

Université Paris-Panthéon-Assas
école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 17 décembre 2024

**La responsabilisation de l'assuré social dans la
prise en charge du risque maladie**



Kim BOYER

Sous la direction de Monsieur Patrick MORVAN

Membres du jury :

Madame **Morane KEIM-BAGOT**

(Présidente du jury)

Professeur à l'Université Paris 1 -Panthéon Sorbonne

Monsieur **Romain MARIE**

Professeur à l'Université Lyon 2

Monsieur **Philippe PIERRE**

Professeur à l'Université de Rennes

Monsieur **Patrick MORVAN**

Professeur à l'Université Paris - Panthéon-Assas

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères vont au Professeur Patrick Morvan pour sa confiance, son exigence et sa disponibilité dans la réalisation ce travail. Je lui dois la passion du droit de la protection sociale, née à l'occasion de ses cours dispensés en master, sans laquelle le projet même de la thèse n'aurait pas vu le jour.

Je remercie Madame et Messieurs les Professeurs Morane Keim-Bagot, Romain Marié et Philippe Pierre pour m'avoir fait l'honneur d'accepter d'évaluer ce travail.

Je tiens également à remercier le laboratoire de droit social de Paris 2 qui m'a accueillie toutes ces années. Sa richesse tient autant de ses ouvrages que des membres qui le composent. Je remercie ses professeurs pour m'avoir donné le goût de la recherche et le goût du droit social. Je chéris les amis que j'ai pu y trouver en son sein. Que soient assurés de mon amitié et de ma gratitude : Myriam, Anne-Victoria, Élodie, Samuel, Simon, Martha et Jean Eudes. Que Cyril reçoive mes sincères remerciements pour son soutien permanent et ma respectueuse admiration pour la richesse de nos échanges juridiques, philosophiques et politiques interminables.

Je tiens à remercier la MGEN, et particulièrement Antoine, pour m'avoir accueillie les premières années de cette thèse et m'avoir permis d'explorer de nouveaux horizons. Je remercie aussi l'UIMM pour la richesse et l'expertise de ses sujets, mais aussi et surtout le SRI-TRT pour sa bonne humeur. Que Laurence et François reçoivent mes remerciements pour leur bienveillance.

Que mes amis d'enfance et de toujours reçoivent mes remerciements pour leurs encouragements et leur infinie patience dans ce travail de longue haleine. Que Coline soit assurée de ma reconnaissance et de mon infinie amitié.

J'adresse mes remerciements à Marie-Liesse et Fanny pour leur présence de chaque instant, que ce soit au travers d'encouragements, de rire ou de consolation. Leur amitié m'est chère.

J'adresse mes remerciements, qui seront toujours insuffisants, à Kléa, pour avoir été une formidable coéquipière.

Je remercie Adrien pour son soutien, ses encouragements et sa tolérance de tous les jours.

Enfin, comment remercier suffisamment mes parents à qui je dois l'éducation, le modèle de détermination, le soutien et les encouragements sans lesquels ce travail n'aurait pas vu le jour ? Qu'ils soient assurés par ces modestes mots de mon amour et de ma gratitude.

Enfin, que l'ensemble des personnes qui ont contribué au possible aboutissement de ce travail, par quelques voies que ce soit : soutien, encouragements, réconforts, relecture, débats, rires, reçoivent mes remerciements les plus sincères. Ceux que je n'ai pas mentionnés se reconnaîtront.

Résumé :

Depuis le début des années 2000, plusieurs mesures sont adoptées par le législateur pour orienter le comportement de l'assuré social dans la prise en charge du risque social maladie. Ce dernier est invité à faire un usage modéré du système de santé et à adopter un comportement actif à l'égard de sa santé afin de prévenir l'apparition d'une pathologie. Les discours politiques souhaitent favoriser un comportement « responsable ». Il s'agit du mouvement dit de « responsabilisation » du droit. L'usage de ce terme interpelle le juriste, car ce néologisme s'apparente à la responsabilité qui est une notion juridique exclue de la prise en charge du risque maladie, qu'il s'agisse des assurances sociales ou complémentaires. La maladie constitue un risque social pris en charge par la solidarité nationale afin d'assurer le droit fondamental d'accéder à la santé. Si la responsabilisation constitue une nouvelle manière de désigner la responsabilité, les règles actuelles de prise en charge du risque maladie seraient menacées. La responsabilisation serait-elle une résurgence de la responsabilité, signifiant l'effondrement du modèle français d'assurance maladie, ou s'agit-il d'une nouvelle notion juridique dont les contours sont à explorer et définir ? Répondre à cette question est primordial pour l'avenir du système de protection social français et la préservation des droits des assurés sociaux.

Descripteurs : Responsabilisation – Responsabilité – Risque maladie- Assurance maladie - Protection sociale – Solidarité nationale – Restes à charge – Éducation thérapeutique – Etat-providence – Objets connectés.

Title and Abstract :

Since the early 2000s, the French legislator has introduced several measures aimed to guide the behaviour of those insured under the social security system in relation to health risks. Insured persons are encouraged to make moderate use of the healthcare system and to take an active role in managing their health to prevent the onset of illness. Political discourse promotes this “responsible” behaviour, a trend referred to in legal terms as the “responsabilisation” movement. The use of this term raises questions for legal experts, as this neologism closely resembles the French legal term responsabilité (liability), which pertains to a legal concept unrelated to health risk insurance, whether through the social security system or supplementary private insurance. Illness is classified as a social risk covered by national solidarity to guarantee the fundamental right to healthcare. If “responsabilisation” were a new way of designating liability, current rules on covering health risks could be under threat. Is “responsabilisation” a resurgence of liability, signalling the collapse of the French social health insurance model, or does it represent a new legal concept whose boundaries remain to be fully explored and defined? Clarifying this issue is essential for the future of the French social security system and for safeguarding the rights of those it covers.

Keywords: Responsabilisation - Liability / Responsibility - Health risk - Health insurance - Social security - National solidarity - Financial incentives - Therapeutic education - Welfare state - Connected objects.

Principales abréviations

ACS	Aide à la complémentaire santé
ADN	Acide Désoxyribonucléique
<i>ADSP</i>	Actualité et dossier en santé publique
AFSSAPS	Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, Droit administratif
<i>al.</i>	Alinéa
ALD	Affection de longue durée
AME	Aide médicale d'État
<i>anc.</i>	Ancien
ANPE	Agence nationale pour l'emploi
ANSES	Agence Nationale de Sécurité Sanitaire Alimentation nationale de l'environnement et du Travail
<i>Arch. Phil. Dr.</i>	Archives de philosophie du droit
ARH	Agence régionale de santé
ARS	Agence régionale de santé
ASALEE	Action de santé libérale en équipe
ASIP	Agence du numérique en santé
<i>Art.</i>	Article
ASSEDIC	Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
<i>Ass. Plén.</i>	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Ass. nat.</i>	Assemblée nationale
AT-MP	Accidents du travail – Maladies Professionnelles
<i>Bull.</i>	Bulletin
BIT	Bureau international du travail
BRS	Baromètre de renoncement aux soins
BRSS	Base de remboursement de la Sécurité sociale
<i>c.</i>	Contre
CA	Cour d'appel

CAPI	Contrat d'amélioration des pratiques individuelles
CARRUD	Centre d'accueil et d'accompagnement à la réduction de risques pour usagers de drogues
Cass civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCAM	Classification commune des actes médicaux
CD-ROM	Compact disc-ready only memory
CE	Conseil d'État
CE	Conseil de l'Union européenne
CESE	Conseil économique, social et environnemental
CEPS	Comité économique des produits de santé
CGI	Code général des impôts
Ch.	Chambre
CHT	Communauté hospitalière de territoire
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMU	Couverture maladie universelle
CMU-C	Couverture maladie universelle complémentaire
CNAM	Caisse nationale d'assurance maladie
CNEDiMTS	Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé
CNIL	Commission nationale de l'informatique et libertés
CNOG	Convention nationale d'objectifs et de gestion
CNOM	Conseil national de l'Ordre des médecins
CNR	Conseil national de résistance
CNTP	Comité technique national de prévention
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel

C. pén.	Code pénal
CPAM	Caisse primaire d'assurance maladie
CPTS	Communauté professionnelle territoriale de santé
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNNum	Conseil national du numérique
CROS	Comité régional de l'organisation sanitaire
CSG	Contribution sociale généralisée
CSMF	Confédération des syndicats médicaux français
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la Sécurité sociale
C2S	Complémentaire santé solidaire
D.	Recueil Dalloz
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DC	Décision
DHOS	Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins
<i>Dalloz IP/IT</i>	Dalloz droit de la propriété intellectuelle et du numérique
DGEFP	Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle
DGS	Direction générale de la santé
dir.	Sous la direction de
DMP	Dossier médical personnel ou Dossier médical partagé
DREES	Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques
<i>Dr. soc.</i>	Dalloz, Droit social
éd.	Édition
EHESP	École des hautes études en santé publique
<i>en part.</i>	En particulier
EPHAD	Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
ESP	Equipe de soins primaires

etc.	Et cætera, et ainsi de suite
ETP	Éducation thérapeutique du patient
ETAPES	Expérimentation de télémédecine pour l'amélioration des parcours
Fasc.	Fascicule
FISCS	Fonds d'intervention pour la qualité et la coordination des soins
FNMF	Fédération nationale de la Mutualité française
FNPEIS	Fonds national de prévention et d'éducation en information sanitaire
FPU	Forfait patient urgences
Gaz. Pal.	Gazette du palais
GHT	Groupement hospitalier de territoires
HAS	Haute Autorité de santé
HCAAM	Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie
HCSP	Haut conseil de la santé publique
HPST	Loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, santé et aux territoires
IA	Intelligence artificielle
<i>Ibid.</i>	Ibidem, dans le même passage, même ouvrage
IGAS	Inspection Générale des affaires sociales
IJSS	Indemnités journalières de Sécurité sociale
<i>In</i>	Dans
<i>infra</i>	Plus bas
INDS	Institut national des données de santé
INPES	Institut national de prévention et d'éducation pour la santé
InVS	Institut de veille sanitaire
IRJS	Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
IVG	Interruption volontaire de grossesse
JCl.	JurisClasseur
JCP G	La Semaine juridique, édition générale
JCP S	La Semaine juridique, édition sociale

JORF	Journal officiel de la République Française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
LFSS	Loi de financement de la Sécurité sociale
LOLF	Loi organisation relative aux lois de finances
LPPR	Liste des produits et prestations remboursables
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LSQ</i>	Liaisons sociales quotidien
MAUSS	Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales (Revue du)
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
n°	Numéro
NHS	National Health System
NTIC	Nouvelles technologiques de l'informatique et des communications
obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODENORE	Observatoire de non-recours aux droits et aux services
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONDAM	Objectif national des dépenses de l'assurance maladie
OPTAM	Option pratique tarifaire maîtrisée
Ord.	Ordonnance
ORE	Offre raisonnable d'emploi
OSYS	Orientation dans le système de soins (expérimentation)
OTSS	Organisation et transformation du système de santé
p.	Page(s)
PAA	Programme d'accompagnement à l'autonomie
PPAE	Projet personnalisé d'accès à l'emploi
PAP	Projet d'accompagnement à l'emploi
PARE	Plan de retour à l'emploi
PIB	Produit intérieur brut

PIRES	Protocole inter régimes d'examen spécial
PLFSS	Projet de loi de financement de la Sécurité sociale
PPAE	Projet personnalisé d'accès à l'emploi
PPC	Pression positive continue
<i>Prat.</i>	Pratique
PRSP	Plans régionaux de santé publique
PSAD	Prestataire de santé à domicile
PTA	Plateformes territoriales d'appui
PUF	Presses Universitaires de France
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUMA	Protection universelle Maladie
RAC	Reste à charge
RBP	Recommandations de bonnes pratiques
<i>RDP</i>	Revue de Droit public
<i>RDSS</i>	Revue de Droit sanitaire et social
<i>RGDA</i>	Revue générale de Droit administratif
<i>RGDM</i>	Revue générale de Droit Médical
RGPD	Règlement général sur la protection des données
<i>RFAS</i>	Revue française des affaires sociales
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
RFID	Radio Frequency Identification
RMO	Références médicales opposables
ROSP	Rémunération sur objectifs de santé publique
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Et suivant(s)
SAHOS	Syndrome de l'apnée et hypopnée obstructive du sommeil
SML	Syndicat des médecins libéraux
SMR	Service médical rendu
SNDS	Système national des données de santé

SNIAM	Système national d'information d'assurance maladie
SNS	Stratégie nationale de santé
<i>Soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Sous la dir.</i>	Sous la direction
<i>spé.</i>	Spécialement
SRAS	Syndrome respiratoire aigu sévère
SROS	Schémas régionaux d'organisation sanitaire
<i>supra</i>	Plus haut
t.	Tome
TASS	Tribunal des affaires de Sécurité sociale
TCA	Troubles du comportement alimentaire
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIC	Technologies de l'Informatique et des Communications
TUE	Traité de l'Union européenne
T2A	Tarification à l'activité
UE	Union européenne
UNEDIC	Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
UNCAM	Union nationale des caisses d'assurance maladie
URCAM	Union régionale des caisses d'assurance maladie
V.	Voir, voyez
Vol.	Volume
VSM	Volet de synthèses médicales

Sommaire

(Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

Introduction.....	23
<i>PARTIE I – L'état de la responsabilisation</i>	<i>49</i>
Titre I : Les contours de la responsabilisation	51
Chapitre I : Les origines de la responsabilisation	53
Chapitre II : La frontière de la responsabilisation	103
Titre II : Les voies de la responsabilisation	155
Chapitre I : La voie de l'incitation financière dans le recours au système de santé.....	157
Chapitre II : La voie de l'éducation thérapeutique dans la survenance du risque maladie	216
<i>PARTIE II – L'avenir de la responsabilisation</i>	<i>272</i>
Titre I – Une crainte	274
Chapitre I : La responsabilité revendiquée dans la Sécurité sociale	276
Chapitre II : La responsabilité revendiquée dans l'assurance privée	314
TITRE II – Un espoir	360
Chapitre I : Réhabilitation de la notion	362
Chapitre II : Amélioration de l'environnement	396
Conclusion.....	436
Bibliographie	442
Table des matières	496
Index.....	502

« Ce n'est point le corps des lois que je cherche mais leur âme. »

Montesquieu

- De l'esprit des lois

Introduction

1. « Nul en effet ne fera de reproche à un aveugle s'il l'est de nature ou par suite de maladie ou bien d'un coup qu'il a reçu ; au contraire, on le prendra plutôt en pitié. Mais s'il l'est par abus de vin ou d'une autre sorte d'intempérance, tout le monde va lui en tenir grief. Donc les vices corporels qui sont de notre responsabilité font l'objet d'une flétrissure »¹.

