. ed. Beate Kohler-koch et al. Oxford: Oxford University Press, 2013, 173-91.

17 - Leroux, *Condition*, 243.

18 - Organización Mundial de la Salud, *Documentos*.

19 - Leroux, *Condition*.

20 - Jeff Collin, Kelley Lee and Karen Bissel. "The framework convention on tobacco control: the politics of global health governance". *Third World Quarterly* 23 (2)(2002): 265-82; Jeremy Youde. *Global Health Governance*. Cambridge: Polity Press, 2012; Heather Wipfli. *The global war on tobacco: mapping the world's first public health treaty*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2015.

21 - World Health Organization. *Study*.

22 - World Health Organization. *A64/4. The future of financing for WHO. World Health Organization: reforms for a healthy future*. Report by the Director-General. World Health Assembly 64th session, 5 May 2011. Geneva: WHO, 2011, 14.

23 - World Health Organization. *Governance of WHO: Concept paper*. Geneva: WHO, 2011; Missoni, Eduardo. "WHO Reform: threats and opportunities - A Healthier Political Functioning". *Bulletin de Medicus Mundi Suisse* 122 (2011): 1-9.

24 - Missoni, WHO Reform.

philanthropiques²⁵.

Après des consultations accomplies avec les ONG, compte tenu de l'hétérogénéité d'institutions – et d'intérêts – qui lient des relations avec l'OMS et du besoin d'harmonisation des règles applicables à ces institutions, l'expression "acteurs non étatiques" a été adoptée pour les désigner²⁶. Trois projets de cadre de collaboration avec les acteurs non étatiques ont été soumis à l'Assemblée Mondiale de la Santé (AMS), culminant avec l'approbation d'un d'entre eux dans la 69^{ème} AMS. La Résolution WHA69.10, du 28 mai 2016, a adopté le document Cadre de collaboration avec les acteurs non étatiques (*Framework of engagement with non-State actors*), qui permet ainsi d'encadrer les formes de collaboration de ces acteurs avec l'OMS²⁷.

Ce document s'organise en une première partie qui contient les règles applicables à tous les acteurs non étatiques et d'autres parties qui contiennent des politiques spécifiques pour chacun des acteurs considérés : ONG, fondations philanthropiques, secteur privé et institutions universitaires.

En ce qui concerne les activités de participation, elles sont prévues de manière générale aux articles 15 et 16, aussi bien que dans les politiques spécifiques. Les règles générales permettent la participation des acteurs non étatiques dans les rencontres organisées par l'OMS et la forme de cette participation dépendra du type d'événement visé. Ainsi, les acteurs non étatiques peuvent assister à différents types de réunions organisées par l'OMS, mais la nature de leur participation dépend du type de réunion. La participation des acteurs non étatiques aux consultations, auditions et autres réunions ainsi que la forme et les modalités de cette participation sont décidées au cas par cas par les organes directeurs de l'OMS ou par le Secrétariat.

Selon l'article 15 de la Résolution WHA69.10, d'un côté, quand il s'agit de la participation dans les séances des sessions de l'Assemblée mondiale de la Santé, du Conseil exécutif et des six comités régionaux, la participation des acteurs non étatiques est déterminée par le règlement intérieur, les politiques et les pratiques de l'organe directeur concerné ainsi que par la section du présent cadre relative aux relations officielles. De l'autre côté, quand il s'agit de la participation dans les séances des consultations, des

audiences et/ou d'autres types de rencontres officiels de l'OMS, le format de la participation sera décidé au cas par cas par les organes directeurs de l'OMS ou par le Secrétariat. Dans tous les cas de participation, les contributions reçues d'acteurs non étatiques doivent être rendues publiques, dans la mesure du possible.

Le nouveau cadre réglementaire répète, dans une certaine mesure, les règles jusque-là effectives de participation: un représentant sans droit de vote, dont la participation au cours de la réunion dépend de l'assentiment du président de la séance. Il faut souligner, pourtant, que la nécessité d'une soumission préalable des discours a été supprimée.

La participation des acteurs non étatiques n'est toutefois pas permise dans tous les événements, elle est limitée aux sujets auxquels les acteurs ont des intérêts particuliers et pour lesquels ils peuvent contribuer²⁸. Une autre limite, exprimée dans toutes les politiques spécifiques, tient au fait que les acteurs non étatiques « ne participent à aucun processus de prise de décision de l'organisation »²⁹.

III - Est-ce que le nouveau Cadre de collaboration avec les acteurs non étatiques permettra de promouvoir la participation de la société civile internationale dans les délibérations de l'OMS ?

Nous avons vu que le nouveau cadre offre certaines extensions à la participation, parmi lesquelles nous soulignons en particulier l'ouverture d'espaces pour des acteurs autres que les ONG et le retrait de l'obligation de soumission préalable des discours. Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il y aura un élargissement de la participation démocratique dans la production normative, parce que les propositions n'ont pas été adoptées avec l'objectif d'inclusion des acteurs non étatiques dans les débats pour la construction de consensus. Ce qui est certain, c'est que les discours devront intervenir dans un temps limité, comme cela se passait déjà avec les ONG avec relations officielles³⁰, et l'unique possibilité de réponse à un argument dépend du président de la séance et ne permet pas de réaction directe de l'acteur.

De la sorte, il serait peu probable que les autres participants soient persuadés par un discours bref et dans lequel il n'y a aucun échange d'arguments possible. Une autre observation s'impose : si la logique actuelle est reprise, les acteurs non étatiques seraient alors autorisés à se manifester à la fin des séances, quand « les États membres ont déjà achevé leurs discussions et débats »³¹. Si les opinions sont déjà formées, il n'y a pas de possibilité de se faire une

25 - World Health Organization. *EB130/5 Add.4: WHO reform. Governance: Promoting engagement with other stakeholders and involvement with and oversight of partnerships*. Report by the Secretariat. Executive Board 130th session, 27 December 2011, Geneva: WHO.

26 - Le besoin d'établissement de règles de relations pour les organisations non gouvernementales et les institutions philanthropiques aussi que pour les acteurs qui possèdent des intérêts commerciaux a provoqué l'inclusion de l'expression "acteurs non étatiques", qui a l'intention d'inclure toutes les institutions qui ne s'identifient pas avec les institutions étatiques et qui s'occupent de la santé globale. Cf. World Health Organization. 2013. *EB133/16: WHO governance reform - Report by the Secretariat*. Executive Board 133rd Session, 17 May 2013. Geneva: WHO.

27 - Cf. World Health Organization. *WHA69.10: Framework of engagement with non-State actors*. World Health Assembly 69th session, 29 May 2016. Geneva: WHO, 2016.

28 - World Health Organization, *WHA69.10*.

29 - World Health Organization, *Op. Cit.*, 20.

30 - World Health Organization, *Study*.

31 - PriceWaterhouseCoopers. *WHO Reform: Stage 2 Evaluation - Final Report*. 18 November 2013. Geneva: PricewaterhouseCoopers, 2013, 53.

idée à partir du dialogue avec les participants³². Autrement dit, il n'y a pas non plus de processus démocratique avec des droits de contestation et de participation pour tous les acteurs impliqués³³, et il n'y a pas de reconnaissance des intérêts et des avis de ces acteurs dans la formation de la volonté politique qui serait à l'origine aux normes³⁴.

À cet égard, seulement les consultations, prévues à l'article 15(b)³⁵, ouvrent un espace pour la participation démocratique des acteurs non étatiques, car son objectif c'est de promouvoir l'interaction avec l'échange d'opinions et d'expériences entre les participants. Cette possibilité signifie l'ouverture à l'écoute des intérêts des acteurs non étatiques, ce qui peut être à l'origine du même type de contribution positive obtenue au cours des discussions de la Convention-cadre pour la lutte antitabac quand, bien qu'exclues des négociations formelles, les ONG ont réussi à influencer le résultat final des délibérations³⁶.

Malgré cette ouverture, le document approuvé et tout le processus qui a conduit à son approbation montrent qu'il n'y avait pas d'intérêt pour l'incorporation des acteurs non étatiques dans les procédures formelles de l'OMS³⁷. En outre, les acteurs non étatiques, pour ne pas avoir le droit de vote, étaient exclus expressément des décisions sur l'élaboration normative, puisque l'approbation des sujets importants dépend du vote, selon l'article 19 de la Constitution et l'article 60 du Règlement intérieur de l'Assemblée Mondiale de la Santé³⁸.

En plus, le caractère intergouvernemental du processus de décision de l'Organisation Mondiale de la Santé a été érigé comme un des paramètres qui ne pouvaient pas être modifié par la réforme³⁹. Par conséquent, les règles approuvées excluent clairement la participation des acteurs non étatiques dans les processus de décision de l'OMS, et, dans ce sens, il ne sera pas possible que ces acteurs participent de l'élaboration des normes qui leur seront appliquées⁴⁰.

Nous considérons que, parmi les propositions présentées au cours de la réforme de l'OMS, l'idée de création du Forum Mondial de la Santé était celle qui s'approchait le plus de la création des procédés démocratiques de formation de volonté avec la participation de la société civile

internationale⁴¹. Le Forum Mondial de la Santé constituerait un espace public pour les interactions communicatives qui seraient à l'origine à la volonté politique⁴², en permettant que les participants expriment leurs intérêts, réagissent aux intérêts des autres et, par ce débat, formulent une volonté acceptée par tous. Cette volonté serait, donc, transmise aux États membres qui, à leur tour, prendraient les décisions, préservant ainsi le caractère intergouvernemental des processus de décision de l'OMS.

Dans la mesure où cette suggestion a été rejetée et à sa place sont restées les règles de collaboration avec les acteurs non étatiques, la capacité de la société civile internationale d'influencer plus fortement la production normative de l'OMS, apparemment, continuera dans le cadre informel et en dehors des réunions des organes de gouvernement, comme pendant les négociations de la Convention-cadre de la lutte antitabac⁴³.

Le régime antérieur, parce qu'il a prévu que la possibilité des relations officielles et des relations de travail, exigeait des ONG l'accomplissement des exigences bureaucratiques pour participer des réunions de l'OMS. Dans le nouveau régime, la différenciation entre les règles de collaboration et les règles de relations officielles servira à promouvoir la participation des acteurs non étatiques qui autrement ne seraient pas intéressés dans l'établissement de relations officielles.

Dans le nouveau cadre, à côté des espaces informels et historiques de participation, les nouvelles possibilités de participation formelles créées par la Résolution WHA/69.10 ouvrent quelques espaces institutionnels de participation démocratique de la société civile internationale au cours des processus de production normative de l'OMS.

Ainsi, malgré les limitations déjà mentionnées, il est exact de constater que le nouveau cadre de collaboration analysé crée des nouvelles instances dans lesquelles la société civile internationale peut se manifester et exercer son pouvoir d'influence.

Fernando Aith et Maria Gabriela Araújo Diniz

Remerciements

Les auteurs remercient la Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) et son Programa de Capacitação de Recursos Humanos (PCRH pour l'octroi des bourses de Doctorat et de Stage Doctoral à l'Étranger qui ont permis le développement des études pour la production de cet article.

41 - World Health Organization. *Governance of WHO: Concept paper*. Geneva: WHO, 2011.

42 - Habermas, *Três modelos*.

43 - Youde, *Global Health Governance; Wipfli, Global war*.

32 - Jürgen Habermas. "Três modelos normativos de democracia". *Lua Nova* 36 (1995): 39-54.

33 - Robert A. Dahl. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

34 - Robert A. Dahl. *Polarquia: participação e oposição*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

35 - World Health Organization, WHA69.10, 8.

36 - Youde, *Global Health Governance; Wipfli, Global war*.

37 - Youde, *Op. Cit.*

38 - Organización Mundial de la Salud, *Documentos*.

39 - World Health Organization. *Background document to support discussion of WHO's engagement with non-State actors*. Informal consultation with Member States on WHO's engagement with non-State actors, 20 March 2014. Geneva: WHO, 2014.

40 - Jürgen Habermas. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

Election, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés

David Noguéro

Professeur à l'Université de Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Résumé : Sous l'influence de sources internationales, spécialement de la convention relative aux personnes handicapées, tant le Défenseur des droits que la Commission nationale consultative des droits de l'homme se prononcent, au nom du respect des droits fondamentaux et du principe de la non-discrimination, pour la suppression du pouvoir du juge des tutelles afin d'apprécier le droit au vote du majeur sous tutelle. Une approche différente permet de concevoir qu'indépendamment de la conscience citoyenne, la lucidité importe pour l'autonomie des personnes vulnérables sous protection juridique.

Selon l'article L. 2 du code électoral français : « Sont électeurs les Françaises et Français âgés de dix-huit ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi ». La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) de 2006, ratifiée par la France en 2010, poursuit un louable objectif d'élimination des discriminations fondées sur le handicap, au nom du principe d'égalité, avec le but du respect des droits fondamentaux et de la dignité. Les personnes handicapées sont définies largement, en son article 1^{er}, comme étant celles qui présentent « des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables » ayant des répercussions pouvant « faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société ». Le Comité des droits institué a eu une interprétation amplifiante de l'article 12, pour rejeter un système comme la tutelle, de représentation, c'est-à-dire de décision substitutive et non celui promu de décision accompagnée¹. Dans le prolongement, avec son rapport de septembre 2016 sur la *Protection juridique des majeurs vulnérables*, le Défenseur des droits - mécanisme indépendant chargé du suivi de l'application de la CIDPH - insiste sur la nécessité de mettre notre droit en harmonie

avec ces exigences internationales².

Pour le droit de vote, il faut se reporter à la troisième partie du rapport « *Les droits fondamentaux des majeurs protégés insuffisamment reconnus* ». Le ton est donné, d'emblée, véritable écho de la voix de son maître. « Le déni de capacité juridique aux personnes placées sous un régime de protection a pour conséquence, dans de nombreux pays, de les priver de leurs droits fondamentaux ». Malgré des progrès réalisés, « la France n'échappe pas à ce constat ». Diantre ! l'article 415, alinéa 2, du code civil énonce pourtant que « cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne ». En s'appuyant sur l'article 29 de la CIDPH³, le Défenseur des droits recommande « la mise en conformité de l'article L. 5 du code électoral avec les stipulations de la CIDPH et propose qu'une réflexion soit engagée sans délai sur les modalités de l'exercice accompagné du droit de vote »⁴. Au préalable, après un bref rappel de notre droit national, il n'a pas manqué d'affirmer péremptoirement que « le droit, accordé au juge par la loi, de priver la personne placée sous tutelle de la possibilité de voter, y compris par l'intermédiaire d'un tiers librement choisi, est discriminatoire et contraire à la CIDPH »⁵.

Dans la foulée, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a émis un avis le 26 janvier 2017, à l'unanimité, sur *le droit de vote des personnes handicapées, Citoyenneté et handicap* « *Le droit de vote est un droit, pas un privilège* », veille de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* qui vise davantage les jeunes, pour leur émancipation, leur citoyenneté et leur participation, mais sans incidence sur le droit de vote. Le titre nous met déjà dans l'ambiance de la nuit du 4 août 1789, pour un autre type d'abolition⁶, à une époque contemporaine où l'abstention des citoyens est devenue un phénomène répétitif de masse avec les annonces successives de taux de participation aux

2 - Une réponse ferme, Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, rapport sept. 2016, pp. 39-40.

3 - En ce sens, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Recomm. CM/Rec (2011) 14*, 16 nov. 2011 sur la participation des personnes handicapées à la vie politique et publique, spéc. art. 3 Non-discrimination dans l'exercice de la capacité juridique.

4 - Rapport, pp. 40-41, 61.

5 - Approbative, en s'appuyant sur l'interprétation (déformante selon nous) du Comité des droits de la CIDPH, *Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH*, p. 8. Déjà proposition de loi relative aux droits civiques des personnes handicapées présentée par Germinal Peiro, 15 févr. 2011.

6 - *Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH*, p. 23 : Troisième partie *Recommandations*, A. *L'abrogation des dispositions du code électoral restreignant le droit de vote des personnes vivant avec un handicap intellectuel ou psychique*.

1 - Notre critique, D. Noguéro, Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, *RSSS* 2016-5, p. 964.

élections. Sans grande surprise, spécialement pour ceux qui ont été auditionnés, et qui ont pu comprendre l'objectif *a priori* recherché, il faut bannir toute entrave au droit de vote des majeurs protégés⁷. Ils sont assurément des personnes, donc égaux, et disposent du droit de vote comme les autres, d'où la première partie intitulée avec emphase « *Droit de vote des personnes vivant avec un handicap intellectuel ou psychique : repenser la démocratie et la citoyenneté* »⁸. Circulez ! Et, sur ce chemin peut-être, demain, pour un meilleur citoyen encore, chacun aura le devoir juridique de voter.

Dans ce concert si universel, nous souhaiterions faire entendre une autre voix, dans son intégrité, pour une autre voie. Il s'agit d'une espèce de droit au chapitre autoproclamé afin d'apporter quelques précisions et observations d'un juriste de langue française à une période où se dessinent des échéances électorales d'importance. On traitera, en premier lieu, du handicap du majeur protégé et du droit au vote (I), et, en second lieu, de la compatibilité du dispositif avec les exigences internationales et de la prospective périlleuse (II).

I. Handicap du majeur protégé et droit au vote

On envisagera, d'une part, la diversité des personnes et leur protection (A) et, d'autre part, les règles françaises sur le vote pour les majeurs protégés (B).

A. La diversité des personnes et leur protection

On ne reviendra pas, ici, sur des notions classiques comme la personnalité juridique ou la distinction entre incapacité de jouissance et celle d'exercice. On soulignera simplement que la réforme du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a distingué la protection patrimoniale de celle de la personne. Pour cette dernière, malgré le régime protecteur en place, il faut s'efforcer de privilégier le consentement de la personne protégée, afin de favoriser son autonomie, dans la mesure du possible, comme l'indique l'article 415, alinéa 3, du code civil, qui n'occulte pas la finalité de l'intérêt de la personne. Dans ce cadre, se donner ses propres lois, de façon indépendante, et suivre ses désirs et volitions, suppose une aptitude, à savoir un minimum de lucidité, serait-ce par intervalles. Il s'agit d'une ampoule basse consommation, mais allumée.

Prendre appui sur une convention qui traite des personnes handicapées - handicap dont les contours exacts de la notion demeurent vagues⁹ -, alors qu'il existe par ailleurs une convention internationale de La Haye de 2000, antérieure, dédiée spécifiquement à la protection internationale des

7 - Des auditions pour réfléchir avant l'avis ou l'avis déjà tout réfléchi suivi d'auditions ?

8 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCNH, p. 7 s., et p. 17 s., 2e partie « *Mieux garantir les modalités d'exercice de la citoyenneté* » dont « *A. Chez les personnes handicapée aussi, la citoyenneté se construit* », puis « *B. L'accessibilité est la condition de la formation des citoyens, non pas l'inverse* », avec des exemples sur le handicap sensoriel, et en 3e partie, p. 23 « *B. Des mesures tendant à faciliter la construction de la citoyenneté chez les personnes vivant avec un handicap intellectuel ou psychique* ».

9 - Pour englober davantage de monde ?

adultes, peut étonner. Sans entrer dans le débat sur le piétinement des plates-bandes, relevons que le souhait d'étendre le champ d'application de la convention que l'on est en charge d'appliquer est un mouvement habituel. Pour autant, strictement, il ne faut pas confondre les personnes handicapées avec celles protégées. Il n'y a aucun automatisme de la corrélation, qui serait discriminatoire¹⁰, même si, en pratique, des superpositions peuvent se manifester. Il en va ainsi car certaines personnes présentant un handicap, peuvent, si d'autres facteurs sont réunis, et qu'une altération des facultés personnelles est constatée médicalement, être placées sous protection juridique. De la même façon, il existe une indépendance réciproque entre le traitement médical d'une personne, serait-il psychiatrique, et son traitement juridique, en vertu des articles L. 3211-5 et L. 3211-8 du code de la santé publique¹¹.

C'est pourquoi il importe de bien faire cette distinction au sein d'une population des personnes protégées marquée par l'hétérogénéité des étiologies et des répercussions. Il n'est nullement question de placer sous un quelconque régime protecteur une personne atteinte d'un handicap sensoriel, pour ce motif¹², par exemple¹³. Et, même le handicap mental n'est en rien une cause de la protection en lui-même. Il n'est pris en considération, comme d'autres causes, et au regard de la situation globale de la personne (familiale, patrimoniale...), dans le respect des principes directeurs de la protection (subsidiarité, nécessité et proportionnalité), que parce qu'il est susceptible d'entraîner une altération ayant une incidence sur son activité juridique¹⁴. En outre, la personne malade ou handicapée, indépendamment de l'existence ou pas d'une mesure de protection du majeur, peut prétendre à certaines prestations ou disposer de certains droits.

Dans une démocratie, où le fronton de la liberté et de l'égalité est bien connu, on retiendra la question des élections pour le majeur protégé assurément citoyen. Au regard de la protection de la personne, on peut se demander si la protection civile entame le statut du citoyen électeur ou éligible, qualités à distinguer : le vote exprimé ou le suffrage récolté. En ce domaine, il faut concilier les exigences, notamment celle de l'intérêt général, avec la protection due aux majeurs dans le respect de leurs droits. « Tout Français jouira des droits civils », en vertu de l'article 8 du code civil. L'article 7 du même code énonce que « L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales ». Il est ainsi renvoyé à des règles spéciales.

10 - Peut-être comme la proposition doctrinale de créer un statut de la vieillesse simplement passé un seuil d'âge, vu comme une limite générale d'entrée dans la vulnérabilité.

11 - Depuis la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 jusqu'à la réforme de 2007, ancien art. 490-2 C. civ..

12 - Ex. Civ. 1^{re}, 30 sept. 2009, n° 09-10.127 ; Dr. fam. 2009, n° 163, obs. I. Maria - Douai, 11 janv. 2013, n° 12/06194.

13 - Autre chose serait une situation de polyhandicap dont une cécité ou une surdité, associée à des troubles cognitifs, une maladie mentale.

14 - Comp. choix du lieu de résidence et refus du remplacement du tuteur pour un homme déficient intellectuel, CEDH, 23 mars 2017, n° 53251/13 A.-M.V. c/ Finlande.

B. Les règles françaises sur le vote pour les majeurs protégés

D'emblée, il convient de souligner que, pour l'heure, le majeur protégé est parfaitement libre de voter, s'il le souhaite, qu'il soit placé sous une mesure judiciaire, ou conventionnelle comme le mandat de protection future, ou qu'il bénéficie de la dernière venue qu'est l'habilitation familiale. En effet, y compris en tutelle, le principe est aujourd'hui celui de la conservation du droit de vote.

Ce droit positif est le fruit d'une évolution pour laquelle l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, au moins indirecte pour notre pays, peut être suggérée. Notre législateur a fait évoluer le fameux article L. 5 du code électoral¹⁵.

Sous le dispositif de protection des majeurs de 1968 bâti par le Doyen Jean Carbonnier, l'interdiction, à interpréter strictement, était ferme : « ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales les majeurs sous tutelle »¹⁶. *Pas de bras, pas de chocolat !*, selon la formule classique immortalisée par le film *Intouchable*. Le majeur sous tutelle est bouté hors de l'isolement¹⁷. En revanche, le curatelaire¹⁸ et le majeur sous sauvegarde de justice peuvent librement voter.

Sous la loi de 1968, malgré l'interdiction explicite, pour accéder à la capacité électorale, il a été débattu d'un tempérament à partir de la possibilité pour le tuteur de la modulation de sa capacité juridique¹⁹. Respectueux des lois ayant leur domaine respectif, les juges de la Cour de cassation n'ont pas voulu les contourner. Ainsi, la Cour de cassation refusait que le majeur en tutelle radié de la liste électorale (femme de vingt-cinq ans) puisse voter par une restitution judiciaire de sa capacité, car malgré sa généralité la disposition « ne permet pas au juge de déroger à la règle de droit public »²⁰. Dont acte.

Face à l'échec de la voie de secours qu'aurait pu constituer la modulation, le législateur a revu sa copie pour, en réalité, contredire dans une certaine mesure la jurisprudence, en deux temps dénotant le mouvement d'ouverture²¹.



15 - M. Lopez, Handicap et citoyenneté : du droit de vote à l'éligibilité des personnes en situation de handicap, RDSS 2013, p. 919.

16 - C. élect., art. L. 5, rédaction L. n° 92-1336 du 16 déc. 1992. Aussi, versions par L. n° 85-98 du 25 janv. 1985 et L. n° 69-419 du 10 mai 1969.

17 - Refus d'inscription sur les listes électorales, Civ. 2^e, 16 mars 1977, n° 77-60.152, Bull. civ. II, n° 76 - Civ. 2^e, 28 mars 1995, n° 95-60.407.

18 - Inscription sur la liste de la curatelaire - la curatelle ne privant pas de droits civiques -, ayant donné mandat pour cela au directeur de la maison de retraite, Civ. 2^e, 28 mars 1995, n° 95-60.181. Rejet du pourvoi défendant la démarche non volontaire, sous pression.

19 - C. civ., anc. art. 501, devenu art. 473, al. 2.

20 - Civ. 1^{er}, 9 nov. 1982, n° 81-15.205, Bull. civ. I, n° 325 ; D. 1983, p. 388, note J. Massip ; Deffrénois 1983, art. 33082, n° 50, p. 783, obs. J. Massip ; RTD civ. 1986, p. 329, obs. J. Rubellin-Devichi - V. encore Civ. 2^e, 7 mai 1981, n° 81-60.715, Bull. civ. II, n° 115 - Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n° 83-60.784, Bull. civ. II, n° 147 - V. cependant TGI Caen j. tutelles, 20 avr. 1979, D. 1981, p. 540, note P. Guiho ; J. not. 1980, art. 55651, n° 21, p. 1008, obs. A. Raison ; Gaz. Pal. 1979, 2, 600.

21 - Admise, bien qu'insuffisante, Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 7. Comp. D. Dutrieux, Les majeurs en tutelle pourront-ils voter aux municipales de 2001 ?, LPA 8 sept. 2000, n° 180, p. 3.

Pour le vote, dans une première étape du renversement total avec la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, l'article L. 5 a été modifié : « les majeurs placés sous tutelle ne peuvent être inscrits sur les listes électorales à moins qu'ils n'aient été autorisés à voter par le juge des tutelles ». L'inscription étant la condition de l'accès au vote, et de son exercice, il est confié au juge le pouvoir d'en décider par dérogation, car le principe reste celui de la perte du droit. Si, strictement, il conviendrait peut-être de distinguer l'inscription sur les listes électorales²², qui peut toujours être maintenue, de l'exercice du vote, qui peut être encadré ou exclu, il demeure que l'inscription, en pratique, permet de déduire aisément pour les membres des bureaux de vote le droit au vote du citoyen, qui justifie de son identité, et inversement. Les deux aspects sont donc assez liés pour un système point trop complexe permettant des vérifications élémentaires.

Pas supplémentaire, la loi du 5 mars 2007 paraît moins restrictive lorsqu'elle inverse le principe - et empêche ainsi un effet automatique -, consacrant le principe de la conservation du droit au vote, qui est actuellement le droit positif depuis le 1^{er} janvier 2009. Il est décidé que « lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée ». À la lettre, deux moments sont précisés pour l'intervention judiciaire permise. En pratique, le juge semble se prononcer plus souvent à l'ouverture, à lire la jurisprudence. Mais il s'agit davantage d'une impression de l'observation sommaire que d'une donnée statistique fiable. Plus largement, s'agissant des mesures pour les majeurs protégés, sur les chiffres, la Cour des comptes a pointé les insuffisances. *A fortiori*, nul ne dispose du nombre précis de tutélaires à qui le juge aurait supprimé le droit de vote²³. Il ne faudrait pas qu'une revendication clamée avec énergie au nom des droits de l'homme se compte, en définitive, presque sur les doigts de l'homme...