Aristote prône un mode de vie sain à l'égard de soi-même. Il serait immoral d'adopter des comportements nocifs pour sa propre intégrité physique. Mais l'éthique peut-elle interférer dans la relation qu'une personne entretient avec elle-même ? La question est philosophique et sociale. Elle revêt une autre dimension radicalement différente lorsque le droit s'empare de cette morale pour l'inscrire dans son corpus. Elle devient cinglante, lorsqu'elle vient interroger la liberté des individus. Mais pourquoi le droit embrasserait une telle philosophie ? Pourquoi les individus et la société devraient-ils juger des actes qui n'impactent que l'individu et sa santé ?

L'attitude des individus envers eux-mêmes entraîne des conséquences pour la société et par ricochet sur autrui. Ne pas prendre soin de sa santé favorise l'apparition ou l'aggravation de pathologies, nécessitant la délivrance de soins, plus ou moins nombreux et ce sur une période plus ou moins longue. Une même pathologie peut venir entraver le travail des individus et les priver de leurs revenus professionnels, nécessitant le versement de revenus de remplacement commandés par le besoin d'assistance et la nécessité de vivre dans des conditions décentes. Or, dans le système de protection sociale français, l'ensemble de ces dépenses sont supportées par la solidarité nationale. La maladie coûte cher à la collectivité. C'est pourquoi il peut être exigé d'un individu qu'il adopte une conduite responsable à l'égard des ressources de la Sécurité sociale et, par conséquent, à l'égard de sa propre santé.

¹ ARISTOTE, « Ethique à Nicomaque », R. BODEÛS (trad.) Flammarion, 2004, p.156.

Pour aborder le sujet de la responsabilisation de l'assuré social dans la prise en charge du risque maladie, il convient, dans un premier temps, de définir le phénomène de la responsabilisation (Section 1), puis saisir l'énigme au cœur de cette notion (Section 2).

Section I : Le phénomène de la responsabilisation

2. Plan - Pour tenter d'appréhender la notion, il convient de retracer son apparition historique dans la prise en charge du risque maladie (§1) puis de prendre du recul en la replaçant dans un contexte juridique plus global (§2).

§1. L'historique

3. Naissance de la responsabilisation de l'assuré social - Le terme de « responsabilisation » est apparu pour la première fois dans le rapport sur les orientations de la politique de santé et de Sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier, qui accompagne le projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2003. En 2004, le HCAAM recommandait une gestion active et critique du périmètre de soins pris en charge par l'assurance maladie et l'association des acteurs du système de santé, et plus particulièrement, de l'assuré social. L'objectif a été consacré par la loi du 13 août 2004 qui cherche à instituer une réforme structurelle dont l'objectif principal est de lutter contre les dépenses injustifiées². L'arsenal de lutte contre les fraudes est renforcé et les acteurs du système sont responsabilisés. Cela était déjà le cas pour les professionnels de santé depuis les années 1990 avec les références médicales opposables (RMO) élaborées en 1993 à l'occasion de la loi Teulade et reprises par le plan Juppé de 1996.

² Rapport sur les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier, annexe du projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2003, Ass. nat., n°250, 9 oct. 2002, p. 66 ; Proposition de loi visant à responsabiliser les assurés sociaux sur leurs dépenses personnelles de santé et à les informer sur les budgets des établissements publics en santé, Ass. nat. n°1193, 4 nov. 2003.

Les RMO désignent des soins ou prescriptions « *médicalement inutiles ou dangereux* », que le médecin est invité à ne pas effectuer³. La nouveauté de la réforme de 2004 réside dans l'association des assurés sociaux à l'effort économique national à mener. Ces derniers doivent désormais tendre vers un usage raisonné du système de santé pour contribuer à lutter contre les dépenses superflues de l'assurance maladie. La liberté dont bénéficient les assurés sociaux dans le système de santé doit avoir pour contrepartie une véritable responsabilisation de leur part. Cette volonté réagit à la dérive des dépenses de santé qui touche l'assurance maladie depuis sa création et s'accroît depuis le début des années 2000.

4. L'échec de la responsabilisation collective – Dès 1945, le Conseil national de la résistance alertait sur la nécessité de faire prendre conscience aux individus que les ressources de l'assurance maladie ne constituent pas une manne inépuisable. Néanmoins, la responsabilisation conçue par le Plan français de Sécurité sociale était de nature collective. Il s'agissait d'une démocratie sociale traduite par la présence de syndicats. Répondant à un modèle initialement assurantiel, l'assurance maladie connaissait une gestion paritaire et démocratique. Malheureusement, la volonté initiale des « Pères fondateurs » d'éveiller parmi les assurés sociaux la conscience de leur responsabilité n'a pas produit les effets escomptés⁴. Les organisations syndicales ont délaissé, dès les années 1950, leur rôle d'éducation des assurés sociaux pour se livrer à des rivalités de pouvoirs au sein des caisses. Pierre Laroque, directeur général des assurances sociales, puis de la Sécurité sociale d'octobre 1944 à octobre 1951 et souvent appelé le « père » de la Sécurité sociale de 1945, le déplorait à l'occasion du quarantième anniversaire de la Sécurité sociale : « *ce qui est plus grave, c'est que l'on*

³ CSS., art. L. 162-12-15.

⁴ G. HUTEAU, « La responsabilité collective vis-à-vis de la dette sociale : l'échec et le défi », *RDSS* 2022, p. 628.

n'a pas pu ou su créer dans la masse des bénéficiaires le sens de leur responsabilité à l'égard de l'institution »⁵.

Néanmoins, ce large échec ne devait pas conduire, selon lui, à renoncer à promouvoir l'idée de responsabilité de l'assuré social⁶. Bien plus tard, en 2016, Alain Supiot alertait sur le besoin de repenser l'institution sociale pour lui redonner vie car, plus qu'un déficit financier, l'assurance maladie subit un déficit intellectuel qui ne permet pas de la repenser. Il dénonçait à son tour une « *perte de la conscience que la Sécurité sociale est un bien commun et non une manne céleste inépuisable* »⁷. L'accumulation de choix individuels entraîne des conséquences collectives, financières et sanitaires. L'inspection générale des affaires sociales (IGAS) ajoutait en 2016 que « *Notre système de protection sociale entend apporter la plus grande protection possible à chaque assuré face au risque entraîné par la maladie. Dans ces conditions, il peut paraître logique qu'en contrepartie chaque assuré adopte un comportement qui n'accroît pas inutilement la charge qui pèse sur la solidarité collective. Le patient pourrait donc être appelé à faire preuve de responsabilité, s'il entend par ailleurs bénéficier pleinement de l'effort de solidarité fait par la collectivité en faveur de la*

⁵ P. LAROQUE, *La sécurité sociale*, Les essentiels, 2020, p. 549. La responsabilisation envisagée par Pierre Laroque lors de la création de la sécurité sociale résidait dans la démocratie sociale : « *il faut des organismes proches des hommes, de dimension limitée pour que chacun les connaisse et s'en sente effectivement responsable. C'est cela aussi la démocratie sociale [...] il s'agit surtout de créer et de développer des comportements nouveaux ; de modifier profondément la société dans son esprit même* », in P. LAROQUE « Avant-propos » in « 40 ans de sécurité sociale » *RFAS* 1985, numéro spécial ; M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45 ; R. RUELLAN, « Vers une réconciliation de la politique de santé et de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2003, p. 410.

⁶ Pierre Laroque en appelait à une « *action éducative d'ensemble développant chez tous la conscience active d'une responsabilité, le sentiment d'une solidarité concrète sans laquelle il ne saurait y avoir le véritable démocratie sociale* » in P. LAROQUE « Avant-propos » in « 40 ans de sécurité sociale » *RFAS* 1985, numéro spécial. L'accent mis sur la solidarité et la responsabilité partagée ne signifie pas reprendre à l'identique l'approche solidariste de Léon Bourgeois et Léon Duguit précise Diane Roman in D. ROMAN, « La responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 234.

⁷ A. SUPIOT, « La sécurité sociale entre transformisme et réformisme », *RDSS* 2016, p. 5 ; J. GROS « Solidarités », *ADSP* déc. 2005 – mars 2006, n°53-54, p. 91 : « *le retour à une plus grande fermeté en la matière ne constitue pas une véritable innovation, mais plutôt une réaction face à une altération des valeurs fondatrices* ».

santé de chacun », rappelle l'IGAS⁸. Deux ans plus tard, Emmanuel Macron, dans son discours tenu devant le congrès de la Fédération nationale de la Mutualité française (FNMF) à Montpellier le 13 juin 2018, a assumé un « *discours d'accompagnement et de responsabilisation qui doit transformer nos politiques sociales* »⁹.

5. L'apparition corrélative de la responsabilisation du patient dans la gestion de sa santé - La réforme structurelle menée par la loi du 13 août 2004¹⁰ est soutenue par l'adoption concomitante d'une loi de santé publique le 9 août 2004¹¹. Leur proximité temporelle interpelle et souligne la volonté du législateur d'opérer une convergence législative nécessaire à une réforme structurelle du système de santé. Le projet de la loi présenté en première lecture à l'Assemblée nationale exprimait déjà la volonté d'opérer une réforme législative « *de l'ensemble de notre système de santé* ». L'adoption de ces deux lois marque la fin d'une ignorance mutuelle, entre droit de la santé et droit de l'assurance maladie, au profit d'une convergence nécessaire¹². Ces deux lois cherchent toutes deux à réaliser une prise en charge la plus efficiente possible afin de répondre à des objectifs économiques et thérapeutiques communs. La loi du 13 août 2004 multiplie les références à l'évaluation et la qualité des soins, conformément à la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 qui instaure une logique d'évaluation des dépenses de santé publique¹³. La loi du 9 août 2004 s'inscrit dans cette logique : elle encadre l'évaluation et la qualité de la politique de santé et instaure des plans régionaux de santé publique. Elle entend aussi réaliser une responsabilisation des

⁸ D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 247.

⁹ « Discours du Président de la République, Emmanuel Macron », Congrès de la Mutualité Française tenu à Montpellier le 13 juin 2018.

¹⁰ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, JORF n°0190 du 17 août 2004.

¹¹ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JORF n°185 du 11 août 2004.

¹² M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p.45 ; D. TABUTEAU, « Politique d'assurance maladie et politique de santé publique : cohérence et incohérences des lois des 9 et 13 août 2004 », *Dr. soc.* 2006, p. 200.

¹³ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances ; HCSP, Rapport « Objectifs de santé publique, évaluation des objectifs de la loi du 9 août 2004 », avril 2010.

usagers du système de santé, à l'égard de leur santé cette fois-ci¹⁴. Le terme « responsabilisation » est utilisé 24 fois dans les débats parlementaires¹⁵. L'objectif est de responsabiliser les individus à l'égard de leur santé en renforçant le déploiement de la prévention, déjà consacrée en santé publique par la loi du 4 mars 2002¹⁶. En sa double qualité d'assuré social et de patient, celui-ci constitue le cœur et la clé du succès de cette réforme, « *le point de bascule de notre modèle de prise en charge et de notre système de protection sociale* »¹⁷. Pour contribuer à la maîtrise des dépenses de Sécurité sociale, l'assuré social doit aussi être responsabilisé en sa qualité de patient, c'est-à-dire dans la gestion de sa santé.

6. L'évolution du risque maladie - Pour maîtriser le déficit de l'assurance maladie, il convient d'agir sur les facteurs des dépenses de santé. Parmi eux, peuvent être cités : l'augmentation du nombre de personnes couvertes en France, les progrès médicaux et surtout la chronicisation des pathologies qui engendre une augmentation structurelle des prestations en nature et une durée plus longue du versement des prestations en espèces. Selon l'OMS, en 2015, environ un tiers de la population mondiale souffrait d'une pathologie chronique. En France, en 2019, 10,7 millions de personnes étaient concernées par le dispositif dit des affections longue durée (ALD). Elles sont en réalité bien plus nombreuses : 20 millions selon l'Assurance maladie, soit 35% de la population couverte par le régime général à avoir recours à des soins liés à une pathologie chronique¹⁸. Aussi, les dépenses de soins hospitaliers demeurent le premier poste de dépenses. Enfin, la perception de la maladie a changé. Les progrès médicaux permettent de mieux prendre en charge les pathologies, mais aussi d'anticiper

¹⁴ G. HUTEAU, « Vers quel pacte de responsabilité pour l'assuré social ? », *Gazette du Palais*, éd. spéc., août 2014, n°234 ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n°41, p. 79.