Par parenthèse, lorsque le juge décide de maintenir le droit de vote, il le signale sans réellement avoir à s'étendre davantage²⁴ - ce que l'on peut comprendre car c'est la solution prioritaire. Il demeure que le juge des tutelles peut utilement livrer la justification de sa position : le tuteur « garde encore une lucidité suffisante pour voter »²⁵. Il peut se référer à « la capacité d'exercer (ce droit) au vu du certificat médical »²⁶. L'exercice passé du droit de vote peut



22 - Le tuteur est domicilié chez son tuteur, en vertu de l'art. 108-3 C. civ..

23 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 5 : admettant le principe mais faisant une extrapolation à partir des mesures de tutelle en place pour souligner « une urgence particulière pour la légitimité du processus démocratique ».

24 - Ex. Lyon, 1^{er} juin 2011, n° 10/06485.

25 - Rennes, 5 janv. 2016, n° 14/07911.

26 - Rennes, 18 nov. 2014, n° 13/07617 (infirmation sur ce point).

être un indice²⁷, comme l'intérêt porté à la chose publique. À l'inverse, lorsqu'il est décidé de supprimer ce droit, il est logique d'attendre une sérieuse motivation claire de la part du juge. Il en va d'autant plus ainsi lorsque le juge ne suit pas l'avis médical sur cet aspect²⁸, car il faut systématiquement rechercher la trace de capacité naturelle. Par exemple, le tribunal « a en outre à juste titre privé l'intéressé de son droit de vote compte tenu de son absence totale de lucidité sur le plan électoral noté par le docteur » ayant établi le rapport d'expertise²⁹. Les motifs menant à la mesure peuvent implicitement étayer la décision sur le droit de vote³⁰. Est confirmé le jugement de mise sous tutelle, la personne étant hors d'état d'exprimer son consentement lors d'une audition, « sauf à le réformer en ce qu'il a maintenu le droit de vote de l'intéressée, l'évolution de son état psychique ne justifiant plus ce maintien »³¹. Des décisions peuvent néanmoins évoquer le maintien³² comme la suppression³³ du droit de vote, mais celui-ci n'est pas l'objet d'une quelconque discussion ou d'un recours pour son rétablissement³⁴. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas explicitement prononcée sur de telles questions. Le ferait-elle qu'elle devrait constater l'appréciation souveraine des juges du fond afin de décider, pour tel individu, le sort du droit de vote, dans un sens ou dans l'autre. Si, exceptionnellement, la décision d'ouverture du régime ou celle de son renouvellement demeure silencieuse sur le droit de vote, malgré l'invitation légale, le majeur en tutelle conserve sa capacité en ce domaine, ou, si elle lui a été retirée auparavant, la retrouve.

Chacun comprend que le juge peut se prononcer sur le droit de vote après l'éclairage apporté par le certificat médical circonstancié³⁵, d'où l'importance de soigner avec précision sa confection. Bien que son application soit à

.....

27 - Dijon, 6 juin 2012, n° 12/00220 ; AJ fam. 2012, p. 507, obs. Th. Verheyde ; RTD civ. 2013, p. 91, obs. J. Hauser : rétablissement en appel du droit de vote interrompu lors du renouvellement de la mesure, en première instance, en présence d'un intérêt profond pour la politique après l'exercice du droit malgré une tutelle en place !

28 - Sur cette liberté et des pratiques non homogènes, outre le défaut de directives étayées, Avis du 26 janv. 2017 de la CNCNDH, p. 11.

29 - Bastia, 14 mai 2014, n° 14/00062.

30 - Bastia, 12 sept. 2012, n° 11/00215 : pour conclure, « la conservation de son droit de vote n'étant pas d'actualité ».

31 - Montpellier, 1^{er} févr. 2011, n° 10/01172 : motivation sur la nature des troubles et leur suite.

32 - Basse-Terre, 6 oct. 2016, n° 16/00482.

33 - Rennes, 2 oct. 2012, n° 11/08247 - Douai, 5 oct. 2012, n° 12/03293, n° 12/03325 et n° 12/03322 ; Dr. fam. 2012, n° 173, note I. Maria - Douai, 9 nov. 2012, n° 12/05498, n° 12/05532, n° 12/05559 et n° 12/05541 ; Douai, 21 déc. 2012, n° 12/05719 - Douai, 11 janv. 2013, n° 12/06617 - Civ. 1^{re}, 20 nov. 2013, n° 12-27.218, Bull. civ. I, n° 225 ; AJ fam. 2014, p. 56, obs. Th. Verheyde ; RTD civ. 2014, p. 83, obs. J. Hauser ; D. 2014, Pan., p. 2259, spéc. p. 2265, obs. D. Noguéro - Rennes, 7 janv. 2014, n° 13/02675 - Bastia, 22 janv. 2014, n° 13/00862 - Rennes, 24 févr. 2015, n° 14/01223 et n° 13/08906 - Rennes, 2 juin 2015, n° 14/03420 - Rennes, 1^{er} sept. 2015, n° 14/06401 et n° 14/06394 - Rennes, 29 sept. 2015, n° 14/04365 et n° 14/04362 - Rennes, 27 oct. 2015, n° 14/04.935 - Rennes, 10 nov. 2015, n° 14/05109 - Rennes, 8 déc. 2015, n° 14/10125 et n° 14/05240 - Rennes, 5 janv. 2016, n° 15/00249 - Versailles, 2 mars 2016, n° 15/01407.

34 - Admis, Rennes, 16 juin 2015, n° 14/04123 : majeur hémiplégique « quand bien même ce dernier présente une atteinte majeure de ses fonctions physiques et mentales ».

35 - Qui n'est pas exigé pour le mandat de protection future, où rien n'est prévu quant au droit de vote, maintenu donc, sans réserve.

vivifier concrètement pour lutter contre les insuffisances dénoncées³⁶, l'article 1219, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile impose le constat de l'altération des facultés du majeur, avec une description précise, ainsi que « les conséquences de cette altération (...) sur l'exercice de son droit de vote »³⁷.

La mesure des aptitudes du majeur, qui conduit à vérifier sa lucidité minimale, y compris par phases ou intervalles, a son importance. Pour prendre un exemple extrême, imposera-t-on, au nom d'une discrimination à proscrire, son droit de vote à un majeur sous tutelle dans le coma ou en phase très avancée de la maladie d'Alzheimer, même en permettant la procuration ?

De même, les répercussions sur la santé du majeur du libre exercice laissé de ce droit de vote sont à peser, dans son propre intérêt³⁸. Dès lors, on comprend que l'on ne peut se borner à s'arrêter à la proclamation d'un droit à toujours conserver, en estimant que son exercice effectif est à la discrétion de chacun et en occultant des conséquences possibles. La Commission nationale n'envisage pourtant pas ce problème. Au-delà des hautes considérations sur le respect des droits fondamentaux, il peut évidemment y avoir un intérêt thérapeutique à maintenir des droits même symboliquement. D'un point de vue stratégique, ce peut être un bon compromis pour faire passer la mesure de protection qui, pourtant nécessaire, aurait du mal à être acceptée. L'adhésion est à rechercher : protégé, vous demeurez un citoyen à part entière. À l'inverse, il ne faudrait pas négliger l'hypothèse de l'exercice du vote qui nuirait à la santé de l'individu, ressentant une pression - pensons au paranoïaque - ou un stress avec une telle prérogative à exercer de fait. La pathologie peut entraîner la peur de la foule, souvent présente aux heures de pointe dans un bureau de vote. Il faut pouvoir s'adapter à ces profils variés, comme cela est fait pour l'audition de principe, sauf exception³⁹.

Une telle suppression du droit de vote n'est jamais définitive y compris si la tutelle qui peut désormais dépasser la durée quinquennale déterminée de principe, est susceptible, sous certaines conditions, d'être portée à dix ans d'emblée, ou à vingt ans au maximum par renouvellement⁴⁰. En l'état actuel, il faudrait voir si l'occasion d'une modification ou d'une adaptation de la mesure de tutelle serait assimilée ou non à un renouvellement pour ce droit au vote. Pourrait être conseillée une telle interprétation extensive de l'article L. 5 afin de coller au principe de nécessité et à des exigences internationales. Par parenthèse, sur ce point, pouvait être préférée la version pragmatique de la loi sur les handicapés de 2005, permettant une meilleure individualisation de la mesure, sauf à calquer le renouvellement de la mesure

.....

36 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCNDH, p. 10.

37 - Une illustration dans l'annexe pour la justification du maintien, Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 11-28.113 ; Dr. fam. 2013, n° 168, note I. Maria.

38 - Comp. pour l'audition, CPC, art. 1219, al. 2. Comp. pour l'habilitation familiale, CPC, art. 1260-3.

39 - C. civ., art. 432. Pour la sauvegarde de justice, C. civ., art. 433, al. 3. Pour l'habilitation familiale, C. civ., art. 494-4, al. 1^{er}.

40 - C. civ., art. 441 et 442.

sur le calendrier des quinquennats de la Présidence de la République et de l'Assemblée nationale, élections jugées majeures.

Encore faut-il, en pratique, quel que soit le système choisi, réussir à le mettre en œuvre, ce qui est une interrogation non spécifique, plus large s'agissant des majeurs protégés, sur les moyens et le temps disponibles pour les juges.

Il ne faut pas méconnaître la difficulté d'identifier la capacité de fait. Doivent y aider les constatations du technicien livrées au juge judiciaire, traditionnellement gardien des libertés individuelles et souvent protecteur des droits fondamentaux, ou, le cas échéant, une mesure d'instruction diligentée⁴¹. On ne partage pas l'opinion de la Commission nationale qui est capitulation : « *l'impossible évaluation médicale* » et « *l'appréciation judiciaire subjective et solitaire* »⁴². On nous affirme que « concrètement, il est impossible de définir un seuil de déficience intellectuelle en-deçà duquel un citoyen serait « incapable » de voter, comme il est impossible d'établir des critères d'évaluation », ce qui doit conduire à rejeter tout « permis de voter » ou à le généraliser à toute la population. Il « ne peut exister de mode d'évaluation de la capacité électorale qui soit solide ou raisonnable » ; « l'arbitraire prévaut » et « aucun critère et aucun seuil de capacité satisfaisant ne peut être objectivement établi »⁴³. Dans une telle optique, ne serait-ce alors pas tout le droit des majeurs protégés qui devrait s'effondrer ? Par exemple, lorsque le juge autorise le majeur en tutelle à tester seul, acte strictement personnel, il ne vérifie pas le contenu du testament mais, lors d'une audition, que ce projet correspond au souhait de l'intéressé, et que celui-ci est « en capacité d'exprimer clairement sa volonté » quant à ses dispositions testamentaires⁴⁴.

Toutefois, plus sûrement, nous suggérons qu'il serait beaucoup plus adapté de modifier la rédaction du texte. Les parenthèses qui suivent indiquent une version plus longue que celle minimale : « lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée. Saisi en cours de protection (, y compris par le majeur lui-même), le juge statue (, au vu de l'avis d'un médecin,) sur le rétablissement du droit de vote ou la confirmation de sa suppression ». La première précision a le mérite du symbole. Rappelons que le majeur, qui a la faculté de recourir à un avocat, peut saisir le juge en vue de l'ouverture, de la modification ou du renouvellement de la mesure⁴⁵. La référence à un médecin doit permettre de s'évader de ceux figurant sur la liste du procureur de la

République⁴⁶. Le tuteur pourrait faire appel au médecin de son choix - dont la déontologie, *a minima*, suggère de ne pas verser dans la complaisance⁴⁷ - pour se présenter ensuite au juge.

Avec une telle évolution du texte, la pratique ne devrait guère être bouleversée grandement. En effet, les scrutins pour lesquels serait réalisée la vérification intermédiaire de l'aptitude, en vue d'une restitution du droit de vote, qui exceptionnellement n'aurait pas été maintenu, n'ont pas lieu si fréquemment. Il demeure qu'après le mouvement d'ouverture de 2005 puis de 2007, on pouvait penser que nous étions parvenus à un point d'équilibre satisfaisant. Mais, cette voie qui réserve l'appréciation du juge ne paraît pas celle privilégiée par différentes institutions. Après la fin de la saisine d'office par le juge des tutelles, pour l'ouverture des mesures - avec les résultats escomptés de la baisse fantasmée que l'on sait -, ce serait le tour du retrait judiciaire pour les droits fondamentaux.

II. La compatibilité du dispositif avec les exigences internationales et la prospective périlleuse

Face à des textes internationaux, certains peuvent se questionner sur le respect de nos engagements. Cette compatibilité (A) est à vérifier, avant de se lancer tête baissée dans une prospective déraisonnable, selon nous, et risquée (B).

A. La compatibilité

L'article 29 de la CIDPH est intitulé *Participation à la vie politique et à la vie publique*. Il débute ainsi : « Les États Parties garantissent aux personnes handicapées la jouissance des droits politiques et la possibilité de les exercer sur la base de l'égalité avec les autres, et s'engagent : a) À faire en sorte que les personnes handicapées puissent effectivement et pleinement participer à la vie politique et à la vie publique sur la base de l'égalité avec les autres, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis, notamment qu'elles aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues, et pour cela les États Parties, entre autres mesures », qui sont ensuite énumérées⁴⁸.

D'emblée, le fondement de l'égalité, pour éviter les discriminations, est mis en avant, tant pour l'électeur que pour le candidat à une élection. Pour se cantonner à l'exercice du droit de vote, relevons qu'il peut s'effectuer directement ou grâce à un tiers librement choisi - l'adverbe ayant son importance. Cette liberté suppose, selon nous, que le consentement du majeur concerné ne laisse pas de

41 - CPC, art. 1221.

42 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 9 s., et p. 6 pour rejeter « un exercice taxinomique un peu vain » qui consisterait à distinguer suivant les pathologies (*sic*!).

43 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, pp. 16-17.

44 - Civ. 1re, 8 mars 2017, n° 16-10.340, Bull. civ. I ; JCP N 2017, 355 ; LPA 2017, note D. Noguéro, à paraître.

45 - C. civ., art. 430 et 442.

46 - Comp. l'évolution de rédaction de l'art. 426 C. civ. pour la résidence et les meubles.

47 - Que ce soit à l'égard du majeur/patient (pour l'ouverture), ou à l'égard de la famille ou de l'établissement d'accueil, par exemple, qui ferait comprendre fortement qu'il faut s'opposer à l'exercice du droit de vote.

48 - Recomm. CM/Rec (2011) 14, 16 nov. 2011, préc., art. 1 à 6.

place au doute.

Le droit de vote est bien visé sans la moindre référence à un majeur protégé puisqu'est ouvertement concernée la seule personne handicapée. On a préalablement vu qu'il fallait se garder de la confusion d'une assimilation totale et sans nuance. Au-delà, il convient de ne pas confondre l'accès au vote, au sens d'accessibilité, y compris au regard des conditions matérielles, pour la personne handicapée, et son droit au vote. Par sa seule qualité de personne handicapée, un individu n'est en rien privé du droit au vote et les États sont encouragés à en faciliter la mise en œuvre concrète. Cependant, rien n'est explicitement envisagé quant à une personne handicapée qui serait soumise à un régime de protection, sachant qu'en un tel cas ce n'est pas son handicap qui pourrait le priver du droit mais, éventuellement, sa situation de personne protégée, décidée après des garanties procédurales et une décision du juge, autorité judiciaire par principe gardienne de la liberté individuelle, devant en assurer le respect (partant, des libertés individuelles), selon notre Constitution de 1958⁴⁹.

La suite de la rédaction de l'article montre qu'il faut aménager matériellement la possibilité de voter pour ceux qui peuvent avoir des difficultés avec les modalités classiques⁵⁰. Ainsi, sont données des illustrations car « les États Parties, entre autres mesures : i) Veillent à ce que les procédures, équipements et matériels électoraux soient appropriés, accessibles et faciles à comprendre et à utiliser ; ii) Protègent le droit qu'ont les personnes handicapées de voter à bulletin secret et sans intimidation aux élections et référendums publics, de se présenter aux élections et d'exercer effectivement un mandat électif ainsi que d'exercer toutes fonctions publiques à tous les niveaux de l'État, et facilitent, s'il y a lieu, le recours aux technologies d'assistance et aux nouvelles technologies ; iii) Garantissent la libre expression de la volonté des personnes handicapées en tant qu'électeurs et à cette fin si nécessaire, et à leur demande, les autorisent à se faire assister d'une personne de leur choix pour voter ».

La directive générale est l'adaptation sans trop de complexité dans le respect du secret du vote libre. À titre d'exemple, pour un non-voyant, il faut trouver des techniques pour sélectionner un bulletin de vote, comme l'écriture braille, voire l'assistance de l'entrée jusqu'à la signature du procès-verbal, en passant par l'isoloir. Pour un invalide en fauteuil, le bureau de vote doit avoir sa rampe d'accès et des rideaux qui descendent bas dans l'isoloir suffisamment large, ainsi qu'une urne point trop haute sur la table. Est clairement suggéré le recours à de nouvelles technologies et, implicitement, à l'imagination avec des expérimentations à valider. Elles peuvent apporter une aide indéniable, quoique nos parlementaires confortablement assis affirment s'être parfois trompés de bouton lors d'un vote... Un peu de bon sens et d'aide apportée à celui qui fait face à des obstacles purement matériels⁵¹ suffit déjà - bien qu'il faille encourager

l'accessibilité qui reste perfectible -, depuis de nombreuses années, sans trouble majeur, semble-t-il. Le fait que la personne handicapée puisse voter sans intimidation, avec la garantie de la libre expression de sa volonté, atteste, selon nous, de l'indispensable existence, non viciée, d'une telle volonté, signe d'une exigence de lucidité. La suite de l'article n'apporte rien à notre sujet, sinon la promotion active pour une meilleure participation à la vie publique⁵².

Pour les soins psychiatriques - pour lesquels, on le répète, la personne n'est pas nécessairement sous un régime de protection juridique -, notre droit national se préoccupe, dans le principe, de la préservation des libertés et droits. En ce sens, l'article L. 3211-3 du code de la santé publique dispose que « les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée » (alinéa 1^{er}). « En tout état de cause » (alinéa 5), le malade dispose du droit : « 7° D'exercer son droit de vote ». « Ces droits, à l'exception de ceux mentionnés aux 5°, 7° et 8°, peuvent être exercés à leur demande par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade » (alinéa 6). Il faut faciliter pratiquement l'exercice de ce droit au besoin par une sortie adaptée le jour du scrutin.

Aussi, de notre point de vue, on ne peut que se montrer critique confronté à la vision particulièrement extensive, pour ne pas dire déformante, qui est faite de cet article 29, déjà par le Défenseur des droits, par voie d'affirmation⁵³. S'intéressant à la convention européenne des droits de l'homme, il donne en référence une décision de 2016 invitant à tenir compte de la CIDPH pour lire la convention européenne, tout en admettant que « la Cour ne s'est pas encore prononcée sur une éventuelle violation de l'article 8 de la CEDH en référence à l'article 12 de la CIDPH ». Notons que l'affaire citée ne concerne en rien un majeur protégé s'agissant d'un refus d'inscription d'une personne handicapée au conservatoire de musique en raison de sa cécité, qui a fait valoir son droit à l'instruction face au refus d'aménagements raisonnables, et le fait que l'empêchement de suivre les cours était sans raison objective et proportionnée⁵⁴.

À se référer au corpus européen, la Cour s'est prononcée dans une affaire traitant directement de vote et de tutelle. La Hongrie imposait, à tort, une restriction automatique et générale au droit de suffrage des personnes placées sous tutelle (ici partielle) dont un électeur concerné s'est plaint manifestant judiciairement son ire de Magyar⁵⁵. Surtout, avec notre passé de guerre d'élimination de minorités différentes, on ne restreint pas impunément les droits fondamentaux d'un groupe particulièrement vulnérable. Sans proportionnalité,

52 - V. b) i) et ii).
 53 - Rapport 2016, pp. 14, 23, spéc. 40-41, 61.
 54 - CEDH, 23 févr. 2016, n° 51500/08, *Çam c/ Turquie*.
 55 - CEDH, 20 mai 2010, n° 38832/06, *Alajos Kiss c. Hongrie*; AJ fam. 2010, p. 285, obs. V. Avena-Robardet : violation de l'art. 3 du protocole n° 1, droit à des élections libres pour un scrutin législatif.

49 - Art. 66.
 50 - Recomm. CM/Rec (2011) 14, 16 nov. 2011, préc.
 51 - C. élect., art. L. 64, pour des infirmités.

ce serait une discrimination considérable et une certaine exclusion sociale. Suggérant d'examiner les facultés réelles, donc la capacité naturelle, la Cour européenne estime plus largement que traiter les personnes atteintes de handicaps mentaux comme un groupe unique revient à opérer une classification contestable.

Une telle solution est dans la droite ligne du principe 3 *Préservation maximale de la capacité* de la recommandation du Conseil de l'Europe du 26 février 1999 n° R(99) 4 *sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*⁵⁶, rappelée par le Défenseur des droits. Ce texte indique qu'une « mesure de protection ne devrait pas automatiquement priver la personne concernée du droit de voter (...) ou de prendre toute autre décision à caractère personnel, ce à tout moment, dans la mesure où sa capacité le lui permet ». Ce n'est rien d'autre que la reconnaissance de la capacité naturelle, dans le domaine personnel, qui est à privilégier, si elle existe, sous le manteau de la mesure de protection juridique, comme l'a consacré la réforme de 2007⁵⁷. Mais cette priorité est nettement conditionnée à l'aptitude, comme on le voit. On sera plus inquiet lorsqu'emboîtant le pas de l'esprit déformé de la CIDPH, le même Conseil estime sans nuance, en 2011, que « Toutes les personnes handicapées, que leurs déficiences soient physiques, sensorielles ou intellectuelles, qu'elles aient des problèmes de santé mentale ou de maladie chronique, ont le droit de voter au même titre que les autres citoyens et ne devraient être privées de ce droit par aucune loi restreignant l'exercice de leur capacité juridique, par aucune décision judiciaire ou autre, ou par aucune autre mesure fondée sur leur handicap, leur fonctionnement cognitif ou la perception subjective de leur capacité »⁵⁸.

En droit français, depuis la loi de 2007, il n'y a plus d'automatisme de la perte du droit de vote pour le majeur en tutelle, comme il n'y a pas de garantie absolue de son maintien. L'appréciation se fait au cas par cas. C'est heureux sinon la France aurait pu être condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme qui refuse la radiation automatique des listes électorales des majeurs sous tutelle, quel que soit leur sexe, pour une parité de traitement (il ne manquerait plus que le sexisme !).

B. La prospective déraisonnable et ses risques

On a rappelé les positions du Défenseur des droits et de la CNCDH. Quel luxe, les droits de l'homme sur le continent européen ! Que dire, en comparaison, de la dépossession des moyens de paiement pour notre citoyen/consommateur ? La Commission préconise l'abrogation de l'article L. 5, en critiquant le législateur d'avoir passé « sous silence un cas

aussi flagrant de rupture d'égalité entre citoyens » - rejet d'amendement -, dispositions jugées discriminatoires au sens de la CIDPH dont l'article 29 serait sans ambiguïté⁵⁹. On retrouve le champ lexical habituel d'une règle « hautement stigmatisante » alors que le droit de vote « est un gage important de dignité » créant « un sentiment d'existence civique » et « d'inclusion sociale »⁶⁰. L'histoire et la philosophie honnies, l'exclusion passée des femmes est appelée au soutien de la démarche présentée comme progressiste⁶¹.

Il n'y a pas de tri selon le type d'élections (locales ou nationales, voire européennes), comme des propositions ou promesses peuvent, depuis des années, le faire s'agissant du vote des étrangers cantonné localement.

Si l'on pousse la logique des droits de la personne jusqu'à l'absurde, sans égard pour son état de conscience réel, son aptitude de fait, qui fonde seule, à nos yeux, son autonomie résiduelle, il n'y a pas de raison de s'arrêter en chemin. Après tout, n'est-il pas intolérable qu'un enfant mineur, y compris le bambin, soit privé, en raison de son âge, de ce droit au vote si consubstantiel à nos droits fondamentaux de personne ? Une réglementation étatique ne saurait mordre sur un tel droit ! Par comparaison, lors de l'exercice des primaires, initié en 2011, et étendu en 2016-2017, les partis politiques ont mis en place une Charte du candidat et un règlement de l'organisation. Dans un tel système privé d'élection, qui concerne une minorité du corps électoral, en participation, rien n'empêche, par dérogation au droit de vote légalement fixé à dix-huit ans (à l'instar de la capacité civile depuis 1974), d'instaurer une pré-majorité à seize ans ou de permettre le vote à un mineur dès lors qu'il sera majeur lors du scrutin officiel du printemps. Un syndicat lycéen a organisé, fin 2016, un référendum pour ouvrir le droit de vote dès seize ans, comme dans certains pays (parfois réservé à des élections locales). La quête de l'électeur/militant/sympathisant/adhérent aux valeurs (y compris fictivement) est susceptible de commencer plus tôt. D'autres pourraient pousser la revendication au profit des animaux, êtres vivants doués de sensibilité⁶², dont la queue pourrait manifester un choix politique, comme un âne en peinture. Les thuriféraires de l'intelligence artificielle auront probablement leurs arguments pour les machines, puisqu'on discute déjà du statut de « personne électronique » pour les robots... L'exagération peut avoir une vertu révélatrice.

Prosaïquement, face au phénomène de l'abstention - ce manque d'électeurs en volume⁶³ -, face à la confusion des bulletins blancs (forme d'expression, y compris par l'enveloppe vide) ou irréguliers, qui ne distingue pas le bon grain de l'ivraie (changement depuis, pour leur seul décompte

56 - Toujours l'autodétermination, mais rien de spécifique sur le droit de vote, pour le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Recomm. CM/Rec (2009) 11, 9 déc. 2009 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité*.

57 - C. civ., art. 457-1 s..

58 - *Recomm. CM/Rec (2011) 14, 16 nov. 2011, préc., art. 3, al. 2. Lecture à continuer jusqu'au bout pour le candidat!*

59 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 4.

60 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 6.

61 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 9.

62 - C. civ., art. 515-14.

63 - Pourquoi ne pas s'interroger sur les causes de la désaffection plutôt que de jouer sans cesse sur les conséquences ?

séparé)⁶⁴, pourquoi ne pas permettre ce petit jeu sans trop de conséquences sismiques ? Après tout, d'autres réfléchissent même à rendre le vote obligatoire pour tous, dans le but affiché d'asseoir une pseudo démarche citoyenne, slogan qui ressemble plutôt à la lutte désespérée contre la fuite des électeurs devant l'indigence d'un programme politique qui reste à construire puis à appliquer si on ne le considère pas comme surabondant. Pourquoi ne pas aligner les tutélaires sur le statut des autres personnes vulnérables quant au vote ?⁶⁵ Quel candidat oserait se plaindre d'avoir perdu son élection, à la voix près, à cause du vote d'un majeur sous tutelle ? De plus, le passage dans les maisons de retraite ou de personnes handicapées, avec accompagnement proposé le bon dimanche (après un généreux repas, peut-on espérer), pour une sortie festive au bureau de vote, facilitée par la libéralisation *macronienne* des trajets en autocars, est déjà pratique politique constante, rétorquerons certains. Avec l'*ubérisation* et les nouvelles technologies, demain, sur fond d'économies budgétaires, le vote se fera directement à distance, par Internet, de la chambre. Par cette espèce de coutume, il ne s'agit pas de corrompre la jeunesse, mais de compter sur ses vieux, dans chaque camp, en dehors des seuls meetings. Si la minorité des majeurs protégés devient majorité du réservoir d'électeurs, il faudra alors songer à adapter les règles.