¹⁵ Rapport de l'Assemblée nationale, n°1617, t.I, mai 2004.

¹⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.

¹⁷ D. TABUTEAU, « Assurance maladie : les « standards » de la réforme », *Dr. soc.* 2004, p.872.

¹⁸ Toute pathologie chronique n'est pas prise en charge par l'assurance maladie au titre du dispositif ALD, ce qui explique la différence importante entre ces deux chiffres. M. CHASSANG et A. GAUTIER, Avis du CESE « Les maladies chroniques », 2019, p.12.

leur apparition. L'apparition du numérique en santé, dénommé *e-santé*, permet de suivre de manière plus précise et instantanée l'évolution de la maladie. Chacun désire être acteur de son bien-être et de sa santé, par le biais de la connaissance de ses données de santé. Aussi, les innovations technologiques et l'apparition du « *sur mesure de masse* » amènent à repenser la frontière entre individu et société¹⁹. Les technologies rendent la responsabilisation des individus inéluctable.

§2. Définitions

7. Étymologie de la responsabilisation - Les lois et discours politiques ne cessent d'appeler à la responsabilisation de l'assuré social, mais celle-ci n'est jamais définie. Cela est sans doute dû à ses origines. La « responsabilisation » est un néologisme, issu de l'anglais « *responsible* »²⁰. Il a été ajouté au verbe responsabiliser le suffixe « ation », dérivé du latin « *actionem* » qui signifie « action »²¹. La responsabilisation désigne donc l'action de responsabiliser. L'adjectif responsable revêt une connotation morale désignant un individu « sérieux, réfléchi »²². La responsabilisation pourrait être définie comme une technique législative qui consiste en « *l'instauration de normes d'encouragement à suivre une conduite déterminée, soit par le rattachement à cette conduite de conséquences positives, soit par la mise en*

¹⁹ Selon la Présidente de la CNIL, Isabelle Falque-Pierrotin, « *l'entrée massive des algorithmes dans le quotidien de nos vies est une vraie rupture* » et Eric Sadin va jusqu'à affirmer qu'il s'agit d'un « *tournant anthropologique civilisationnel* ». V. : P. BECKOUCHE, « La révolution numérique est-elle un tournant anthropologique ? », *Le Débat* 2017, n° 193, p. 162.

²⁰ Un néologisme désigne « *tout mot de création récente ou emprunté depuis peu à une autre langue ou toute acception nouvelle donnée à un mot ou à une expression qui existaient déjà dans la langue* » selon la définition du Larousse. V. : www.larousse.fr.

²¹ A. BOURDENX, *La responsabilisation : essai sur la transformation de la protection sociale*, Thèse de droit, Université de Bordeaux, 2023, p. 3.

²² « Responsable » in A. REY (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 3^e éd., 2006, p. 3210.

œuvre de conditions favorables fonctionnant comme motivation »²³. La responsabilisation de l'assuré social constitue la traduction juridique d'un concept moralisateur qui « *s'entend à la fois comme l'action de rendre quelqu'un responsable ou de le rendre davantage responsable et, plus couramment, comme le fait de faire peser moralement une responsabilité* »²⁴. Elle tend à orienter le comportement des individus en agissant sur leur conscience. L'objectif est bien de rendre un individu conscient de ses responsabilités tout en lui laissant sa liberté d'action et son autonomie. Mais cette définition prend diverses formes sur le plan juridique, rendant difficile son appréhension.

8. L'assuré social – Patient, assuré, allocataire, usager, citoyen sont autant de vocables qui semblent désigner une seule et même personne : celle qui recourt au système de santé et à la prise en charge par la Sécurité sociale²⁵. Malgré un usage peu rigoureux dans le langage courant, ces termes renvoient à des régimes juridiques distincts. Le droit de la santé appréhende le patient dans la relation médicale qu'il établit avec le praticien médical, alors que le droit de l'assurance maladie considère l'assuré social en fonction de son usage du système de santé. L'allocataire correspond à l'assuré social, c'est-à-dire au titulaire d'un droit à prestations, tandis que l'usager est la personne qui entre en relation avec les services de soins et santé. Aussi convient-il de préciser que tout assuré social n'est pas nécessairement un patient. La qualité d'assuré social est statutaire, acquise indépendamment du recours au système de santé. Le patient-assuré social n'en est pas moins au cœur du système de santé. La nouvelle

²³ « Incitation » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 15^e éd., 2024; A-J ARMAUD (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 294 et s. ; I. VACARIE, A. ALLOUACHE, A-S GINON, Y. FERKANE et S. LEROY, « Crise de l'État-providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2008, p. 1103.

²⁴ A-C DUFOUR, « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055 ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n° 41, p. 79.

²⁵ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 369 ; B. PITCHO, « La notion de malade, patient, citoyen », *RGDM* 2004, p. 49.

responsabilisation dont il est question n'est plus seulement liée au caractère d'allocataire mais aussi à la qualité d'usager du système de santé.

9. *La prise en charge du risque maladie* – Le risque maladie, contrairement à d'autres risques sociaux, a pour particularité de s'inscrire dans un système tripartite. Le premier acteur est la personne malade, qualifiée tantôt de patient tantôt d'assuré social. Le second acteur est le système de santé qui organise les soins hospitaliers, les mesures d'hygiène, les mesures curatives et préventives. Le troisième acteur est l'assurance maladie qui, quant à elle, organise les soins de ville et solvabilise les soins administrés aux assurés sociaux en rémunérant les acteurs du système de santé. Elle prend en charge les prestations en nature que sont les frais médicaux, chirurgicaux, dentaires, contraceptifs, pharmaceutiques, d'hospitalisation, de rééducation, d'appareillage et de cure thermale²⁶. Elle couvre aussi les frais relatifs aux actes et traitements réalisés dans le cadre de programmes de prévention et les frais d'hébergement et de traitement des enfants ou adolescents handicapés dans les établissements spécialisés. Enfin, l'assurance maladie verse aux assurés sociaux des prestations en espèces, qui elles, prennent la forme d'indemnités journalières de la Sécurité sociale (IJSS)²⁷ pour compenser la perte de gain par l'assuré en raison de son incapacité physique de travail²⁸.

§3. Contexte

10. *Un usage initialement politique* - Le terme de « responsabilisation » était initialement utilisé par le droit constitutionnel anglais, afin de désigner l'obligation pour les ministres de quitter le gouvernement lorsque le corps législatif

²⁶ CSS, art. L. 160-8.

²⁷ CSS, art. L. R. et D. 323-1 et s.

²⁸ Le risque social prend soit la forme d'une perte de revenus professionnels, à la suite d'une altération physique de la force de travail (maladie) ou à la suite d'une altération économique de la force de travail (chômage), soit la forme d'un accroissement de charges (médicales, familiales, etc.). V. : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 1.

leur retirait sa confiance²⁹. Il s'est ensuite répandu dans les années 1990 dans les discours politiques et les journaux avec la signification « *d'obligation de répondre de ses actes* »³⁰. C'est dans le même sens que, depuis la fin des années 1990 en France, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises afin de « moraliser » la vie publique et la vie des affaires. Ce terme a par la suite été repris par le législateur pour moraliser non plus les pratiques d'un secteur, mais les pratiques d'individus, indépendamment de toute interaction sociale.

11. La responsabilisation d'entités morales – Depuis quelques années est apparu le concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE) à l'initiative de certaines organisations internationales³¹. L'objectif est ici de moraliser l'activité des entreprises multinationales dont certaines pratiques ont été jugées parfois peu éthiques. Dans le domaine du textile, par exemple, les conditions de travail et de rémunération ont souvent été fustigées sur la place publique par des organisations non gouvernementales³². Le concept de RSE interpelle tout de suite le juriste en ce qu'il affiche une opposition claire au domaine juridique. La responsabilité serait-elle sociale par opposition à la responsabilité juridique ? La Commission européenne la définit comme « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* ». Une entreprise qui pratique la RSE va donc chercher à avoir un impact positif

²⁹ Le premier emploi du terme « *responsability* » est daté de 1787 dans The Oxford English Dictionary. V. : M. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 59.

³⁰ G. MARSHALL « *Rule of non legal accountability* », cité par P. AVRIL, « Responsabilité et *accountability* », in O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (sous la dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, p. 88 ; G. VINEY, *Traité de Droit civil, Introduction à la Responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2019, p. 32.

³¹ Le Conseil d'État dans son rapport annuel de 2013 établit 7 fiches pratiques sur l'utilisation du droit souple dans 7 domaines significatifs.

³² « *L'effondrement, le 24 avril, du bâtiment Rana Plaza, près de Dacca au Bangladesh, a fait plus de 1 100 morts et se classe parmi les catastrophes les plus meurtrières de l'histoire du travail. Pourtant, cette tragédie se distingue radicalement par ses causes et révèle, au-delà des très bas salaires ou des mauvaises conditions de travail, les formes extrêmes de production qui se cachent derrière la mondialisation* ». Cette catastrophe constitue le symbole des effets délétères dits de la fast-fashion, v. A. HATCHUEL, « Effondrement du Rana Plaza, la mort de l'industrie », *Le Monde* 26 mai 2013.

sur la société tout en restant économiquement viable³³. La norme ISO 26000, qui est un standard international, définit le périmètre de la RSE autour de sept thématiques centrales que sont : la gouvernance de l'organisation, les droits de l'homme, les relations et conditions de travail, l'environnement, la loyauté des pratiques, les questions relatives aux consommateurs, les communautés et le développement local. Dans le même sens, les mesures de moralisation pénètrent le domaine financier. Les accords « Bâle II » et « Bâle III » constituent un dispositif prudentiel destiné à mieux appréhender les risques bancaires et principalement le risque de crédit ou de contrepartie³⁴. Cette prudence est étendue au domaine des assurances avec la directive dite Solvabilité II³⁵. Mais la moralisation, loin de se cantonner aux entreprises, porte aussi sur le comportement des individus.

12. La responsabilisation de l'individu - La responsabilisation peut être individuelle et intervenir en aval comme en témoigne les mesures éducatives mises en place dans l'enseignement supérieur³⁶. Les sanctions disciplinaires applicables aux usagers des établissements publics d'enseignement supérieur peuvent constituer en des mesures de responsabilisation. L'article R. 811-36 du code de l'éducation dispose que *« La mesure de responsabilisation [...] consiste à participer bénévolement, en dehors des heures d'enseignement, à des activités de solidarité, culturelles ou de formation à des fins éducatives. [...] Elle peut être exécutée au sein de l'établissement, d'une association, d'une collectivité territoriale, d'un groupement rassemblant des personnes publiques ou d'une administration de l'État. Un arrêté du ministre chargé de l'enseignement supérieur fixe les clauses types de la convention conclue entre l'établissement et la structure susceptible d'accueillir des usagers dans le cadre de mesures de responsabilisation »*. C'est l'individu physique qui est ici intégré dans une démarche de responsabilisation, comme en droit pénal.

³³ www.economie.gouv.fr.

³⁴ Accord Bâle II, juin 2004, adapté en novembre 2005 ; Accord de Bâle III, déc. 2010.

³⁵ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

³⁶ Seuls sont visés les établissements publics de l'enseignement supérieur tels que les universités.

Les mesures de justice restaurative, qui se multiplient en procédure pénale³⁷. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 entend généraliser la prise en charge globale et pluridisciplinaire de la personne détenue afin que grâce à des mesures de réinsertion et de prévention de la récidive, la personne détenue puisse mener une vie responsable³⁸. L'objectif est de donner aux auteurs d'infraction une meilleure perception des lois en vigueur, des procédures et surtout des conséquences de leurs actes délictuels afin de réduire le risque de récidive. Des peines dites complémentaires se développent afin de responsabiliser les individus. Ainsi, l'article 131-5-1 du Code pénal liste 9 stages de responsabilisation qui peuvent être mobilisés par le juge, comme le stage de responsabilisation en matière routière, le stage de prévention pour lutter contre les violences sexistes et les violences au sein du couple³⁹. Ce type de condamnation est décliné dans d'autres domaines, comme l'usage de produits stupéfiants⁴⁰.

13. Variété des outils des responsabilisation La responsabilisation prend aussi diverses formes. Située en amont, elle peut prendre la forme d'une taxe comme l'illustre la taxe dite carbone créée en 2014. Le but de cette fiscalité est de faire évoluer les comportements des acheteurs et des producteurs vers des produits moins émetteurs de gaz à effet de serre⁴¹. L'objectif est de décourager les individus et les entreprises à recourir aux énergies fossiles. Dans le même sens, l'article 97 de la loi de finances pour 2024 durcit la fiscalité applicable aux véhicules polluants⁴². Depuis janvier 2024, le seuil de déclenchement de la taxe est de 118 grammes de CO₂/km pour un montant de

³⁷ T. SLINGENEYER « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal*, 2007, p. 1 ; F. DIGNEFFE et T. MOREAU, *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, éd. Larcier, coll. « Perspectives criminologiques », 2006 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 7^e éd., 2024, p. 1281 et s., n°1705 et s. ; J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 10^e éd., p. 69 et s. ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Dalloz, coll. « Précis », 28^e éd., 2023, p. 479 et p. 586 et s. ; M. DEGOFFRE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000, p. 314 ; V. RASSAT, *Pour une politique anti-criminelle du bon sens*, table ronde, 1983.

³⁸ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, JORF n°0273 du 25 novembre 2009.

³⁹ C. pén., art. 222-1 à 222-43-1.

⁴⁰ C. pén., art. 131-16.

⁴¹ www.ecologie.gouv.fr.

⁴² www.economie.gouv.fr.

50 euros. La dernière tranche du barème s'élève à 60 000 euros pour les véhicules ayant un taux de CO₂ supérieur à 193 grammes de CO₂/km. En aval, la responsabilisation peut prendre la forme d'une sanction financière. Par exemple, le médecin qui ne respecte pas les références opposables relatives à la maîtrise des dépenses peut être sanctionné financièrement⁴³ ; mais il n'est pas certain que les références médicales opposables puissent être invoquées dans une action en responsabilité⁴⁴. Pour ce qui est des normes prudentielles « Solvabilité II », une sanction est aussi applicable. L'article L. 612-39 du Code monétaire et financier dispose que « *si une entreprise d'assurance ou de réassurance enfreint une disposition législative ou réglementaire, n'a pas remis le programme de rétablissement demandé, ou n'a pas respecté les conditions posées à l'occasion d'une demande d'agrément, la commission des sanctions peut prononcer diverses sanctions disciplinaires* »⁴⁵. La commission des sanctions peut également prononcer une sanction pécuniaire pouvant atteindre cent millions d'euros ou 10% du chiffre d'affaires annuel net, ou le décuple du montant de l'avantage retiré du manquement, si cet avantage peut être déterminé.

14. La variété des formes de responsabilisation à travers le monde - La responsabilisation de l'assuré social dans la prise en charge du risque maladie prend elle-même diverses formes dans le monde. L'ensemble des pays développés évoluent vers le schéma de l'État social actif, rompant avec la figure d'État payeur passif. L'Union européenne a constaté cette évolution dans la majorité de ses États membres confrontés à l'envolée des dépenses de santé⁴⁶. Les États ciblent davantage l'objet des remboursements. Ce mouvement est qualifié de *managed-care*. Apparue dans les années

⁴³ X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020, p. 394 ; CE, 3 juill. 1998, *AJDA* 1998, p. 633 ; CE, 28 juill. 1999, *RJD* 1999, n°1280.

⁴⁴ C. ATIAS, « Les RMO : révolution ou continuité » *RDSS* 1994, p. 23 ; CE, 12 janv. 2005, p. 1009, note J-P MARKUS ; Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janv. 2005, n°03-14.206.

⁴⁵ Ces sanctions incluent : l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, la suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants ; la démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants, le retrait partiel d'agrément, le retrait total d'agrément ou la radiation de la liste des personnes agréées, avec ou sans nomination d'un liquidateur.

⁴⁶ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 20^e éd., 2024, p. 87, n°108.

1990 aux États-Unis, le terme désigne les techniques administratives destinées à contrôler les dépenses de santé en agissant sur l'organisation et le financement des soins. De manière générale, les politiques publiques s'inspirent de la micro-économie et le droit de la Sécurité sociale est aujourd'hui guidé par un objectif d'efficience. Des outils de quantification sont déployés et les assurés sociaux sont traités comme des agents rationnels mus par leurs intérêts individuels⁴⁷. En individualisant les assurés sociaux, les politiques publiques cherchent à orienter le comportement des destinataires vers un usage efficient des ressources collectives, transformant le droit en outil d'effectivité. Le droit est aujourd'hui individualisé⁴⁸.

Mais cette évolution prend des formes variables selon le système déjà mis en place. Dans certains pays, où les droits sociaux ne sont pas considérés comme des droits acquis ni de tirage, l'accès à la santé devient conditionné⁴⁹. Par exemple, aux États-Unis et au Royaume-Uni, les droits sociaux ne sont pas considérés comme des droits de tirage et un rationnement des soins a été mis en place. Pierre Rosanvallon rappelle que, dans la mesure où les États-Unis constituent un État libéral, l'idée de dette sociale collective n'existe pas. La réparation qui intervient auprès des individus se base sur leurs droits civils, conçus de manière exacerbée, et non sur le fondement des droits sociaux. Il n'y a jamais eu, à la différence des pays européens, de socialisation du risque au travers des assurances⁵⁰. A ainsi été mis en place le « *life rationing* », selon l'idée que, dans un contexte de ressources limitées, les autorités de santé (le National Health System au Royaume-Uni – NHS) devraient être autorisées à refuser des traitements non vitaux pour les patients fumeurs ou obèses qui ne cherchent pas à perdre du poids ou à

⁴⁷ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 149.

⁴⁸ A-S GINON, « Les transformations de la sécurité sociale : question de droits ou du droit ? », *RDSS* 2016, p. 80.

⁴⁹ J. DE KERVASDOUE, « La maîtrise des dépenses d'assurance maladie est-elle possible ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation*, Economica, 2000, p. 643 ; B. PALIER, *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, 2002, p. 264.

⁵⁰ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 64.

arrêter de fumer⁵¹. Aux termes des nouvelles règles, les personnes en surpoids qui ne perdraient pas un certain nombre de livres selon les critères de la NHS (10 % de leur poids si leur indice de masse corporelle est supérieur à 30) seraient empêchées d'accéder aux actes chirurgicaux électifs pendant une période pouvant aller jusqu'à douze mois. Les fumeurs, quant à eux, devraient attendre six mois s'ils refusent d'arrêter le tabac. En Hongrie, en 2012, a été imposée l'obligation pour les diabétiques de se soumettre à un contrôle trimestriel du taux de glucose. En cas d'écart à deux reprises dans l'année de ce taux par rapport aux normes sanitaires, la sanction consiste en une baisse du taux de remboursement des traitements par l'État et une éviction de l'accès aux médicaments les plus efficaces⁵².

Ce mouvement de responsabilisation des individus à l'égard de leur santé est aussi fortement promu par les compagnies d'assurances privées. Aux États-Unis, par exemple, elles invitent les souscripteurs à adopter un comportement prudent et responsable en échange d'une réduction de la prime versée. C'est une transposition du modèle *pay as you drive* en matière automobile, dont le principe est d'ajuster la prime d'assurance au comportement réel de l'assuré grâce à un suivi en temps réel de sa conduite par l'usage de technologies connectées et embarquées⁵³. Si l'activation des dépenses de santé a été mise en place dans certains pays étrangers, une telle modalité est-elle envisageable en France ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de répondre à l'énigme que pose la notion de responsabilisation.

⁵¹ « Should GPs ration by lifestyle ? Yes we're picking on patients to save cash », *Pulse* 19 mars 2012 ; D. ROMAN, « La « responsabilisation » de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), Dalloz, 2016, p. 234 ; A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition du remboursement des soins ? », *D.* 2014, p. 936.

⁵² G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 130.

⁵³ A. CHARPENTIER et R. SUIRE, « Données et santé – Valeurs, acteurs et enjeux », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2016, n°107, p. 111 ; L. PERDRIC, « Les sanctions en droit des assurances. De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in *Les sanctions en droit contemporain*, 2012, vol.1, p. 328.

Section 2 : L'énigme de la responsabilisation

15. Plan - La responsabilisation comporte intrinsèquement un paradoxe (A), qu'il est nécessaire de résoudre au regard des enjeux que son indétermination suscite (B).

§1. Le paradoxe

16. Les ambiguïtés de la responsabilisation - « Être responsable » ou « responsabiliser » sont des expressions du langage courant qui n'en sont pas moins vagues dans le domaine juridique. Les mots peuvent porter à débat lorsque le droit emploie le langage ordinaire, accompagné de ses ambiguïtés et de ses imprécisions. L'analyse des différents domaines dans lesquels est déployée la responsabilisation permet de souligner son absence de définition juridique ainsi que les diverses modalités déployées. La responsabilisation est désormais omniprésente dans tous les domaines du droit, mais la variété des formes qu'elle emprunte rend difficile la qualification de cette notion énigmatique pour le domaine juridique. Les discours publics oscillent entre l'usage du terme de responsabilité et celui du terme de responsabilisation. Comment donc définir la responsabilisation ? Est-ce un nouveau concept juridique qui ne peut être appréhendé par les outils traditionnels du droit ou au contraire, un mécanisme juridique ancien marqué du sceau de la morale ?

17. Éléments d'opposition – La responsabilité s'entend communément comme l'obligation de répondre de ses actes, la sanction juridique d'un comportement dommageable. La responsabilité aurait une fonction commutative et économique, tandis que la responsabilisation aurait une fonction morale destinée à améliorer le comportement des individus, à l'égard de la société ou d'eux-mêmes. Si la responsabilisation avait bien la connotation morale que son étymologie lui attribue, alors la responsabilisation serait distincte de la responsabilité. Pourtant, rien n'est moins sûr. La responsabilité est une notion fluctuante ; il s'agit d'un terme polysémique, juridique et moral. Son visage évolue au cours des siècles pour répondre

aux différentes aspirations sociales⁵⁴. Dans ces conditions, la responsabilisation serait-elle le retour d'une responsabilité civile à connotation morale ?

18. Eléments de porosité - La responsabilité se trouve à la rencontre « *entre la morale individuelle et l'éthique sociale ; entre l'assurance et le châtement ; entre le dommage, la faute et le risque ; entre la logique de la causalité et celle de l'imputabilité ; entre les obligations du responsable et les droits des victimes, entre la punition assurée par la collectivité et la justice privée* »⁵⁵. Constituant parfois un mécanisme punitif, la responsabilité remplit parfois aussi une fonction purement indemnitaire⁵⁶.

Durant la Rome Antique la responsabilité était commutative, détachée de la notion de faute. L'action fautive telle qu'elle est entendue aujourd'hui relevait du droit pénal et de la matière contractuelle, domaine dans lequel la notion de bonne foi est apparue. La finalité indemnitaire perdurera jusqu'à l'époque féodale, période pendant laquelle le terme « *responsable* » fut employé en tant que substantif pour désigner un homme ayant la charge à vie de payer à un seigneur la rente d'un fief ecclésiastique. Par la suite, en 1304, ce terme fut employé en tant qu'adjectif pour qualifier une personne recevable à agir en justice. Puis, émerge l'idée d'une responsabilité morale pour faute. Dès le début du XVII^e siècle, Grotius écrit une formule générale qui assure le principe de responsabilité pour faute personnelle, pour la première fois dans son *Introduction*

⁵⁴ Sur la distinction entre droit et morale, v. : F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 16^e éd., 2024, p. 86, n°65.

⁵⁵ P-M. DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1344.

⁵⁶ Michel Villey reconnaît que le sens étymologique du terme responsable est juridiquement le plus juste pour décrire le mécanisme. La responsabilité serait commutative. Néanmoins, il reconnaît qu'il ne peut être fait l'économie de son évolution et de sa signification morale. V. : M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, 1977, t. XXII, p. 45 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 604 ; F. TERRE, « Propos sur la responsabilité civile » : *Arch. Phil. Dr.*, 1977, t. XXII, p. 37 ; D. ROMAN, « La « responsabilisation » de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON, F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 241. Sur la finalité purement indemnitaire peut être cités l'élargissement de la responsabilité pour faute du médecin et le besoin d'assurance engendré, v. : P. PIERRE. « La responsabilité pour faute des professionnels de la santé ». *Lamy Droit de la responsabilité*, 2006, p.404 et s.

au droit hollandais, puis reprise dans son célèbre traité *Du droit de la guerre et de la paix*, paru en 1625. Puis, dans la lignée de l'école du droit de la Nature et des Gens, Domat et Pothier contribuent à l'élaboration du principe de responsabilité⁵⁷. Les travaux influencent les rédacteurs du Code civil de 1804 qui consacrent le principe de responsabilité pour faute à l'ancien article 1382 du Code civil devenu articles 1240 et 1241⁵⁸. L'adjectif responsable vient à qualifier la personne qui doit rendre compte de ses actes et de ceux des personnes dont elle a la garde⁵⁹. « *L'homme « obligé » de tenir une certaine conduite en sera déclaré responsable* »⁶⁰. Toute faute entraînant un dommage oblige son auteur à réparation. La responsabilité oscille alors entre deux fonctions. Elle intervient lorsque l'individu manque à ses obligations, commettant ou non une faute, répondant ainsi à une fonction indemnitaire et punitive⁶¹. Concept central du droit, la responsabilité est évolutive et son contenu varie selon les époques car le droit évolue et s'adapte aux besoins de la société⁶².

⁵⁷ Pothier établit une définition des délits et quasi-délits.

⁵⁸ F. TERRE, « Propos sur la responsabilité civile » : *Arch. Phil. Dr.*, 1977, t. XXII, p. 37 ; A. TUNC, « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », *Mélanges T-J. DORHOUT-MMEES*, 1974, p. 145 ; P-M DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND ET S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{er} éd., 2003, p. 1343 ; M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, 1977, t. XXII, p. 45. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 604 ; G. VINEY, *Traité de Droit civil, Introduction à la Responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2019, p. 32 ; M. BACACHE- GIBEILI et C. LAROMET (sous la dir.), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd., 2021, p. 6 et s. ; O. DESCAMPS, « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la justice* 2009, n° 19, p.291.