A l'opposé - car tout est choix politique -, des polémistes sourcilleux avanceront que seuls les citoyens capables d'apprécier les conséquences de leurs décisions et de les prendre de manière consciente et judicieuse, peuvent seuls participer aux affaires publiques⁶⁶. Sans forcément revenir au suffrage censitaire, la proposition peut faire froid dans le dos ! En sortant du cadre de la maladie mentale profonde, une telle appréciation est concrètement malaisée à l'extrême. C'est un peu comme juger de qui est un bon parent : tout le monde est persuadé de l'être et il n'y a pas un critère uniforme. Qu'est-ce que bien voter ? Hormis la réponse simpliste consistant à dire « *c'est voter comme moi ou pour moi* », concédons que cela reste un mystère pour tous tant la réponse est individuelle pour ne pas dire intime.

Il ne faut pas confondre la conscience citoyenne - qui est peut-être moins compétence que vertu ou goût -, que le juge pourrait constater, pour un simple éclairage, par un test de questions lors d'une audition⁶⁷, avec la conscience tout court

à vérifier médicalement⁶⁸. Aux États-Unis, des expériences ont pu être menées sur des évaluations par tests⁶⁹. Si nous subissons tous des influences d'éducation, familiales, sociales, économiques, qui peuvent conduire à un plus ou moins grand déterminisme, voire à une émancipation totale par réaction, là n'est pas la question pour les majeurs protégés. Une telle influence se distingue en nature, et non en degré, d'une opinion coquille vide ou d'une substitution d'opinion. Accepterait-on le mariage d'un tuteur dont le oui serait une parole sans conscience ou donné entièrement par un tiers représentant ? Là encore, on ne suivra pas la Commission nationale : « *l'influençabilité : un argument paradoxal, qui ne tient pas à l'épreuve des faits* »⁷⁰. Derrière ces débats, l'enjeu est aussi idéologique de la perception de ce qu'est la notion de capacité⁷¹. La Commission précise ouvertement que notre droit actuel continue « d'appuyer une conception capacitaire du suffrage, selon laquelle le droit de vote doit être conditionné à une certaine compétence électorale »⁷². Non, c'est la lucidité qui importe.

Il faut veiller à ne pas négliger les répercussions et les risques d'une ouverture sans frein du vote aux personnes sous protection juridique. Dans l'escalade des droits à accorder, chacun appréciera la suggestion du Comité du conseil des ministres dans l'article 4, alinéa 3, de sa recommandation de 2011 : « Lorsqu'une personne handicapée a besoin d'assistance pour voter ou exprimer son opinion, les Etats membres devraient veiller à ce qu'elle ait le droit de se faire accompagner par une personne de son choix, par exemple dans l'isoloir au moment de voter. « Assistance » est entendue ici comme le fait d'aider la personne handicapée à exprimer sa décision et, en aucun cas, de se substituer à elle lors de la prise de décisions »⁷³. Qui contrôle ? Les risques sont ceux d'une influence voire d'une manipulation du vote d'une personne vulnérable accompagnée et encadrée pour se rendre jusque dans l'isoloir⁷⁴. Ce serait une espèce de main guidée par une autre sélectionnant le bulletin, sans respect pour un quelconque choix véritable du majeur ou de son sentiment politique. Le danger est réel d'un accompagnement ou d'une assistance sans encadrement, ou de la représentation de celui qui serait libre de voter sans condition malgré sa tutelle. Des procurations pourraient être

68 - *Contra*, dans la ligne du Défenseur des droits, I. Maria, L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique, Dr. fam. 2016, n° 238, obs. : « On ne voit pas pourquoi un majeur vulnérable ne pourrait pas plus voter que tout autre individu dont il n'est pas fait preuve qu'il est plus apte à avoir conscience de ses choix électoraux ». *Adde* dans cette « logique » du tout ouvert au nom des droits fondamentaux, pour le mariage, R. Mésa, note sous Civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, RLDC mai 2016, p. 27, spéc. p. 29.

69 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 10, les références.

70 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 14 s., Et, p. 7 et s. « *Le cadre fixé par la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées remet en cause la dimension capacitaire de notre démocratie* ».

71 - Sur les tensions entre les acceptions conceptuelles de la capacité, V. B. Eyraud, in La lettre de la Fondation Médéric Alzheimer, déc. 2016, n° 45, p. 3.

72 - Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 8.

73 - Recomm. CM/Rec (2011) 14, 16 nov. 2011, préc., art. 4 intitulé Assistance à la prise de décisions et libre choix de la personne handicapée.

74 - Opinion non partagée, Avis du 26 janv. 2017 de la CNCDH, p. 14 s.

64 - V. lois n° 2013-403 du 17 mai 2013 et n° 2014-172 du 21 févr. 2014. C. élect., art. L. 65 ; art. L. 438.

65 - Le désintérêt ou, peut-être la subsidiarité trop lâche, peut laisser, parfois à l'excès, un majeur sans protection, *a priori* libre de voter sans aptitude.

66 - Comp. sur la restriction du champ démocratique sous prétexte d'une mauvaise éducation et d'une incompréhension des véritables enjeux, pour des populations qui seraient portées par leurs seuls instincts primaires, V. dénonçant un « *totalitarisme soft* », Ch. Guilluy, *Le crépuscule de la France d'en haut*, Flammarion, 2016, not. p. 248. V. encore les suites de l'élection, en 2016, du Président Donald Trump aux États-Unis et les manifestations mondiales.

67 - Qui est notre Président de la République ou notre premier ministre ? Connaissez-vous un parti politique ?

abusivement arrachées ou extorquées⁷⁵. Est-il légitime de permettre le porte-voix, si la voix est éteinte ou manipulable ? Après tout, en Corée du Nord, tout le monde « vote »⁷⁶, de façon téléguidée pour le candidat unique du parti...

Nous ne saurions trop attirer l'attention sur l'exigence d'un minimum de conscience/lucidité, à notre sens, pour autoriser le vote qui ne soit pas une coquille vide mais une vraie démarche citoyenne assumée. Le vote est un droit pour l'un (aspect individuel) et une responsabilité vis-à-vis de la société (aspect collectif) : le droit de cité. C'est ce qui explique que les sociétés démocratiques le réglementent raisonnablement, y compris pour l'hypothèse des majeurs protégés.

C'est pourquoi, il nous semble que le compromis de l'intervention du juge - avec l'amendement suggéré du moment - introduit de la souplesse pour personnaliser la décision en fonction du majeur concerné.

Pour nous, si la curatelle laisse en règle une initiative au curatelaire assisté - sinon, elle apparaît comme étant inadaptée -, qui semble être en adéquation avec une lucidité, permettant dès lors le vote, il en va peut-être autrement pour d'autres mesures en certaines circonstances exceptionnelles. Dans le mandat de protection future, comme la sauvegarde de justice, il est admis que le majeur conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, le cas échéant, si le degré d'altération de leurs facultés est tel que l'expression de leur volonté en est trop sérieusement atteinte⁷⁷, on peut s'interroger sur l'extension de la règle actuelle prévue exclusivement pour la tutelle à d'autres majeurs. Le raisonnement est transposable pour l'habilitation familiale - dans laquelle le majeur conserve, par principe, l'exercice de ses droits - pour laquelle est exigé un certificat médical circonstancié, sans que rien ne soit à indiquer pour le vote. Si la personne est hors d'état de manifester un moindre consentement, conduisant à se dispenser de son audition, l'alignement sur le modèle de la tutelle serait cohérent. Nous avons bien conscience que, dans l'ambiance actuelle, notre suggestion pourrait passer pour iconoclaste sinon réactionnaire. Mais, plutôt qu'un programme de réforme, c'est une invitation à la réflexion sur ces sujets complexes qu'on ne peut aborder par une vision simpliste de l'égalité, au risque de nier ce qu'est la vraie autonomie à toujours rechercher, elle, pour aider le majeur à l'extérioriser. Là est la fraternité.

Conclusion

Passons rapidement du côté de l'affiche électorale. La problématique paraît bien différente pour l'éligibilité ou

75 - Comp. CE, 18 déc. 2014, n° 383394.

76 - Taux de participation de 99,98% en 2009.

77 - On pense à une sauvegarde de justice pour la durée de l'instance. On a aussi conscience du problème marginal du fait que la durée de la mesure est d'une année, renouvelable une fois. Le mandat de protection future peut concerner des situations dans lesquelles le majeur est proche de celle d'un tuteur. On comprend qu'une perspective d'homologation par le juge pourrait permettre de se prononcer sur le droit de vote.

l'inéligibilité du majeur handicapé - bien que visée par la CIDPH⁷⁸ -, selon le type de mandat électif, avec des précisions qui sont données par le code électoral auquel on renvoie⁷⁹. Le but est d'écarter le majeur protégé, que ce soit pour la curatelle⁸⁰ ou la tutelle⁸¹, de ces fonctions, lui qui a déjà du mal à être à la tête de ses affaires privées. De plus, il assume une fonction vis-à-vis de ses administrés si jamais il est un élu responsable - après la campagne par hologramme qui facilite les déplacements. Le problème ne peut donc se résumer à son accès personnel au rang de candidat, partant d'élu potentiel lorsque, du moins, il s'agit de l'altération des facultés mentales, bien sûr. Importe aussi la considération de l'intérêt général, celui des électeurs ou citoyens plus largement. *A priori*, le statut n'est pas pour les égoïstes.

Il faudra voir si, un jour, la mise à l'écart globale par la référence à la catégorie sera critiquée pour revenir à une appréciation individuelle de la capacité naturelle voire s'en dispenser. Étant donné que l'on peut au moins craindre la rechute en cours de mandat, c'est un argument - au moins d'opportunité - pour la maintenir. D'autres répliqueraient qu'il y a parfois des possibilités d'adaptation en cas d'empêchement (le titulaire et le suppléant)⁸². Le titulaire se retire-t-il toujours, malgré son état de santé dégradé ? Pensons à la santé - et à son secret - de nos Présidents de la République (Pompidou ; Mitterrand ; Chirac), hors malaise vagal (Sarkozy) et à leur maintien en fonction. Quant à ceux qui pensent qu'un homme politique en vaut bien un autre, plutôt qu'ils se valent tous dans une optique péjorative, leur jugement les rendra indifférents ou neutres. Il est vrai qu'à défaut de despote éclairé et aimé, la tyrannie et la dictature évitent de se perdre en conjectures sur ces sujets.

Par tradition, les partis politiques pratiquent l'art de l'investiture qui est sélection - drastique même -, et qui reste dominant malgré l'introduction de primaires ponctuelles. En fait, les partis écarteront volontiers celui qui ne peut assumer des fonctions, non en soi parce qu'il est majeur protégé ou handicapé, ou vieux (sauf à instaurer une mesure proportionnée de limite d'âge pour un type de

78 - Effet amplifiant, V. Recom. CM/Rec (2011) 14, 16 nov. 2011, préc., art. 3, al. 2 : « Toutes les personnes handicapées ont également le droit de se présenter à des élections au même titre que les autres citoyens et ne devraient être privées de ce droit par aucune loi restreignant leur capacité juridique, par aucune décision judiciaire ou autre décision fondée exclusivement sur leur handicap, leur fonctionnement cognitif ou la perception subjective de leur capacité, ou par aucun autre moyen ».

79 - C. élect., art. LO129 ; art. LO296, al. 2 (renvoi) ; art. L. 230, 2° ; art. L. 236 (renvoi) ; anc. art. LO459, al. 1^{er} (abrogé) ; art. L. 200 ; art. L.O481, al. 1^{er} ; art. L.O508, al. 1^{er} ; L.O536, al. 1^{er}. Cpdt proposition de loi relative aux droits civiques des personnes handicapées présentée par Germinal Peiro, 15 févr. 2011.

80 - CE, 7^e s-s, 22 août 2007, n° 299761, *Gugole* ; Dr. fam. 2008, n° 22, note T. Fossier : majeur candidat à une modeste élection municipale (C. élect., art. L. 230). Le jugement de mainlevée de la curatelle n'est intervenu qu'après la fin des opérations électorales, il demeurait incapable, partant inéligible. V. aussi CE, 5^e s-s, 28 nov. 2008, n° 318007 (curatelle, inéligible) - CAA Paris, 16 juin 1994, n° 93PA01451 puis CE, 7 juin 1995, n° 159639 (curatelle, mainlevée, non démissionnaire).

81 - Inéligibilité ; irrégularité du scrutin CE, 6 mai 1996, n° 171799 - CE, 11 mars 2009, n° 317538.

82 - Ou la destitution, forme de l'impeachment américain.

mandat, ou/et selon le cumul), ce qui constituerait peut-être une discrimination prohibée. Les différents partis sont trop gourmands de l'affichage de la diversité, au-delà de la parité, pour s'en dispenser grossièrement. La raison objective serait plutôt l'inaptitude et/ou l'incompétence à accomplir la tâche d'élu.

Alors, avec honnêteté, tact et réflexion, que nos décideurs ne consacrent pas un droit de vote des majeurs sous tutelle au nom du progrès d'une démocratie qui tournerait au carnaval sous le masque des droits de l'homme. Il faut légiférer en tremblant, surtout pour les mains débiles devant tenir un bulletin... En saison électorale, faisons le vœu qu'ils se préoccupent déjà des chantiers lourds pour la meilleure protection des majeurs sur lesquels les doléances existent⁸³.