⁵⁹ P-M DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{er} éd., 2003, p. 1343 ; G. VINEY, *Traité de Droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2019, p. 181 et s.

⁶⁰ M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, 1977, t. XXII, p. 45 ; F. TERRE, « Propos sur la responsabilité civile » : *Arch. Phil. Dr.*, 1977, t. XXII, p. 37.

⁶¹ La responsabilité étudiée est celle qui cherche à sanctionner le non-respect d'une obligation médicale dans le cadre d'une relation unissant un assuré social aux caisses d'assurance maladie et non dans le cadre d'un contrat médical.

⁶² M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 45 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 604 ; J. CHEVALLIER « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM et G. MARTIN (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, PUF, 1998, p. 36 ; B. OPPETIT, « Le droit hors la loi », *Droits*, 1989, n°10, p. 47 ; P. POINGT « Le concept de responsabilité », *RGDM* 2008, p. 301.

Il est légitime de se demander si la responsabilisation constitue une nouvelle forme de responsabilité dont la finalité serait toujours morale ou un concept moral qui recourt à des outils juridiques non coercitifs. Paul Ricœur distingue quant à lui la responsabilité-charge et la responsabilité-imputation comme deux formes autonomes de responsabilité⁶³.

19. L'apparition d'une nouvelle forme de responsabilité préventive ? – Dès la Grèce Antique, la responsabilité est évoquée par Aristote dans son *Éthique à Nicomaque*, plus pour réputer un individu responsable que pour engager sa responsabilité de façon rétrospective. Les philosophes Hans Jonas et Paul Ricœur ainsi qu'une partie de la doctrine civiliste défendent l'idée, à l'époque moderne, que le droit de la responsabilité pourrait s'émanciper d'une approche tournée vers le passé, afin de servir de levier à la promotion des comportements responsables⁶⁴. Le professeur Geneviève Viney, écrit à propos de la fonction indemnitaire de la responsabilité : « *on s'aperçoit aujourd'hui que cette vision est réductrice et qu'il importe de faire place également à d'autres fonctions, telles que la prévention, l'incitation, la dissuasion, être responsable n'est-ce pas aussi se responsabiliser de faire face au futur ?* »⁶⁵. Pour le professeur Muriel Fabre-Magnan « *la responsabilité est souvent perçue uniquement comme le droit de la réparation des dommages déjà survenus. Mais cette conception est bien trop restrictive. Lorsque l'on qualifie une personne de « responsable », la formule décrit une situation générale et ne suppose nullement qu'un dommage ait*

⁶³ P. RICŒUR, « Le concept de responsabilité, Essai d'analyse sémantique », in P. RICŒUR *Le Juste I*, éd. Esprit, 1995, p. 41. Sur la conception d'imputation et de justification de Püfendorf, v. : A. GIULIANI, « Imputation et justification », » : *Arch. Phil. Dr.*, 1977, t XXII p. 86.

⁶⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 646 et s. ; M. BACACHE-GIBEILI et C. LAROUMET (sous la dir.), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd., 2021, p. 36 et s. ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., 2019, p.98 ; C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.* 1999, p. 591 ; C. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité », *D.* 1999, p. 323.

⁶⁵ P-M DUPUY, « Responsabilité » in D. ALLAND ET S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1341 ; V. aussi : A. ROUYERE, « Protection de la santé publique et droit de la responsabilité », *RGDM*, numéro spécial « La protection de la santé publique », 2005, p. 105.

d'ores et déjà été causé à autrui. Être responsable signifie être prêt à assumer les éventuelles conséquences de ses actes, c'est-à-dire les éventuels dommages futurs. Il s'agit alors d'essayer d'en prévenir la survenance »⁶⁶.

Selon ce courant doctrinal, la responsabilité correspond à l'idée générale de devoir répondre de ses actes, qu'ils soient passés ou futurs et que les dommages soient déjà réalisés ou non. Il s'agirait d'une fonction autonome et suffisante par rapport à la fonction indemnitaire, libérée de toute référence à un quelconque préjudice. Ce courant trouve aujourd'hui un écho dans le développement du principe de précaution au-delà du domaine de l'environnement, qui constituerait un nouveau fondement de la responsabilité civile⁶⁷. L'action en responsabilité consisterait alors à anticiper les dommages graves et incertains en appréhendant le risque de dommages scientifiquement incertains. L'apparition d'une telle responsabilité dans la Sécurité sociale a été envisagée par le professeur Gérard-Lyon Caen, il y a bon nombre d'années : « *Il est permis de penser que la faute ne doit plus alors s'accompagner de son effet traditionnel : la sanction, mais doit être l'occasion d'une politique de prévention. Peut-être sera-ce l'apport le plus substantiel du droit de la Sécurité sociale à l'évolution générale du droit ? La Sécurité sociale comme police des mœurs ? Il faut y songer »⁶⁸.*

§2. Les enjeux

20. Une nécessité économique – La part des dépenses de santé a considérablement augmenté en France, passant de 7,8% du PIB en 2000 à 9% en 2016

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ M. BACACHE- GIBEILI ET C. LAROMET (sous la dir.), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd., 2021, p. 51 et s. ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005.

⁶⁸ G. LYON-CAEN, « Le rôle de la faute dans le droit de la sécurité sociale », Rapport général au VII^e Congrès international du droit du travail et de la sécurité sociale, Varsovie, 1970, Ed. Polska Akademia Nauk 1970.

et 8,6% en 2019⁶⁹. Le déficit de l'assurance maladie française a atteint un niveau abyssal en 2004. Les dépenses de santé étaient cette année de 11,6 milliards d'euros et le déficit cumulé de 28 milliards d'euros⁷⁰. Ces dernières années ne sont pas non plus marquées par une amélioration significative. Selon la Commission des comptes de la Sécurité sociale, le déficit prévu pour l'année 2024 devrait atteindre 16,6 milliards d'euros, ce qui est très éloigné des 10,5 milliards inscrits dans la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2024. Si l'assurance vieillesse occupe une part certaine dans les dépenses de Sécurité sociale, la situation se dégrade nettement pour l'assurance maladie, passant d'une prévision de déficit de 8,5 milliards à 11,4 milliards. La France est aujourd'hui, le troisième pays qui dépense le plus en matière de santé, avec 11,9% du PIB, contre 11% en moyenne dans l'Union européenne. Mais elle est aussi le pays de l'OCDE qui impose à ses assurés le plus faible reste à charge avec 8,7% en 2021.

21. Un défi social – Qualifier la notion de responsabilisation ne constitue pas une lubie ou un exercice de style pour juriste zélé. Il s'agit d'une nécessité juridique et sociale. « *Les mots du droit ont un sens parce qu'ils ne servent pas seulement à décrire, mais aussi à agir* »⁷¹ Définir la responsabilisation est donc indispensable pour en faire une notion juridique pleinement mobilisable et contribuer à la sauvegarde du système de protection sociale. Il s'agit d'une nécessité mais aussi d'un défi. L'indétermination de la notion pourrait s'avérer lourde de conséquences en laissant dans l'ombre le régime qui lui est applicable. Si la responsabilisation ne constitue pas une notion juridique nouvelle, mais bien une responsabilité à la dimension morale, alors le système de protection sociale français est menacé. La Sécurité sociale ainsi que les assurances

⁶⁹ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 71, n°96 ; SECRETARIAT D'ÉTAT A LA PROSPECTIVE, A L'EVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES ET AU DEVELOPPEMENT DE L'ECONOMIE NUMERIQUE, Rapport « France 2025 – Diagnostic stratégique : État des lieux 2008 », avr. 2008 ; INSEE, Rapport « Tableau de l'économie française », 2020, p.90.

⁷⁰ VIE PUBLIQUE, « L'évolution des dépenses de protection sociale (des années 1960 aux années 2000) », in www.vie-publique.fr. Les dépenses de santé des années 2020 et 2021 ne sont pas prises pour comparaison, étant jugées non significatives au regard du caractère hors-norme de l'épidémie du Covid-19.

⁷¹ P. PEDROT, « Avant-propos : la force des mots », *RGDM* numéro spécial « Le sens des mots », 2008, p. 7.

complémentaires, dont l'objectif est la prise en charge des risques dits sociaux, assurent une prise en charge basée sur la solidarité nationale⁷². La responsabilité et les assurances sociales de 1930 se sont montrées insuffisantes car elles n'ont pas permis d'assurer une prise en charge efficace des conséquences physiques et financières provoquées par la maladie, qui touche tous les individus. C'est bien la solidarité qui permet donc de garantir le droit fondamental d'accès à la santé. Outre, ses aspects juridique et économique, la solidarité constitue un véritable choix de société. Par exemple, les États-Unis ont un système de protection sociale fondé sur un système d'assurances liées à la qualité de travailleur, excluant une grande partie de la population. Dès lors, une confusion entre responsabilisation et responsabilité pourrait s'avérer dangereuse en ce qu'elle pourrait menacer les principes fondateurs de l'assurance maladie et entrer en opposition avec les valeurs du système de prise en charge actuel. Une police des mœurs pourrait même être crainte.

22. *Éléments de crainte* - La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé a introduit au sein du Code de la santé publique un article L. 1111-1 qui dispose que « *les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose* ». La loi utilise à plusieurs reprises le terme de « responsable »⁷³. Lors des débats parlementaires du projet de la loi n° 2002-303, Etienne Caniard évoquait la figure de « *patients responsables, informés, majeurs et qui aient les moyens de s'exprimer [...]. Ce passage d'une situation de relative passivité à une situation d'acteur, qui nécessite automatiquement une prise de responsabilité et donc des devoirs me semble fondamental* »⁷⁴. Pour une partie de la doctrine⁷⁵, cet article

⁷² V. *infra* n°85 et s.

⁷³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.

⁷⁴ Rapport au nom de la Commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, (Doc. AN 2001-2002, n°174), Messieurs Francis. Giraud, Gérard Dériot et Jean-Louis Lorrain annexe au PV de la séance du 16 janvier 2002. Débats AN, 16 janv. 2002.

⁷⁵ A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, p. 79.

permettrait d'imposer aux usagers du système de santé une obligation de bonne conduite à l'égard de leur propre santé. De même, le député Alain Vasselle interpellait l'Assemblée nationale : « *Ne pensez-vous pas que ce texte [projet de loi] puisse avoir des effets pervers, en donnant le sentiment à l'ensemble de nos concitoyens qu'en définitive, au regard de la loi en ce qui concerne les services de santé, ils n'ont que des droits, mais n'ont aucun devoir ou responsabilité ? Je pense en particulier à cette responsabilité qui devrait être la leur au regard des dépenses de santé qu'ils engendrent de par la consommation des services et des soins ?* »⁷⁶. La responsabilisation de l'individu serait-elle une énième évolution de l'assurance maladie ou ouvrirait-elle la voie à une véritable révolution⁷⁷ du système de prise en charge des risques sociaux ? L'influence du mouvement néo-libéral, inspiré des modèles de protection sociale de type anglo-saxon et américain⁷⁸, conduirait à un changement de modèle pour la France ?

23. Problématique La problématique qui guide la présente étude est la suivante : La responsabilisation dans la prise en charge du risque maladie est-elle distincte de la responsabilité civile ? Ou bien les notions se confondent-elles ?

24. Méthode d'analyse - Pour répondre à cette question, il convient d'analyser les outils déployés par l'assurance maladie et par le droit de la santé pour responsabiliser l'assuré social. Doivent être analysées leurs effets pour les qualifier

⁷⁶ Rapport au nom de la Commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, (Doc. AN 2001-2002, n°174), Messieurs Francis. Giraud, Gérard Dériot et Jean-Louis Lorrain annexe au PV de la séance du 16 janvier 2002. Débats AN, 16 janv. 2002.

⁷⁷ Révolution : *retournement, changement brusque qui peut être d'ordre moral, social, économique, culturel, politique dans une société* », v. : « Révolution », in A. REY (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010 p. 1942. ; F. KESSLER, « Réflexions sur les mutations récentes du droit de la protection sociale », *RDSS* 2005, p. 619 ; A-S GINON, « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou du droit ? », *RDSS* 2016, p. 80 ; J. DAMON, « Rétrospective et prospective de la protection sociale », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain*, Dalloz, 2016, 1^e éd., p. 8.

⁷⁸ A. BOURDENX, *La responsabilisation : essai sur la transformation de la protection sociale*, Thèse de droit, Université de Bordeaux, 2023, p. 3.

juridiquement. S'agit-il d'outils correspondant à une catégorie juridique déjà connue ou inconnue ? Ou s'agit-il tout simplement d'un simple phénomène social ? Finalement, quelle est la limite entre la sociologie et le droit ? La limite est brouillée parce que la sociologie « *manie constamment des notions qui, sans être proprement juridiques, peuvent recouvrir des phénomènes de droit* », écrivait Jean Carbonnier⁷⁹. À l'inverse, comment définir les limites du droit ? Il s'agit certes de normes de conduites sociales, mais toute norme de conduite sociale n'est pas du droit⁸⁰. La présente étude de cette thèse dépassera la seule analyse technique des outils déployés pour scruter l'objectif poursuivi. Étudier l'âme des lois permet de réhabiliter celles-ci par-delà le sens des mots qui la composent. « *La question de la justification est d'une importance cardinale pour l'étude des transformations du droit, car c'est le plus souvent dans l'ordre de la justification qu'elles se repèrent. Les justifications dans un premier temps servent à asseoir l'existence d'une règle et dans un second temps, elles servent à la mise en œuvre de cette règle* »⁸¹. Encore faut-il que l'intention soit claire.

25. Champ d'étude – La responsabilité envisagée ici est une responsabilité civile de l'assuré social au titre d'une faute à l'égard de sa santé ou dans l'usage du système de santé. Les responsabilités administrative et pénale ne seront pas étudiées. La responsabilité administrative tend à compenser pécuniairement, par l'allocation de dommages intérêts, un préjudice causé par un acte ou une activité de l'administration. Elle englobe les personnes privées chargées d'une mission de service public, telles les caisses primaires d'assurance maladie (CPAM), ou dotées de prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire exorbitantes du droit commun. Dans la mesure où la responsabilité envisagée concerne les assurés sociaux dans leurs rapports avec l'assurance maladie, la responsabilité ne peut être administrative. La responsabilité pénale ne peut pas non plus être abordée. Elle nécessite l'incrimination d'un fait par le législateur, jugée attentatoire à une valeur sociale protégée. Est ainsi exclu de l'étude

⁷⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, 2^e éd., p.15.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 305.

⁸¹ P. LOCKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 4.

la responsabilité qui vient sanctionner les fraudes aux prestations d'assurance maladie ou encore les manquements aux obligations administratives de l'intéressé⁸².

26. Annonce de plan - Dans un premier temps sera analysée la prétendue responsabilisation de l'assuré social dans la prise en charge du risque maladie, en l'état (**Partie 1**). Seront étudiées ses origines et ses manifestations, pour vérifier si elles sont conformes aux principes juridiques qui gouvernent le système de protection sociale français. Si aucune contradiction évidente n'a été décelée, les investigations juridiques ont permis de dégager une porosité entre la responsabilisation et la responsabilité. La notion de responsabilisation est donc en l'état fragile, tant dans ses assises que dans son déploiement, ce qui amènera l'étude à poursuivre l'analyse dans une dimension prospective. Dans un second temps sera envisagé l'avenir de la responsabilisation (**Partie 2**). Cet avenir a deux visages possibles. Le premier correspond à l'hypothèse où la prétendue responsabilisation serait laissée en jachère dans la prise en charge du risque maladie. La seconde hypothèse constitue une proposition de dichotomie claire et profitable à la sauvegarde du modèle de protection sociale.

⁸² D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », *RDSS* 2009, p. 42.

PARTIE I – L'état de la responsabilisation

26. Plan — La responsabilisation constitue une notion juridique récente. En dresser un état des lieux est nécessaire à son identification et à sa qualification. En l'état, elle constituerait une notion autonome dont les contours (**Titre I**) et les voies de réalisation (**Titre II**) la distingueraient du mécanisme de responsabilité. La responsabilisation utilise des outils innovants et théoriquement conformes au rejet de la responsabilité dans la prise en charge du risque maladie. L'analyse des voies de la responsabilisation permettra de confirmer ou d'infirmer cette distinction théorique.

Titre I : Les contours de la responsabilisation

27. *Plan* – La responsabilisation constituerait une notion juridique autonome, distincte de celle de responsabilité. Ses origines législatives révèlent sa finalité propre (**Chapitre 1^{er}**). Les raisons qui ont inspiré l'avènement de la responsabilisation sont étrangères au concept de responsabilité. La responsabilisation n'est aucunement construite dans l'optique punitive ou même indemnitaire au contraire de la responsabilité, qu'elle soit civile ou pénale. La responsabilité est une limite pour la responsabilisation, au risque d'entrer en collision avec l'assurance maladie qui exclut, depuis sa création, la responsabilité (**Chapitre 2**).

Chapitre I : Les origines de la responsabilisation

28. Plan – L'apparition de la responsabilisation dans la prise en charge du risque maladie s'inscrit dans la poursuite de deux intérêts depuis le début des années 2000 : La maîtrise des dépenses de santé et la promotion de la santé. Cela se traduit par une évolution des législations d'assurance maladie et de santé publique. D'un côté, l'assurance maladie a procédé à une réforme structurelle afin d'intervenir dans la gestion du système de santé et ne plus se comporter en payeur aveugle (**Section 1**). Depuis, l'assurance maladie prend en considération l'objet de ses dépenses et les comportements des acteurs du système de santé. De l'autre côté, la législation de santé publique développe fortement la prévention pour améliorer la prise en charge du risque maladie (**Section 2**). Acteur central du système de santé, l'assuré social se trouve nécessairement associé à la réalisation de ces objectifs. Une meilleure coordination du système de santé et une gestion préventive de la santé ne peuvent être réalisés sans lui.

Section I : La réforme de l'assurance maladie

29. Plan – Pour comprendre l'association de l'assuré social dans la maîtrise des dépenses de santé, il convient d'étudier les causes de la réforme de l'assurance maladie (§1) et dans quelle mesure celle-ci devait nécessairement être structurelle (§2).

§1. Les causes de la réforme

30. Plan – L'assurance maladie se comportait à l'origine comme un payeur aveugle, ignorant le système de santé et donc l'objet de ses dépenses (A). Cette situation est devenue problématique devant un déficit chronique et l'évolution du risque maladie. Le système de santé se trouvant dans l'impasse, une réforme de l'assurance maladie était nécessaire (B).

A- L'ignorance par l'assurance maladie du système de santé

31. Une dichotomie législative – L'assurance maladie s'est longtemps conduite en payeur aveugle en raison de la dichotomie existante entre le droit de la santé publique et le droit de la Sécurité sociale. Ces deux législations ont évolué séparément suivant des logiques respectives⁸³. Sous l'égide du droit de la santé publique ont été définies les premières réglementations de police sanitaire, les programmes de prévention et les principes d'organisation du système hospitalier. La loi du 9 août 2004 définit la santé publique comme l'ensemble des connaissances et techniques propres à prévenir les maladies, à préserver la santé, à améliorer la vitalité et la longévité des individus par une action collective⁸⁴. Traditionnellement, la politique de santé publique s'attache à la surveillance et à l'observation de l'état de santé de la population ainsi que l'identification de ses principaux déterminants, notamment ceux liés aux conditions de vie et de travail⁸⁵. Sous l'égide du droit de l'assurance maladie, se sont structurées la médecine de ville et les politiques de soins ainsi que la prise en charge financière du risque maladie, par l'allocation de prestations en espèces et le remboursement des soins prodigués. Cette différence d'objets a conduit à traiter juridiquement de manière distincte un même individu, sujet pourtant commun de ces deux législations.

32. Deux qualités pour un même sujet – Patient, assuré, allocataire, usager, citoyen sont autant de qualificatifs qui peuvent désigner une personne bénéficiant de soins et recourant au système de santé. Malgré un emploi peu rigoureux dans le langage courant, ces termes renvoient à des régimes juridiques bien distincts. Le droit de la santé considère le patient en raison de la relation médicale établie avec le praticien

⁸³ D. TABUTEAU, « Droit de la santé et droit de l'assurance maladie », *RDSS* 2008, p. 878 ; D. TABUTEAU, « Code de la santé publique ou Code de la santé ? », *RDSS* 2008, p. 416 ; R. RUELLAN, « Vers une réconciliation de la politique de la santé et de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2003, p. 410 ; M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

⁸⁴ CSP, art. L. 1411-2.

⁸⁵ La loi du 15 février 1902 est la première à s'intituler politique de santé publique. La prochaine loi sera celle du 4 mars 2002, ce qui démontre une structuration tardive de la politique de santé publique.

médical, alors que le droit de l'assurance maladie considère l'assuré social en fonction de son usage du système de santé. L'assuré social est aussi parfois nommé allocataire, sans nécessairement se confondre avec la qualité d'usager. Gilles Huteau opère une distinction, entre l'allocataire et l'usager⁸⁶. L'allocataire correspond à l'assuré social c'est-à-dire au bénéficiaire du droit aux prestations, tandis que l'usager correspond à la personne qui entre en relation avec les services de soins et santé⁸⁷. Aussi, convient-il de préciser que tout assuré social n'est pas nécessairement un patient. La qualité d'assuré social est statutaire, acquise indépendamment du recours au système de santé⁸⁸. Les législations de l'assurance maladie et de santé publique considèrent donc une même personne différemment selon leur objet, sans établir de connexion en dépit de leurs intérêts communs, ce qui est dommageable, car ces qualités se chevauchent bien souvent. Le patient-assuré social est au cœur du système de santé. Penser ce sujet selon son statut et non selon le parcours de soins qu'il suit empêche d'améliorer l'efficacité du système de santé, alors que les deux législations en cause y aspirent. La division administrative qui découle de ces conceptions distinctes constitue un autre obstacle à une prise en charge efficiente.

33. Une division administrative – La dualité des Codes de santé publique et de Sécurité sociale reflète une division administrative entre la Direction de la Sécurité sociale et les services du ministère des Finances, d'un côté, et la Direction générale de la santé et la Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins de l'autre⁸⁹. L'établissement des politiques de santé publique et la gestion du système hospitalier relèvent historiquement de l'État, tandis que l'assurance maladie définit la prise en charge des prestations en espèces et en nature en concluant notamment des conventions

⁸⁶ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, p. 369.

⁸⁷ La notion d'usager désigne une personne soumise à une situation réglementaire du fait de l'existence d'un service public.

⁸⁸ L'article L. 160-5 du Code de la sécurité sociale dispose que peut bénéficier de la prise en charge de ses frais de santé toute personne dès lors qu'elle « justifie de son identité et de sa résidence stable et régulière (...) de manière ininterrompue depuis plus de 3 mois ». Pour plus de précisions, v. : *infra* n°101.

⁸⁹ D. TABUTEAU, « Code de la santé publique ou Code de la santé ? », *RDSS* 2008, p. 416.

avec les professionnels de santé relevant de la médecine de ville. Longtemps, la gestion paritaire de l'assurance maladie n'a pas associé les intervenants de santé publique⁹⁰. Aucune communication ni articulation entre les administrations n'a été organisée alors que ces deux domaines sont complémentaires pour réaliser une prise en charge complète et efficace du risque maladie. La médecine hospitalière et la médecine de ville ont été élaborées de manière séparée alors même qu'elles sont complémentaires. De plus, la politique de santé publique a longtemps été définie sans préoccupation financière. L'assurance maladie n'intervenait pas dans l'organisation du système hospitalier alors qu'elle assure la prise en charge des frais d'hospitalisation. Le droit de l'assurance maladie avait une vision comptable du système de santé, se comportant comme un simple dispositif de paiement.

34. L'assurance maladie : Un simple guichet de paiement – La dichotomie législative, administrative et décisionnelle entre l'assurance maladie et les politiques de santé publique a eu pour effet de rendre l'assurance maladie « aveugle » sur l'objet de sa prise en charge⁹¹. Dès l'origine, l'assurance maladie n'a pas été associée à la définition des politiques de santé, mais cantonnée à la prise en charge des soins dispensés dès lors que l'individu répondait aux conditions de celle-ci et que les justificatifs exigés par les textes réglementaires étaient fournis⁹². Aucune distinction dans le niveau de prise en charge n'est opérée selon l'utilité plus ou moins reconnue du dispositif médical. La notion de service médical rendu, qui permet de moduler le remboursement des dispositifs médicaux selon l'utilité qu'ils apportent au regard des dispositifs préexistant sur le marché, n'est apparue que dans les années 1980 alors que

⁹⁰ Les caisses d'assurance maladie sont des organismes privés qui gèrent le service public de l'assurance maladie. À ce titre, elles sont soumises au contrôle de l'État mais pas à son autorité. Les caisses de sécurité sociale ont longtemps été gérées par des syndicats représentants les salariés et les employeurs. Sur l'évolution du paritarisme dans la sécurité sociale, v. : R. PIERRE et P. FELTESSE, « L'évolution de la gestion paritaire de la sécurité sociale en Belgique », *Reflets et perspectives de la vie économique* 2003, n°4, p. 101.

⁹¹ La CNAM parle de « payeur- aveugle ». V. CNAM, Lettre n°191 du 6 mars 1992.

⁹² Le remboursement est encore aujourd'hui automatique et l'assurance maladie n'intervient pas pour s'assurer de la nécessité des dispositifs médicaux prescrits et de leur consommation effective par les patients. V. : CSS, art. L. 161-33 et pour plus de détails v. *infra* n°101.

L'assurance maladie avait déjà connu de nombreux déficits. Aussi, aucun arsenal ne fut mis en place pour orienter le pouvoir de prescription des professionnels de santé ou inciter les individus à faire un usage optimal du système de santé. Aucune coordination des soins n'était envisagée. Enfin, aucune mesure ne permettait de comprendre la nature des dépenses d'assurance maladie. Les informations des dossiers de remboursement n'étaient pas exploitées et la mise en place d'un système d'informations s'annonçait complexe⁹³. Cette ignorance par l'assurance maladie des politiques de santé publique est devenue problématique lorsque les ressources de l'assurance maladie vinrent à manquer pour couvrir les dépenses de santé, et cela de manière chronique. L'assurance maladie ne pouvait, dès lors, plus se comporter en « simple dispositif de paiement »⁹⁴, en « payeur passif »⁹⁵.