David Noguéro

.....
83 - Cour des comptes, rapport 2016.

Le financement des actions de groupe

Baptiste Allard

Docteur en droit privé, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Note sous loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté et Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017

Depuis sa création par la loi du 17 mars 2014¹ en matière de consommation, l'action de groupe semble n'avoir pas cessé d'occuper le législateur. En moins de trois ans, le champ d'application de celle-ci a été considérablement étendu : au domaine de la santé par la loi du 26 janvier 2016², puis à ceux de la lutte contre les discriminations, de l'environnement et de la protection des données personnelles par la loi du 18 novembre 2016³. Par ailleurs, de timides efforts ont été déployés pour tenir compte des critiques qu'ont attiré les dispositions issues de ces trois lois successives, notamment quant à la limitation de la qualité à agir (étendue en matière de consommation à des associations de consommateurs représentatives au niveau local en Outre-Mer⁴) ou au « morcellement des régimes »⁵ (création d'un corps de règles communes applicable à toutes les hypothèses d'actions de groupe hors celles relevant du domaine de la consommation⁶). La discussion du projet de loi « Égalité-

Citoyenneté »⁷ a fourni aux parlementaires une nouvelle occasion d'envisager des voies d'amélioration de l'action de groupe. Aux termes du processus d'adoption de la loi, un constat d'échec s'impose mais invite à la réflexion.

Méritent tout d'abord d'être mentionnés les amendements déposés par certains députés tendant à élargir la qualité à agir, que ce soit en matière de consommation (assouplissement des conditions de lancement d'une action de groupe dans le domaine du logement social⁸) ou de lutte contre les discriminations (alignement des conditions d'action des associations sur celles des organisations syndicales pour la défense des intérêts des salariés et des candidats à un emploi ou à un stage en entreprise victimes de discrimination⁹). Après les avoir adoptés, les députés ont pourtant choisi de les écarter, conformément au souhait du gouvernement¹⁰. C'est toutefois l'article 217 du texte adopté en lecture définitive qui suscite l'intérêt le plus vif. Instaurant « un fonds de participation au financement de l'action de groupe, chargé d'apporter une aide financière dans le cadre d'une action de groupe exercée en justice et doté

7 - Adopté en lecture finale par l'Assemblée Nationale le 22 décembre 2016, il est devenu la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

8 - Amendement n° 1014 au texte n° 3679, adopté (aux termes duquel « Les conditions de représentativité et d'agrément mentionnées au premier alinéa [de l'article L. 623-1 du Code de la consommation] ne sont pas applicables aux associations agissant afin d'obtenir la réparation des préjudices ayant pour cause commune un manquement d'un ou plusieurs professionnels du logement locatif social. »).

9 - Amendement n° 283 au texte n°4141, adopté (l'article L. 1134-7 du Code du travail issu de la loi du 18 novembre 2016 établit une distinction entre les organisations syndicales, qui peuvent agir dans tous les cas, et les associations, qui ne peuvent agir qu'au profit de candidats à l'embauche).

10 - Amendement n° 747 au texte n° 4191 (consommation), adopté ; amendement n° 781 au texte n° 4191, adopté (lutte contre les discriminations). Dans les deux cas, les arguments du gouvernement étaient pourtant particulièrement peu convaincants. Quant aux actions relatives au logement social, ont été pointés les toujours aussi hypothétiques risques d'instrumentalisation de la procédure et le fait que trois actions avaient été déjà engagées depuis 2014 dans le domaine du logement (sur huit au total, ce qui représente une activité contentieuse bien faible). Quant à celles relatives aux discriminations, l'amendement n° 781 propose une solution de « compromis », reprise à l'article 60 du texte de loi définitif, selon laquelle les associations, si elles restent privées de la possibilité d'agir en défense de salariés, peuvent apporter leur aide aux organisations syndicales lorsque celles-ci le leur demandent. Pour la justifier le gouvernement a avancé que « s'agissant des discriminations faites aux personnes dans l'emploi (progression de carrière moins rapide, licenciement, mise à la retraite discriminatoires), seules les organisations syndicales représentatives peuvent disposer utilement de la qualité pour agir. En effet, dans l'entreprise, ce sont les organisations syndicales qui sont les interlocuteurs privilégiés de l'employeur. Les questions d'égalité font l'objet de négociations obligatoire et au-delà, d'un suivi au quotidien par ces organisations. » C'est pourtant ignorer les intérêts propres aux organisations syndicales, qui peuvent les éloigner des préoccupations spécifiques de certains salariés. (V. notamment sur cette question les remarques formulées par le Défenseur des droits dans son Avis n° 16-10 du 7 avril 2016, rendu au sujet du projet de loi relatif à l'action de groupe et l'organisation judiciaire [devenu loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle] (p. 4).

1 - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Sur celle-ci, v. J. Julien, « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats Concurrence Consommation*, 2014, n° 5, dossier 5, p. 7 ; S. Amrani-Mekki, « Action de groupe, mode d'emploi », *Procédures*, 2014, n° 12, étude 16, p. 6.

2 - La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. Sur celle-ci, v. S. Amrani-Mekki, « Action de groupe santé - Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices », *JCP G*, n° 6, 8 février 2016, p. 146 ; A. Laude « Les droits collectifs » in A. Laude, D. Tabuteau, *Regards sur la modernisation de notre système de santé*, Presses de l'EHEESP, 2016, spéc. p. 189 et s.

3 - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Sur celle-ci, v. S. Amrani-Mekki, « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. - À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G*, n° 50, 12 Décembre 2016, p. 1340 ; H. Croze, « Un droit commun de l'action de groupe ? », *Procédures*, 2017, n° 2, étude 4.

4 - Loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer, art. 3 ; v. L.-J. Aleman, « Les conséquences de l'amendement Lurel sur l'action de groupe », *JCP A*, n° 45, 5 Novembre 2015, act. 824.

5 - M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité du fait des produits défectueux », *Responsabilité civile et assurances*, 2016, n° 1, p. 54.

6 - Art. 60 et s. de la n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. La soumission à ce régime commun de l'action prévue dans le Code de la santé publique a entraîné une refonte importante des dispositions tirées de celui-ci, quelques semaines seulement après leur entrée en vigueur...

de la personnalité morale »¹¹, ces dispositions tirées d'un amendement du 12 juin 2016¹² ont été maintenues dans le texte de loi contre l'avis du gouvernement¹³. Ses rédacteurs semblent s'être inspirés de l'avis du Défenseur des droits sur le projet de loi relatif à l'action de groupe et l'organisation judiciaire (devenu loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle), qui avait souligné l'importance de la question du financement des actions de groupe et suggéré la création d'un fonds abondé par des amendes civiles¹⁴. D'autres modes de financement que celui-ci ont cependant été envisagés au cours de la discussion de la loi du 27 janvier 2017 : d'abord le « prélèvement d'une fraction des sommes issues de la réparation des préjudices ordonnée par le juge dans le cadre d'une action de groupe »¹⁵, puis, finalement, la majoration des peines d'amende prononcées lorsqu'une action de groupe est exercée devant une juridiction répressive¹⁶.

Au regard de la décision n° 2016-745 DC rendue le 26 janvier 2017 par le Conseil Constitutionnel, on doit probablement regretter que les parlementaires n'aient pas choisi de suivre la méthode envisagée par le Défenseur des droits. Le Conseil a en effet censuré ces dispositions aux motifs qu'« en faisant (...) dépendre la sanction encourue du choix de la partie civile de porter son action devant le juge pénal plutôt que devant le juge civil, [elles] cré[ai]ent, entre les défendeurs, une différence de traitement injustifiée »¹⁷. Quelle que soit la valeur à accorder à cette critique, il reste qu'un fonds abondé par des amendes civiles lui aurait sûrement échappé. Il n'est toutefois pas certain que la question du financement des actions de groupe aurait alors été heureusement réglée. Celle-ci, fondamentale (I), est tristement négligée par les dispositions en vigueur (II). Sa résolution semble en outre indissociable d'une remise en cause plus large du cadre normatif conféré à l'action de groupe du droit français depuis sa création (III).

I. Une question fondamentale

L'action de groupe peut se définir comme une action collective en défense des intérêts individuels d'autrui. Elle a vocation à *remplacer* l'ensemble des actions individuelles appartenant aux membres du groupe concerné qui y consentent, expressément ou tacitement¹⁸. Elle est notamment remarquable en ce que les personnes bénéficiaires de l'action

n'ont pas vocation à engager de frais dans la procédure, qui revêt à leur égard un caractère gratuit. Celui-ci peut se justifier de différentes manières selon les situations : lorsque l'action de groupe vise la réparation de préjudices individuels faibles au point, la gratuité de l'action à l'égard des membres du groupe est une condition de leur participation dans la mesure où elle la rend économiquement rationnelle ; lorsqu'elle porte sur des dommages individuels importants qui auraient justifié l'engagement d'actions individuelles, elle vient plus précisément compenser la nécessaire renonciation des membres du groupe à la maîtrise de l'action qui prévaut normalement dans le cadre individuel.

Dans tous les cas, il risque d'en résulter pour le titulaire de l'action une charge financière d'autant plus importante, dont la prise en compte est primordiale au bon fonctionnement de telles actions. Dans le cadre normatif français élaboré depuis 2014, cette charge correspond à plusieurs éléments : les frais nécessaires à l'engagement de l'action et à l'obtention d'une déclaration de responsabilité du défendeur, les frais de publicité destinés à permettre la constitution du groupe effectivement bénéficiaire de la décision rendue, les frais liés à la procédure de liquidation des préjudices. Or, il a été fait le choix de réserver les actions de groupe à des associations sectorielles. Si leur nombre, leur taille et leur domaine d'expertise varie sensiblement selon les matières¹⁹, elles ont pour commune caractéristique de disposer de ressources financières, techniques et humaines limitées. Cet état de fait est évidemment problématique.

En effet, en matière judiciaire, il est difficile de se passer des services des juristes en général, quel que soit leur statut, et des avocats en particulier. L'essentiel des coûts mentionnés plus haut correspond à leur rémunération. Même si les associations n'ont pas de but lucratif, les juristes qu'elles font travailler directement ou indirectement doivent être rémunérés : il serait particulièrement peu réaliste de faire reposer le fonctionnement des actions de groupe sur le travail d'une très illusoire armée de bénévoles²⁰, au demeurant fort réduite lorsque sont envisagées les associations les plus petites, nombreuses à être habilitées en matière de santé. D'une manière ou d'une autre, il faut donc trouver un moyen de mettre les associations habilitées à agir en position de faire travailler à leur profit les personnes nécessaires au

11 - Art. 217 du projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté (texte adopté n° 878, 22 décembre 2016).

12 - Amendement n° 1072 au texte n° 3679 (adopté).

13 - Amendement n° 1542 au texte n° 3851 (rejeté).

14 - *Avis préc.*, p. 2.

15 - Article 63 du texte adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 6 juillet 2016 (texte adopté n° 787).

16 - Article 217 du projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté (texte adopté n° 878, 22 décembre 2016).

17 - Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017 (Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté), n° 129.

18 - On laissera de côté ici les hypothèses d'actions en défense des intérêts individuels d'autrui qui ne sont pas soumises au consentement des membres du groupe concerné.

19 - Seule une quinzaine d'associations peut agir en matière de consommation, contre plusieurs centaines en matière de santé.

20 - Comme le rappellent avec humour deux auteurs américains, Samuel Issacharoff et Geoffrey Miller (« Will aggregate litigation come to Europe », *préc.*, p. 197) : « dans le droit comme dans la vie, il est dangereux d'affirmer des idées sans fondement, par risque de réfutation immédiate. Cependant une chose semble certaine : il n'y a pas de société dans laquelle les juristes travaillent gratuitement ». De fait, malgré leur absence de but lucratif, la plupart des associations susceptibles de prendre en charge des actions de groupe emploient un nombre non négligeable de salariés, ce qui implique des coûts importants ; et si elles ne le faisaient pas, elles seraient contraintes de déléguer leur mission non à des bénévoles, mais plus probablement à des juristes en contrepartie d'une rémunération satisfaisante...

succès des actions qu'elles choisissent d'introduire²¹. Sur ce point, les dispositions introduites progressivement depuis 2014 semblent très insuffisantes.

II. Une question négligée

Ces dispositions n'ignorent toutefois pas complètement la question du financement des actions. Quant aux mesures de publicité nécessaires pour informer les personnes susceptibles d'appartenir au groupe défini par le jugement reconnaissant la responsabilité du défendeur, l'article 67 de la loi du 18 novembre 2016 et l'article L. 623-7 du Code de la consommation prévoient qu'elles sont à la charge du défendeur. C'est là l'avantage principal du schéma procédural retenu par le législateur : dans la mesure où le jugement sur la responsabilité précède la constitution du groupe effectivement bénéficiaire de la procédure, les frais liés à celle-ci peuvent légitimement être transférés du titulaire de l'action au défendeur reconnu responsable.

Il n'aurait d'ailleurs pas été moins légitime de reporter également sur ce dernier les coûts impliqués par la phase de liquidation des préjudices. Sur ce point, seules les dispositions relatives aux actions en matière de consommation (article L. 623-12 du Code de la consommation) et de santé (article L. 1143-5 du Code de la santé publique) envisagent, timidement, une telle possibilité : « lorsqu'il statue sur la responsabilité, le juge peut condamner le défendeur au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association, y compris ceux afférents [à l'adjonction d'un avocat ou d'un huissier de justice pour l'assister notamment dans la phase de liquidation des préjudices] ». La circulaire du 26 septembre 2014²², relative aux dispositions en matière de consommation, offre des explications intéressantes quant aux modalités de détermination du montant de la provision, qui « sera fixé en fonction des diligences que l'association devra accomplir dans la suite de la procédure. Ainsi, il pourra être tenu compte notamment des frais induits par le traitement de la réception des adhésions si les adhésions se font directement auprès d'elle, de la gestion des mandats (demandes de pièces complémentaires, etc.), de l'ouverture éventuelle d'un compte auprès de la Caisse des dépôts et consignations et du coût des honoraires que l'association devra régler au

tiers visé à l'article L. 423-9 [L. 623-13], etc. Il appartiendra à l'association de chiffrer au plus juste et au mieux sa demande de provision et de l'explicitier. »²³ Ces indications de bons sens doivent être entièrement approuvées. Il faut toutefois espérer que les associations soient en mesure de suivre ces directives et de déployer l'expertise relative à ce chiffrage, et que les magistrats n'hésitent pas à leur allouer les sommes nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Enfin l'ensemble des dispositions en vigueur restent silencieuses quant aux frais impliqués par la première phase de la procédure, précédant le jugement relatif à la responsabilité du défendeur. L'idée sous-jacente semble être que cette étape, qui reproduit le face-à-face classique d'autres actions attribuées aux associations (notamment l'action en cessation des associations de consommateurs) entre celles-ci et le professionnel en cause, sans impliquer directement d'autres personnes, ne requiert pas le déploiement de ressources importantes. Cette prémisse n'est pourtant pas aussi solide qu'elle paraît. Tout d'abord, comme avec n'importe quelle action individuelle, l'importance des ressources exigées par la première phase de la procédure varie en fonction de la complexité de l'affaire en cause. Mais surtout, l'absence de toute forme de compensation liée à cette première phase est de nature à obérer sensiblement la capacité des associations à mener de front plusieurs actions. Même si on admet que la charge constituée par la mission attribuée aux associations dans la première phase est plus légère que celle qui leur revient dans la seconde, elle n'est pas pour autant négligeable, et certainement pas nulle²⁴. Plus une association accepte de lancer d'actions, plus elle s'expose à des frais qu'elle a peu de chance de se voir rembourser d'une manière ou d'une autre²⁵. Le problème est sérieux dans la mesure où la qualité des réponses apportées à la question du financement de la deuxième phase de la procédure ne saurait faire oublier qu'elle ne peut intervenir qu'à la suite de la première...

De manière générale, l'insuffisance des dispositions existantes en matière de financement des actions vient de ce qu'elles imposent aux associations un rôle central tout au long de la procédure. La loi confie aux associations différentes missions qui reviennent habituellement aux différentes professions judiciaires réglementées, mais sans leur en donner véritablement les moyens. Qu'on le veuille

21 - En d'autres termes, il faut tenir compte de « la dimension économique de l'action de groupe », largement « niée » par la loi du 17 mars 2014 (v. L. Boré, « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas ? », préc.). De ce point de vue, on peut s'inquiéter des propos tenus par le président de l'UFC, Alain Bazot (v. E. Poillot (dir.), Table ronde « L'action de groupe, une nouveauté dans le paysage juridique français », préc.), selon lequel « il n'y a pas d'argent à gagner dans ces procédures, au mieux une couverture des frais pour l'association, qui au surplus ne sera jamais complète comme nous avons pu le constater dans certains dossiers précédents (médiation du Crédit foncier par exemple). » Imagine-t-on que le système judiciaire pourrait fonctionner correctement s'il n'y avait pas « d'argent à gagner » pour les différentes professions judiciaires qui y participent ? C'est rêver de la société dans laquelle « les juristes travaillent gratuitement », que Samuel Issacharoff et Geoffrey Miller (v. note préc.) dénonçaient précisément comme impossible.

22 - BO min. Justice n° 2014-10, 31 oct. 2014.

23 - *Ibid.*, p. 11.

24 - Pour qu'elle soit nulle, il faudrait que le rôle de l'association se réduise à la supervision par des bénévoles d'avocats travaillant gratuitement. La réalité est évidemment tout autre.

25 - Reste évidemment la possibilité de demander une somme donnée au titre de l'article 700 du Code de procédure civile. Mais le moins qu'on puisse dire est que cette perspective est trop incertaine pour permettre aux associations de prendre trop de risques en multipliant les actions, même si l'on pourrait imaginer que les associations bénéficient d'une forme de présomption de vulnérabilité économique susceptible de justifier une mesure d'équité du juge en leur faveur. Sur l'application de l'article 700, v. notamment D. Boustani, « La réparation intégrale et les règles de procédure : principe prétendu ou droit effectif ? », D., 2014, p. 389. Adde B. Allard, L'action de groupe. Etude franco-américaine des actions collectives en défense des intérêts individuels d'autrui, thèse Paris V, 2016, (dir. L. Grynbaum), n° 313 et s.

ou non, et malgré toute l'hostilité que peuvent susciter les avocats américains (ou tout le moins l'image qu'on s'en fait), il reste que les avocats et les huissiers français, pour ne mentionner que les professions retenues pour seconder les associations, travaillent au sein de structures destinées sinon à dégager des profits démesurés, au moins à être économiquement rentables, et qui conduisent leur activité en accord avec cette ambition²⁶. Là réside toute l'ambiguïté des dispositions en vigueur, mais aussi de tous les projets antérieurs prévoyant un monopole des associations sur la qualité à agir « en groupe » : en confiant à celles-ci le rôle occupé par les avocats aux États-Unis, que recherche-t-on vraiment ? De deux choses l'une : soit on s'attend à ce qu'elles puissent déployer les mêmes compétences que ces derniers, et alors il faut leur en donner les moyens, directs ou indirects ; soit on espère qu'elles seront bien moins entreprenantes que des professionnels du droit, et alors on se contente de les maintenir dans leur pureté originelle, dépouillées de moyens sérieux de remplir leur mission, ce qui paraît pour le moins hypocrite²⁷.

En tout état de cause, ces difficultés ne sauraient se résoudre par un recours au droit commun en matière d'aide juridictionnelle ou de frais irrépétibles. Les règles relatives à la première n'ont pas été pensées pour les associations²⁸, tandis que le principal problème posé par l'article 700 du Code de procédure civile est que son application relève des pouvoirs discrétionnaires des juges, qui n'ont donc pas à motiver leurs décisions en cette matière, selon une jurisprudence désormais constante de la Cour de cassation²⁹.

.....

26 - Raymond Martin et Daniel Landry (« Avocats - Obligations et prérogatives », in *JurisClasseur Procédure civile*, n° 18) ont ainsi décrit l'évolution de la profession d'avocat : « L'article 17 de la loi du 31 décembre 1971, sous le 3°, donne mission au conseil de l'Ordre « de maintenir les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité sur lesquels repose la profession et d'exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de ses membres rendent nécessaires ». Dans ce beau programme, le principe de désintéressement fait quelque peu démodé. Il est une survivance du temps où l'honoraire était le signe de la reconnaissance du client qui l'offrait à son avocat, et où l'avocat souvent disposait d'autre part de solides rentes. Cette époque est révolue. L'avocat est devenu, dans notre société moderne, un prestataire de services qui attend de son industrie qu'elle le fasse vivre, après avoir payé des salaires, des impôts, des cotisations de toute sorte et les multiples charges qui lui incombent. La loi du 31 décembre 1990 a pris en compte cette évolution et les contraintes nées de la concurrence avec les cabinets européens et américains. Elle encourage la formation de grandes unités structurées et gérées comme des entreprises commerciales. La société d'exercice libéral cache mal une société de capitaux. L'honoraire doit être calculé comme un prix devant assurer la rentabilité du cabinet. » Adde P. Rembauville-Nicolle, « Du bon usage des dispositions de l'article 700 du NCPC », *Gazette du Palais*, 12 avril 2007, n° 102, p. 2.

27 - Pour reprendre les termes de Stéphane Piedelièvre (« La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe », *Gazette du Palais*, 29 mars 2014 n° 88, p. 11), « le fait d'avoir confié ce pouvoir déclencheur aux associations agréées montre une nouvelle fois l'ambiguïté du législateur qui a voulu introduire cette action... Mais pas trop. »

28 - M. J. Azar-Baud, « (In)action de groupe », *Gazette du Palais*, 29/11/2016, n° 42, p. 52.

29 - La solution est claire depuis un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 10 octobre 2002 (n° 00-13.832, *Bull. civ. II*, n° 219). V. F. Arbellot, « Frais irrépétibles », in *Répertoire de procédure civile*, n° 48 et s. ; M. Défossez, « Dépens - Frais irrépétibles - Article 700 » in *JurisClasseur Procédure civile*, n° 47 ; D. Boustani, « La réparation intégrale... », préc., n° 18.

Cette dernière a fait l'objet de vives critiques³⁰, auxquelles on ne peut que souscrire lorsqu'on l'envisage dans le contexte particulier des actions de groupe : sans règles claires pour la détermination des sommes attribuables à ce titre, toute prévision des coûts impliqués par la procédure est impossible, si bien que le risque financier lié à l'engagement d'une procédure, même couronnée de succès, reste élevé. Face à ces incertitudes importantes, on peut comprendre la réticence des associations à agir, dont le résultat est le faible nombre d'actions engagées depuis trois ans.

III. Les solutions envisageables

La création d'un fonds de financement des actions de groupe est la solution qui peut paraître la plus simple en ce qu'elle permet fournir directement aux associations habilitées les ressources qui leur manquent pour remplir leur mission. On comprend donc qu'elle se soit attirée la faveur des parlementaires. Se pose cependant la question évidente du financement du fonds lui-même. Si l'on exclut l'hypothèse de fonds publics, peu probable dans la période actuelle, la seule source envisageable sont les sanctions prononcées contre les défendeurs. Les difficultés varient toutefois selon le type de sanction considérée. Au-delà du fait qu'elle a été déclarée inconstitutionnelle, la solution représentée par la majoration des amendes prononcées par les juridictions répressives avait ainsi le défaut majeur de ne pas offrir de perspectives très encourageantes en termes de sommes récoltées. Les actions de groupe n'ont pas vocation à être majoritairement introduites devant ces juridictions, et aucune ne l'a été jusqu'à présent. Deux autres types de condamnation méritent d'être plus sérieusement contemplés.

La première est le « prélèvement d'une fraction des sommes issues de la réparation des préjudices ordonnée par le juge dans le cadre d'une action de groupe »³¹, proposé dans un premier dans temps au cours de la discussion parlementaire. Dans le cadre normatif actuel de l'action de groupe, une telle règle reviendrait à faire supporter les coûts de financement du fonds (et donc, indirectement, de la procédure) par les victimes mêmes, au détriment du principe de réparation intégrale. Même si une telle hypothèse est courante dans les faits³², et malgré les entorses à ce principe que peut justifier la nature « transactionnelle » du schéma procédural de l'action de groupe française³³, la solution ne paraît pas très satisfaisante. On peut supposer que l'amendement initial la

.....

30 - M. Défossez, « Dépens... », préc., n° 48 (« Dès lors que le remboursement des frais irrépétibles est fondamentalement un droit, affirmé par l'article 700 du Code de procédure civile dans sa nouvelle rédaction, la privation de ce droit, même sur un fondement d'équité, doit être motivée, afin que la partie privée de ce droit en sache la raison. De façon générale, la justice n'a rien à gagner à n'être pas motivée, ou n'avoir qu'une motivation factice. ») ; P. Rembauville-Nicolle, « Du bon usage des dispositions de l'article 700 du NCPC », préc.

31 - Article 63 du texte adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 6 juillet 2016 (texte adopté n° 787).

32 - V. D. Boustani, « La réparation intégrale... », préc.

33 - V. M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2014, n° 2, p. 450.

proposant s'était inspiré des pratiques en vigueur dans les pays qui ont recours à une présomption de consentement (*opt-out*) dans la définition du groupe effectivement bénéficiaire de la décision rendue au terme d'une action collective (c'est-à-dire des personnes à l'égard desquelles celle-ci revêt l'autorité de la chose jugée). Dans ce cas, la condamnation du défendeur correspond à l'ensemble des sommes dues aux membres du groupe, y compris ceux qui ne se manifestent pas aux fins d'obtenir le bénéfice de la décision finale une fois que celle-ci a été rendue en leur faveur. Ce recouvrement collectif des créances d'indemnisation laisse souvent apparaître un reliquat équivalent à la somme de celles des victimes qui n'en demandent pas le versement ou qui restent inconnues³⁴. Représentant une « fraction » de la sanction pécuniaire imposée au défendeur, ce reliquat pourrait en effet être affecté à un fonds de financement sans que les membres du groupe qui souhaitent obtenir réparation de leur préjudice sur le fondement de la décision rendue à leur profit en subissent de désavantages. Pour être envisagée en droit français, une telle solution nécessiterait donc une réforme importante des règles de constitution du groupe bénéficiaire de la décision³⁵.

La seconde forme de sanction envisageable est l'amende civile. Elle représente une solution proche de la précédente par son objectif général. En effet, la condamnation du défendeur à payer des sommes équivalentes aux préjudices subis par l'ensemble des victimes de son comportement, permise par le recours à une présomption de consentement de celles-ci à rejoindre le groupe bénéficiaire de l'action, a pour but de lui imposer une sanction à la mesure de son comportement. Il en va de même pour l'amende civile, qui, comme les dommages-intérêts punitifs, se justifie par la gravité des fautes commises par le défendeur³⁶. C'est bien plus par leur mode de calcul que ces deux sanctions divergent. Alors que le recouvrement collectif des créances d'indemnisation relève d'une logique de réparation pure qui tend à l'évaluation des préjudices subis par les victimes, l'amende civile suit une logique de dissuasion et de punition qui commande de se concentrer sur des éléments personnels au défendeur. L'article 1266 de l'avant-projet de loi relatif à la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016 dispose ainsi que l'amende « est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés ». Si ces dispositions devaient être adoptées, elles fourniraient très certainement un mode de financement commode pour un éventuel fonds d'aide aux actions de groupe. Le dernier alinéa prévoit utilement que « cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou,

à défaut, au Trésor public ».