B- Un système de santé dans l'impasse

35. Plan – Le déficit chronique de l'assurance maladie (1) ne lui permet plus de se comporter en « payeur-aveugle ». Une réforme structurelle doit intervenir pour mieux penser l'objet de ses dépenses (2).

1- Un déficit chronique

36. Naissance d'un déficit – La doctrine solidariste du XIX^e siècle prône une couverture universelle du risque maladie ⁹⁶. Ce mouvement se renforce après la Seconde Guerre mondiale, dans un contexte de reconstruction de la Nation. Les dépenses de santé augmentent considérablement et les cotisations ne permettent pas de

⁹³ A la fin des années 1970, a été créé le système national d'information d'assurance maladie (SNIAM) qui fournit le lien entre les régimes, puis la carte sésame vitale.

⁹⁴ Expression employée par le Haut Conseil pour l'Avenir de l'Assurance Maladie (HCAAM) in HCAAM, Rapport de janvier 2004, p. 7.

⁹⁵ Cette expression employée par l'Union européenne. V. European Commission, *Green Paper towards adequate, sustainable and safe European pension systems*, 2010 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 7^e éd., 2017, p. XXIX.

⁹⁶ Sur le solidarisme, v. *infra* n°85 et s.

les absorber. L'assurance maladie connaît alors ses premiers déficits. Le solde de la Sécurité sociale est négatif entre 1950 et 1951, 1954 et 1955 puis entre 1964 et 1967⁹⁷. Ces déficits sont toutefois épisodiques. Une simple augmentation des prélèvements sociaux permet d'équilibrer à nouveau les comptes de la Sécurité sociale entre 1968 et 1974. Tant que les cotisations sociales permettent de prendre en charge les dépenses de santé, l'assurance maladie ne s'enquiert toujours pas de leur utilisation. Malheureusement, les finances de la Sécurité sociale se dégradent à nouveau en raison d'une crise financière importante et durable.

37. *Chronicisation d'un déficit* – Les ressources de la Sécurité sociale sont impactées par une crise économique mondiale, à la suite des deux chocs pétroliers de 1976 et 1979. Les structures économiques sont bouleversées de manière durable et, pour la première fois, l'inflation s'ajoute au chômage. Les ressources de la Sécurité sociale sont réduites durablement dans la mesure où elles proviennent des cotisations patronales et salariales. Entre 1974 et 1986, les comptes de la Sécurité sociale alternent soldes positifs et négatifs, avant de plonger définitivement⁹⁸. Parallèlement, les dépenses de santé continuent à croître considérablement, dessinant un effet de ciseaux des cotisations en baisse. Les dépenses de santé augmentent plus vite que le produit intérieur brut

⁹⁷ DREES, « Les prestations sociales de 1981 à 2014 : trois décennies de dépenses de santé et de vieillesse », *Études et résultats* 2016, n°0949, p. 1. L'augmentation des dépenses de santé plus forte que le PIB constitue une tendance générale dans l'ensemble des pays développés depuis le lendemain de la seconde guerre mondiale. Entre 1980 et 1996, les dépenses de santé ont crû en moyenne de 1,1 point de plus que le produit intérieur brut (PIB).

⁹⁸ Sur ce point, v. : DREES, « Les prestations sociales de 1981 à 2014 : trois décennies de dépenses de santé et de vieillesse », *Études et résultats* 2016, n°0949, p. 1 ; DREES, « Quarante années de dépenses de santé », *Études et résultats* 2003, n°243 ; DREES, « Vingt-cinq ans de comptes de la protection sociale : une rétoposition de 1981 à 2006 », *Études et résultats* 2008, n°647 ; B. PALIER, *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, 2002, p. 171 et p. 255 ; P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 8 ; D. TABUTEAU, « Droit de la santé et de l'assurance maladie », *RDSS* 2008, p. 878.

(PIB)⁹⁹, passant de 7,6% en 1980 à 9,4% en 1994 en France¹⁰⁰. La part des dépenses de santé augmente considérablement, passant de 7,8% du PIB en 2000 à 9,7% en 2020 dans l'ensemble des pays de l'OCDE¹⁰¹. Le déficit de l'assurance maladie française atteint un niveau abyssal en 2004. Les dépenses de santé sont de 11,6 milliards d'euros et le déficit cumulé de 28 milliards d'euros¹⁰². Cette augmentation s'explique par des motifs inhérents au risque maladie ; il ne s'agit pas d'augmentations ponctuelles ou conjoncturelles.

38. L'augmentation structurelle des dépenses de santé – Cette augmentation significative des dépenses de santé est constatée dans l'ensemble des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Selon l'OCDE, les dépenses de santé représentaient 11,3% du PIB en 2018¹⁰³. Les dépenses sociales en France sont à peu près dans la moyenne des pays de l'Union européenne, y compris celles de l'assurance maladie qui représentent

⁹⁹ Le produit intérieur brut (PIB) est un indicateur économique permettant de mesurer la production de richesses d'un pays. Il mesure la valeur de tous les biens et services produits dans un pays sur une année. Le PIB est constitué d'un produit intérieur brut marchand, qui comprend les biens et services échangés, et d'un produit intérieur brut non marchand, dans lequel figurent les services fournis par les administrations publiques et privées à titre gratuit ou quasi-gratuit.

¹⁰⁰ Les prestations sociales représentent environ 25 à 26 points de PIB dans la décennie 1980, puis 28 points au cours de la décennie 1990-2000 et plus de 20 points depuis 2009. V. : DREES, « Les prestations sociales de 1981 à 2014 : trois décennies de dépenses de santé et de vieillesse », *Études et résultats* 2016, n°0949, p. 1 ; DREES, « Quarante années de dépenses de santé », *Études et résultats* 2003, n°243 ; HCAAM, « Rapport Annuel », 2004, p. 1.

¹⁰¹ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 72, n°96 ; SECRETARIAT D'ÉTAT A LA PROSPECTIVE, A L'EVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES ET AU DEVELOPPEMENT DE L'ECONOMIE NUMERIQUE, Rapport « France 2025 – Diagnostic stratégique : État des lieux 2008 », avr. 2008.

¹⁰² VIE PUBLIQUE, « L'évolution des dépenses de protection sociale (des années 1960 aux années 2000) », in <https://www.vie-publique.fr>.

¹⁰³ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 72, n°96. Pour connaître les dépenses des pays du Bureau International du Travail (BIT), v. : P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 178.

approximativement 30% du total ¹⁰⁴, mais elles demeurent les plus importantes dans le monde¹⁰⁵.

Nombreux sont les facteurs qui ont contribué à l'augmentation des dépenses de santé. Du côté de la demande, le nombre de personnes couvertes a augmenté, comme cela a été vu précédemment. Le vieillissement de la population, la multiplication des affections de longue durée qui sont prises en charge à 100% par l'assurance maladie ainsi que les progrès médicaux contribuent aussi à cette hausse. Selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), environ un tiers de la population mondiale souffrait d'une pathologie chronique en 2015. En France, en 2014, 9,5 millions de personnes étaient reconnues atteintes d'une affection de longue durée (ALD) dans le seul régime général, soit 16% de la population couverte et environ 60% des dépenses de santé¹⁰⁶. Certaines affections de longue durée (ALD) sont dites « exonérantes ». Il s'agit d'affections dont la gravité et/ou le caractère chronique nécessite un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse, et pour lesquelles le ticket modérateur est supprimé. Doit enfin être mentionné le recours croissant au système de santé par des assurés mieux informés de leurs droits et pour lesquels l'aversion

¹⁰⁴ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 8, n°14.

¹⁰⁵ La France est passée de la 8^e position en 1960 pour atteindre la 2^e en 2008 et la 5^e en 2016, derrière les États-Unis (17,2%), la Suisse (12,4) et l'Allemagne (11,4%). V. : M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 71, n°96 ; HCAAM, « Rapport Annuel », 2003, p. 33. Il convient de préciser toutefois que la France est parmi les pays qui consacrent le plus ses richesses à la santé en raison de la forte socialisation des dépenses ; l'assurance maladie prend en charge un tarif de base pour l'ensemble des dispositifs médicaux auquel s'ajoutent les complémentaires pour réduire le reste à charge des assurés sociaux. L'assurance maladie ne propose pas un panier de soins restreint. En ce sens, v. : R. MARIE, « Un financement des dépenses de santé en quête d'efficacité », *Dr. soc.* 2022, p. 993.

¹⁰⁶ Rubrique affection de longue durée in <https://assurance-maladie.ameli.fr> ; V. VIOUJAS « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517. Cette exonération bénéficie aux patients atteints d'une affection inscrite sur la liste (ALD 30) ; ou d'une affection dite « hors liste » (ALD 31), c'est-à-dire d'une forme grave d'une maladie ou d'une forme évolutive ou invalidante d'une maladie grave ne figurant pas sur la liste des ALD 30, comportant un traitement prolongé d'une durée prévisible supérieure à six mois et une thérapeutique particulièrement coûteuse ; ou de plusieurs affections entraînant un état pathologique invalidant (ALD 32).

au risque maladie est plus grande qu'en 1945¹⁰⁷. L'augmentation des dépenses ne trouve pas sa source uniquement dans la demande. Du côté de l'offre, elle s'explique aussi par les progrès médicaux : les innovations médicales sont coûteuses tandis que la prise en charge est plus longue dans le temps¹⁰⁸.

L'ensemble de ces facteurs ne sont pas conjoncturels de sorte que les dépenses de santé ne peuvent pas diminuer à l'avenir, ce qui pourrait mettre en péril le droit fondamental d'accès à la santé si l'assurance maladie continue à payer aveuglément.

2- L'exigence d'une réforme

39. *Le refus des ajustements conjoncturels* – Les dépenses de santé ont augmenté dans l'ensemble des pays développés et tous les systèmes de santé doivent se réinventer face à la mutation des risques sociaux. La baisse des remboursements ou la hausse des prélèvements ne peut plus constituer une solution viable, souligne l'ancien directeur de la Sécurité sociale et inspecteur général des affaires sociales Pierre-Louis Bras¹⁰⁹. Les dépenses de santé ne vont pas diminuer dans le temps et l'effort nécessaire pour y faire face devrait consister en un doublement de la contribution sociale généralisée (CSG). Son taux devrait, en théorie, passer de 5,25 à 10,75 points, soit un prélèvement supplémentaire de 66 milliards €. L'autre voie possible consisterait en un transfert de charges qui aboutirait à doubler les prestations versées par les

¹⁰⁷ Paul Durand énonçait déjà en 1953 que les bénéficiaires de la sécurité sociale utilisent plus fréquemment les soins médicaux, qui sont mieux connus par ces derniers. Les assurés sont aujourd'hui mieux informés des possibilités de prise en charge. Aussi, une aversion croissante au risque n'est pas étrangère à un recours plus fréquent au système de santé par les assurés sociaux. Les individus sont de moins en moins fatalistes face à la maladie et la mort. Le développement de la prévention et la connaissance des facteurs de risque permet de donner davantage de pouvoir aux individus sur leur santé, développant leur aversion au risque. P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 180 et s.

¹⁰⁸ P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 181.

¹⁰⁹ P-L BRAS, « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. soc.*, 2004, p. 645 ; D. KESSLER, « Couvrir le risque maladie au XXI^e siècle », *Tribune sur la proposition de réforme de la sécurité sociale présentée le 20 novembre 2001 par le MEDEF*, in <https://www.vie-publique.fr> ; P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1992, p. 15.

organismes complémentaires¹¹⁰. De telles mesures sont impraticables à court ou long terme et seraient insupportables pour les ménages. De simples ajustements conjoncturels ne peuvent suffire¹¹¹. De nouveaux modes d'organisation et de gestion doivent être dessinés de façon urgente¹¹². L'Union européenne avait exigé, lors du sommet de Stockholm en 2001, que les États membres cessent de se conduire en payeurs aveugles et repensent de manière globale leur système de santé, sans dichotomie entre Sécurité sociale et santé publique¹¹³. Dans l'ensemble des pays développés, des réformes structurelles devaient intervenir.

40. *Intervenir dans la gestion du système de santé : le managed care* –

Dès les années 1990 apparaît aux États-Unis un nouveau mode de gestion du système de santé appelé *managed care*. Il désigne l'intervention du payeur dans la gestion du système de santé et se traduit par l'adaptation de l'architecture organisationnelle, la mise en place d'incitations financières, l'introduction d'outils de gestion destinés à optimiser la qualité et le coût des soins¹¹⁴. Sans pour autant répliquer à l'identique le modèle américain, les différents pays de l'Union européenne, notamment la France s'en sont inspirés. Le Haut Conseil pour l'Avenir de l'Assurance maladie (HCAAM), dans son rapport du 23 janvier 2004 préalable à l'adoption de la réforme du 13 août 2004, avait repris certains mécanismes du *managed care*. S'il préconise

¹¹⁰ P-L BRAS, « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. soc.*, 2004, p. 645.

¹¹¹ Entre 1975 et 1995 les plans de réforme cherchent seulement à augmenter les ressources ou baisser les dépenses, sans changer la nature des prestations ou la nature des cotisations sociales.

¹¹² « *Jamais il n'a paru aussi indispensable, urgent et ardu d'en préserver l'avenir* » précise le Haut Conseil pour l'Avenir de l'Assurance maladie (HCAAM) à propos du système de santé dans son rapport du 23 janvier 2004 portant sur l'avenir de l'assurance maladie. V. : HCAAM, « Rapport annuel », 2004 ; C. PRIEUR, « Réformer le système de santé » : comment procéder ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, 2000, p. 635 et s.