La création d'un fonds d'aide aux actions de groupe n'est néanmoins pas la seule voie à considérer pour résoudre la question de leur financement. Peut-être plus modestement, il serait possible d'envisager que les associations reçoivent une forme de récompense ou de dédommagement en cas de succès de l'action de groupe, qui pourrait correspondre à l'intérêt collectif des personnes qu'elles représentent, considérées comme un groupe abstrait détenteur d'un intérêt distinct des intérêts individuels de ses membres. L'exemple en serait l'intérêt collectif des consommateurs. En effet, les associations de défense des consommateurs peuvent, lorsqu'elles interviennent à l'occasion d'une action portée devant les juridictions civiles et ayant pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale³⁷, obtenir réparation du préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs. On a souvent mis en avant la difficulté à évaluer celui-ci³⁸ ; sans revenir sur les débats entourant en outre la notion même d'intérêt collectif des consommateurs, on peut affirmer que les coûts (ou au moins une partie) liés à la procédure collective nécessaire pour permettre la réparation des préjudices individuels subis par un groupe donné de personnes peuvent être considérés comme une forme de préjudice à leur intérêt collectif justifiant une mesure de réparation autonome de la somme des dommages-intérêts correspondant à l'ensemble de ces préjudices individuels.

Cette dernière solution aurait par ailleurs l'avantage d'écartier toutes les difficultés liées à la gestion des sommes attribuées à un fonds de financement des actions de groupe. En effet, un tel mode de financement des actions exigera de déterminer les critères selon lesquels les actions de groupe engagées ou envisagées méritant le soutien du fonds seront choisies. Le problème risque d'être d'autant plus épineux que les ressources du fonds sont rares. Risquent également alors de ressurgir des débats similaires à ceux qui entourent les choix du législateur quant à l'attribution de la qualité à agir. La question fondamentale est plus largement celle de la sélection des actions légitimes. Un amendement hostile aux dispositions censurées par le Conseil Constitutionnel³⁹ avait avancé que « Les actions de groupe ne doivent pas être subventionnées et cette barrière financière symbolique sert justement à faire naturellement la sélection entre les procédures solides et celles qui se révèlent farfelues ». Si la rationalité économique fournit en effet un critère de sélection légitime, il reste que le cadre normatif en vigueur

34 - Sur l'utilisation de ce dernier en droit américain, v. B. Allard, op. cit., n° 410 et s.

35 - Sur cette question, v. notamment S. Carval, M. J. Azar-Baud, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », D., 2015, n° 37, p. 2136.

36 - V. l'article 1266 de l'avant-projet de loi relatif à la réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016. Sur les liens entre le recouvrement collectif et les dommages-intérêts punitifs, v. B. Allard, op. cit., n° 392 et s.

37 - Art. L. 621-9 du Code de la consommation.

38 - Voir notamment : J. Franck, « Pour une véritable réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs », Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 537.

39 - Amendement n° 161 au texte n° 4191, rejeté.

doit lui permettre de s'exprimer⁴⁰. Ce n'est évidemment pas le cas dès lors que les seuls acteurs habilités à engager des actions de groupe ne disposent pas des moyens financiers de le faire, même lorsque l'action est bien fondée. Dans l'immédiat au moins, le danger n'est donc pas la multiplication de procédures farfelues, mais au contraire la raréfaction des procédures solides. L'action de groupe a beaucoup occupé le législateur ces trois dernières années, mais il est peu probable qu'elle encombre les tribunaux tant que la question du financement n'aura pas été posée plus clairement.

Baptiste Allard

.....

40 - C'est là la philosophie des règles fédérales américaines relatives à la rémunération des avocats qui prennent en charge des class actions. Sur le caractère contestable de la réalité des « dérives » souvent dénoncées du système en vigueur aux États-Unis, et plus particulièrement sur l'encadrement de la rémunération des avocats, v. B. Allard, op. cit., n° 292 et s.

Laurie Dupont-Horoux

Laurène Le Cade

Juristes, Institut Droit et Santé, Sorbonne Paris Cité,
Inserm UMR S1145

□ Auriane Artusse et Pierre De Puytrorac
La marchandisation actuelle du corps humain

L'Harmattan
Janvier 2017

Cet ouvrage propose une synthèse pluridisciplinaire de différents sujets relatifs à la marchandisation du corps humain. Les auteurs, juriste et biologiste, s'interrogent sur les inégalités économiques et d'accès aux soins dans les pays pauvres et riches.

□ Luc Onambebe
Loi naturelle et procréation médicalement assistée

L'Harmattan
Janvier 2017

Cet ouvrage met en exergue d'une part les prouesses techniques issues de la procréation médicalement assistée (espoirs contre la stérilité et l'infertilité), et d'autre part les angoisses que cette technique peut générer (déshumanisation de l'enfant). L'auteur s'interroge ainsi sur le langage du corps humain qui, selon lui, réduirait considérablement l'incidence de l'infertilité.

□ Amel Ghozia
Le droit de l'expertise médicale et sanitaire

Les Études Hospitalières
Février 2017

L'expertise apporte un éclairage scientifique et technique afin de permettre à la personne ou à l'autorité compétente de prendre une décision en matière de droit de la santé. À travers une approche organisationnelle et fonctionnelle de l'expertise relative à la santé, l'auteure relève des dysfonctionnements, notamment sur l'institutionnalisation des experts en santé et leur rôle procédural.

□ Natalie Giloux, Marion Promevert et coll.
Les soins psychiatriques sans consentement

Les Études Hospitalières
Mars 2017

La loi du 5 juillet 2011 fait intervenir le juge des libertés et de la détention à l'hôpital psychiatrique. Ce recueil décrit les situations cliniques susceptibles de faire l'objet d'une décision d'hospitalisation sous contrainte et tente ainsi de répondre aux interrogations des magistrats et des psychiatres quant aux limites de leur champ respectif d'intervention.

□ Cyril Clément
*La procédure disciplinaire des agents hospitaliers
2^e édition*

Les Études Hospitalières
Mars 2017

Cet ouvrage intéresse principalement les administrations hospitalières ainsi qu'à l'ensemble des personnes concernées par un dossier disciplinaire souhaitant en connaître davantage sur leurs droits, garanties et obligations. L'auteur expose au lecteur, sous forme de questions-réponses, les illustrations permettant de mener à bien une procédure disciplinaire.

□ Antoine Leca et Bérandère Legros
*Petit Dictionnaire de droit de la santé et
de bioéthique*

Les Études Hospitalières
Mars 2017

Les auteurs, juristes, font suite aux anciens dictionnaires depuis 2006. Il s'agit d'un livre qui sensibilise les personnes intéressées par les problématiques des rapports du droit de la santé et de la bioéthique.

□ Rémi Pellet et Arnaud Skrzyerbak
Droit de la protection sociale

Presses universitaires de France (PUF)
Février 2017

Les auteurs ont conçu un manuel qui explique le droit de la protection sociale autour de trois principes : la comparaison du système français aux modèles étrangers, l'étude des divers niveaux de couverture contre les risques sociaux et enfin, les prestations sociales et leurs modes spécifiques de financement.

En droit étranger :

Afrique

- Rodrigue Tézi
Former les personnels soignés en Afrique
L'Harmattan
Janvier 2017

Cette étude propose aux personnels de santé, infirmiers, sages femmes et médecins un aperçu des différentes sciences sociales de la santé enseignées qui ont une importance et un impact sur la pratique de leur profession.

Inde

- K. Sujatha Rao
Do We Care?
Oxford University Press
Février 2017

L'auteure s'appuie sur son expérience en tant que secrétaire d'État à la santé pour donner un point de vue interne du système de santé en Inde. Ce livre permet de montrer les efforts pour renforcer le système public de santé établi dans les dernières décennies. Elle estime qu'à moins de faire de la santé une priorité nationale, l'histoire de la croissance en Inde restera une fierté uniquement à l'intérieur de son territoire.

Royaume-Uni

- Judith Laing et Jean McHale
Principles of Medical Law
Oxford University Press
Mars 2017

Cet ouvrage offre une mise à jour du droit de la santé en Angleterre et au Pays-de-Galles, menée par des universitaires et praticiens travaillant dans le droit de la santé et contribuant à de nouvelles perspectives du secteur.

- Ronald Schouten
Mental Health Practice and the Law
Oxford University Press
Mai 2017

Les professionnels de santé mentale rencontrent des interrogations juridiques plus fréquemment que n'importe quel autre praticien. Ce livre permet à ces professionnels de santé de comprendre les principaux rouages entre le droit de la santé mentale et leur pratique clinique.

- Terrence F. Ackerman et Carson Strong
A Casebook of Medical Ethics
Oxford University Press
Juin 2017

Cet ouvrage offre un réel point de vue des problèmes qu'implique l'éthique clinique et médicale. Les auteurs rassemblent ici une collection des cas rencontrés lors de leur pratique en tant qu'éducateur d'éthique médicale ou consultant. Les cas sont détaillés et incluent une discussion portant sur les principes éthiques.

AVRIL

◇ 5^e congrès national de la sécurité des SI de santé

Du 4 au 6 avril 2017

Le carré Plantagenêt, 2 rue Claude Blondeau, 72000 Le Mans

Organisé par l'Association pour la sécurité des systèmes d'information de santé (Apssis)

Renseignements et inscriptions sur le site : https://www.apssis.com/le-congres/2017/inscription.html?&utm_medium=email&utm_source=nl&utm_campaign=NL5&utm_content=29

◇ 28^{es} assises de la Fédération nationale des amicales de personnel hospitalier (Fnaph)

Du 12 au 14 avril 2017

35000 Rennes

Renseignements et inscriptions sur le site : <http://www.fnaph.fr/531-congres-2017>

MAI

◇ Journées des Pays de la Loire de soins palliatifs et d'accompagnement

Le 23 mai 2017

Centre des congrès de Nantes, 5 rue de Valmy, 44041 Nantes

Renseignements et inscriptions sur le site : <http://www.lessoinspalliatifs.fr/>

JUIN

◇ 11^e congrès de la Société française de médecine d'urgence

Du 31 mai au 2 juin 2017

Palais des congrès, 2 place de la porte Maillot, 75017 Paris

Organisé par la Société française de médecine d'urgence (SFMU)

Renseignements et inscriptions sur le site : <http://www.urgences-lecongres.org/fr/>

◇ Colloque Afar : « Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent ? »

Le 1^{er} juin 2017

Campus des Cordeliers – Université Pierre-et-Marie-Curie, 15 rue de l'École de médecine, 75006 Paris

Renseignements et inscriptions sur le site : <http://www.afar.fr/inscription-colloque-dysphorie-du-genre-2017.html>

Directeur de la publication

Frédéric Dardel
Président de l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité

Directeurs de la rédaction

Anne Laude
Professeure à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, Président d'honneur de l'Association française de droit de la santé

Didier Tabuteau
Conseiller d'État, professeur associé à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po

Coordinatrice de la rédaction

Marie Mesnil
Docteure en droit, enseignante contractuelle, Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Conception graphique

Charlotte de Bruyn
Responsable de la communication de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Comité scientifique et international

Fernando Aith
Professeur à l'Université de Sao Paulo - USP, Co-Directeur du Centre d'Études et de Recherches en Droit de la Santé

Lary Brown
Professor of Health policy and management, Columbia University

Sueli Dallari
Professeure à l'Université de Sao Paulo, Directrice du centre d'études et de recherches en droit de la santé

Penney Lewis
Professor of Law, School of Law and Centre of Medical Law and Ethics, King's College London

Olivier Guillod
Professeur à l'Université de Neuchâtel, Directeur de l'Institut Droit et Santé de Neuchâtel

Catherine Régis
Professeure à l'Université de Montréal, Chaire de recherche du Canada en droit et politiques de la santé

William M. Sage
Visiting Professor, Yale Law School, James R. Dougherty Chair for Faculty Excellence, The University of Texas at Austin

Geneviève Schamps
Professeure à l'Université Louvain-la-Neuve, directeur du centre de droit médical et biomédical

Dominique Sprumont
Professeure à l'Université de Neuchâtel, co-directeur de l'Institut Droit et Santé de Neuchâtel

Comité éditorial

Mireille Bacache
Professeure à l'École de droit de la Sorbonne – Université Panthéon-Sorbonne (IRJS-CRDP)

Pierre-Henri Bréchat
Membre de l'Institut Droit et Santé – Inserm UMR S 1145 – de l'Université Paris Descartes ; membre de la Chaire Santé de Sciences Po ; praticien hospitalier du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal de l'Assistance Publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP) en mobilité au Centre Cochrane Français de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de l'AP-HP

Stéphane Brissy
Maître de conférences à l'Université de Nantes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Xavier Cabannes
Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre du Centre Maurice Hauriou

Caroline Carreau
Maître de conférences émérite à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Philippe Coursier
Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Anne Debet
Professeure à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Duncan Fairgrieve
Maître de conférences à l'Institut d'Études Politiques de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Luc Grynbaum
Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Anne Laude
Professeure à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, Président d'honneur de l'Association française de droit de la santé

Caroline Le Goffic
Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Clémentine Lequellier
Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Pierre Mazière
Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Lydia Morlet-Haidara
Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

David Noguéro
Professeur à l'Université de Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Béatrice Parance
Professeure agrégée de droit à l'Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis, Co-Directrice du Centre de recherche en droit privé et droit de la santé (EA 1581)

Pascal Paubel
Professeur associé, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Jérôme Peigné
Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Rémi Pellet
Professeur à l'Université Sorbonne Paris Cité, Faculté de Droit Paris Descartes et Sciences-Po Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Didier Tabuteau
Conseiller d'État, professeur associé à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145, responsable de la Chaire Santé à Sciences Po

Ana Zelcevic-Duhamel
Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145