¹¹³ Trois axes de gestion ont été mis en avant par l'Union européenne que sont le préfinancement via une réduction de la dette publique, les réformes structurelles pour stimuler la croissance économique au travers de l'emploi et enfin les réformes des systèmes de prestations surtout les systèmes de santé. F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 9^e éd. 2024, p.174, n° 265.

¹¹⁴ A. LAUDE, J-M MOURALIS, J-M PONTIER et J. BLANCHET, « Système américain du *managed care* », *Revue Lamy Droit de la santé* n°132 ; G. VIENS, « Comment réguler les dépenses de santé ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, 2000, p. 655.

classiquement une action sur les recettes et un ajustement des conditions de prise en charge¹¹⁵, la priorité et l'innovation doivent porter sur l'amélioration du système de soins et de protection sociale. La réforme ne doit pas être menée uniquement pour réduire les dépenses de santé mais doit être saisie comme une opportunité pour améliorer le système de soins et, par conséquent, le service rendu aux assurés sociaux. L'idée est de mieux soigner sans pour autant basculer dans le rationnement. Ce type de réforme a été réalisé aux Pays-Bas qui ont décidé de distinguer, parmi les prestations sociales, celles qui relèvent de la solidarité des ménages ou de l'assurance privée¹¹⁶. Aussi, dans certains pays comme le Royaume-Uni, pour les individus qui seraient considérés comme « étant à l'origine de leur pathologie », comme dans le cas de l'obésité par exemple, la prise en charge de la pathologie est conditionnée à la réalisation d'efforts pour améliorer préalablement son état de santé. Mais une telle approche contreviendrait à la solidarité nationale française. C'est ainsi que le HCAAM énonçait que « *sans remettre en cause l'universalité de la couverture, il convient de faire des choix en matière de prise en charge* »¹¹⁷. Pour améliorer l'efficacité du système de santé, le HCAAM préconise notamment une meilleure articulation et une coordination des différents acteurs de santé au service des patients, la recherche de la qualité des soins et, enfin, l'association des acteurs du système de santé à la réalisation de cette réforme.

¹¹⁵ La loi du 13 août 2004 procède à une augmentation du taux de la CSG et l'assiette de contribution concernant les revenus salariés est élargie. Sont aussi instituées des contributions forfaitaires. L'augmentation des recettes prélevées sur le revenu et les ressources de type impôts sont ici uniquement mentionnées à titre informatif. Elles ne seront pas étudiées, ne rentrant pas dans le champ d'étude dans la mesure où leur fixation ne dépend pas du comportement de l'assuré social à l'égard du système de santé. Sur le plan des conditions de prise en charge, le rapport du HCAAM préconise d'augmenter la place des complémentaires et le niveau du reste à charge.

¹¹⁶ J. DE KERVASDOUE, « La maîtrise des dépenses d'assurance maladie est-elle possible ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation*, Economica, 2000, p. 643 ; B. PALIER, *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, 2002, p. 264.

¹¹⁷ HCAAM, « Rapport annuel », 2004, p.7.

§2. La nécessité d'une réforme structurelle

41. Plan – Dans les années 1990 sont adoptées les premières mesures permettant à l'assurance maladie d'intervenir dans la gestion du système de santé. Ces mesures sont toutefois restreintes (§1), jusqu'à la réforme structurelle de 2004 (§2).

A- Des premières mesures restreintes

42. Plan – Dès les années 1990, le législateur adopte des premières mesures timides, par lesquelles il cherche à agir sur la qualité des soins plutôt que de réduire la quantité des remboursements. La loi dite Teulade du 4 janvier 1993, relative aux relations entre les professionnels de santé et l'assurance maladie, instaure un plan de maîtrise médicalisée des dépenses de soins (1). Cet objectif est poursuivi et renforcé par le plan de réforme dit Juppé, adopté en 1995, qui tente d'opérer un rapprochement institutionnel (2)¹¹⁸.

1- La loi Teulade

43. Le service médical rendu (SMR) comme préambule – La question de la qualité est apparue dès les années 1980 comme l'un des facteurs clefs des transformations des politiques sanitaires. Mais l'enjeu est peu exploré. Le décret du 3 octobre 1980 cherche à améliorer des médicaments remboursés en créant un nouveau critère de remboursement : le service médical rendu (SMR)¹¹⁹. Cette notion représente une tentative de conciliation entre les objectifs de santé publique et les impératifs économiques de la protection sociale. Ce nouveau critère permet d'apprécier l'intérêt de rembourser un médicament, à l'égard des pathologies existantes et plus

¹¹⁸ Pour approfondir l'historique des réformes de 1993 et le plan Juppé de 1995, v. : B. PALIER, *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, 2002, p. 189.

¹¹⁹ CSS, art. R. 163-3. La procédure d'évaluation du médicament a été modifiée par les décrets du 27 octobre 1999 et du 29 novembre 2006 (modifiant les articles R. 163-3 à R. 163-7 du Code de la santé publique) avec pour objectif de durcir le niveau d'exigence conditionnant l'admission au remboursement.

particulièrement au regard des médicaments préexistants. Le niveau du remboursement et le prix acceptable par la collectivité sera fixé selon l'utilité qu'apporte ce nouveau médicament en comparaison avec les autres produits sur le marché¹²⁰. Cependant, il ne s'agit toujours pas d'un rapprochement des politiques de santé publique avec l'assurance maladie. De plus, cette mesure est restreinte, car elle ne concerne que le secteur du médicament. Par ailleurs, la politique conventionnelle menée par l'assurance maladie avec les professionnels de santé dans les années 1980 échoue à limiter les dépenses de santé. Le législateur tente alors de soumettre plus nettement le financement de l'assurance maladie à un objectif d'efficience. Emerge le concept plus global de maîtrise médicalisée des dépenses de santé.

44. La naissance de la maîtrise médicalisée des dépenses de santé – Dès 1990, la convention médicale consacre la notion de maîtrise médicalisée¹²¹. L'idée est de dépenser utilement et de réduire ainsi le gaspillage qui est estimé à 3,6% de l'évolution des dépenses¹²², pour améliorer l'efficience c'est-à-dire le meilleur rapport qualité-prix dans la prise en charge du risque maladie. Cette même convention crée les références médicales opposables qui constituent des recommandations élaborées par la Haute Autorité de Santé (HAS) à destination des médecins pour réaliser une prise en charge thérapeutique efficiente. L'objectif est d'éviter certaines prescriptions peu efficaces ou redondantes, multipliant les dépenses de santé. Toutefois, la convention de 1990 n'était pas contraignante et fut d'ailleurs annulée par le Conseil d'État¹²³.

¹²⁰ Le SMR est apprécié par la commission de la transparence rattachée à la Haute Autorité de Santé (HAS) et la fixation du prix du médicament est ensuite évaluée par le Comité économique des produits de santé (CEPS). Pour plus de renseignement sur le SMR, v. M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 662, n°802 ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 379, n°341 ; D. TABUTEAU, « Le remboursement des médicaments par la Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1991, p. 972 ; G. BOUVENOT, « Les apports et les limites de la notion de service médical rendu », *RDSS* 2011, p. 403 ; D. TRUCHET, « Liberté de prescription et prise en charge des dépenses par la solidarité nationale », in G. REBECQ (sous la dir.), *La prise en charge des dépenses de santé par la solidarité nationale*, Actes du colloque de Toulon, PUAM, 2006, p. 63 et s.

¹²¹ Il s'agit de la 5^e convention nationale signée le 9 mars 1990.

¹²² Ce chiffre est tiré de la convention médicale de 1990.

¹²³ CE, 10 juill. 1992, aff. jointes n°105440, 106591, 110194, 121353, publié au recueil Lebon.

L'objectif est repris par la loi Teulade du 4 janvier 1993 et aboutit à la signature d'une convention médicale, le 21 octobre de cette même année, qui oblige les médecins libéraux envers les organismes de Sécurité sociale avec pour objet de définir les recommandations de bonnes pratiques à l'égard d'une pathologie et le codage des actes¹²⁴. Néanmoins, si les références médicales sont opposables, elles ne sont pas rendues obligatoires par la convention. Le plan dit Juppé, adopté en 1995, poursuit la volonté de maîtriser les dépenses de santé en adoptant une dimension plus comptable et plus stricte qu'en 1993. Il entend mener une réforme structurelle et durable de la Sécurité sociale¹²⁵.

2- Le plan Juppé

45. La recherche d'une réforme durable - Le plan dit Juppé s'efforce d'opérer une réforme durable de la Sécurité sociale, fondée sur les trois piliers que sont la justice, la responsabilité et l'urgence¹²⁶. La France est pressée par les contraintes

¹²⁴ Loi n°93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre professions de santé et l'assurance maladie, JORF du 04 janvier 1993. Cette loi a instauré les références médicales opposables aux médecins et l'objectif prévisionnel des dépenses médicales, ainsi que le codage des actes, prescriptions et pathologies. Aujourd'hui l'article L. 1151-1 du Code de la santé publique est étendu. Autrefois cantonnées au domaine du médicament, sont définies des bonnes pratiques cliniques, les bonnes pratiques de laboratoire ou encore les bonnes pratiques de fabrication. Pour approfondir la notion de maîtrise médicalisée des dépenses et sa construction historique, v. : M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 301, n°378 ; V. RAVOUX, « La maîtrise médicalisée de l'évolution des dépenses de santé -Contribution à l'analyse d'un concept », *Dr. soc.* 1994, p. 578 ; L. DUBOUIS, « La maîtrise des dépenses de santé et la loi du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie », *RDSS* 1993, p. 421 ; C. ROLLAND et F. SICOT. « Les recommandations de bonne pratique en santé. Du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *Gouvernement et action publique* 2012, vol. 1, n° 3, p. 53.

¹²⁵ A. JUPPE, « Intervention du Premier ministre sur la réforme de la protection sociale, Assemblée nationale 15 novembre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 221.

¹²⁶ La réforme entend d'abord réaliser une plus grande justice sociale entre les individus en instaurant, notamment, un régime universel d'assurance maladie. L'urgence est la contrainte de cette réforme et concerne le traitement de la dette ainsi que les mesures de rééquilibrage par branche. Sur le plan Juppé, v. : Le dossier spécial « Le plan Juppé », (sous la dir. de J-J DUPEYROUX), *Dr. soc* 1996, p. 213 ; M. YAHIEL, « Le plan Juppé : réforme ou révolution ? », *Dr. soc.* 1996, p. 60 ; C. EVIN, « Quelques réflexions à propos du chapitre santé du plan Juppé », *Dr. soc.* 1996, p. 300 ; LA MUTUALITE FRANCAISE « La Mutualité face au plan Juppé » in www.mutualite.fr.

européennes. Assimilées à des dépenses publiques, les dépenses de protection sociale sont soumises aux impératifs communautaires et aux critères d'harmonisation des déficits publics¹²⁷. Dès 1992, les États membres de l'Union européenne se sont engagés à ne pas avoir un déficit public supérieur à 3 points de PIB ou une dette publique supérieure à 60 points de PIB¹²⁸. Or la loi Teulade n'a pas permis d'atteindre ce seuil. Le plan Juppé doit intervenir rapidement et selon une approche structurelle. « *Le Gouvernement ne se contentera pas d'un nouveau replâtrage de la Sécurité sociale* », affirme le Premier ministre Alain Juppé lors de son intervention devant l'Assemblée nationale pour présenter son plan de réforme¹²⁹. Enfin, la responsabilité est le principe qui guide cette réforme pour éviter l'éparpillement des acteurs et l'absence de vision globale défavorable à un équilibre durable du système de protection sociale¹³⁰. Une nouvelle architecture est décidée pour clarifier les responsabilités et le rôle de chaque acteur dans la gestion de l'assurance maladie. La réforme réaffirme la responsabilité de l'État dans la conduite de la politique de santé et de Sécurité sociale en créant les lois de financement de la Sécurité sociale (LFSS).

¹²⁷ L'équilibre de la sécurité sociale s'inscrit dans les engagements européens nés du contexte de mise en place du marché unique européen et de l'euro comme monnaie unique. Sur ce point, v. : B. PALIER, *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, 2002, p. 216 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 100, n°122.

¹²⁸ Cette mesure est adoptée par le douzième protocole additionnel au Traité sur l'Union européenne (TUE) relatif aux déficits excessifs (Protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs, JOUE n° C 191 du 29/07/1992, p. 0084). Cinq ans plus tard, les quinze premiers états fondateurs de l'Union adoptent le premier outil destiné à respecter cet engagement. Le pacte de stabilité et de croissance, adopté au Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997 tend à coordonner les politiques budgétaires nationales et éviter l'apparition de déficits publics excessifs. Pour approfondir ce point et comprendre l'influence de l'Union européenne sur les systèmes de sécurité social en raison des contraintes budgétaires imposées, v. : E. BEAUVIRONNET, « La Sécurité sociale au prisme de la discipline budgétaire européenne », *RDSS* 2019, p. 273.

¹²⁹ A. JUPPE, « Intervention du Premier ministre sur la réforme de la protection sociale, Assemblée nationale 15 nov 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 221.

¹³⁰ La réaffirmation du rôle de l'État a aussi pour finalité de mettre fin aux luttes de pouvoir entre les différents acteurs en charge du système de santé et plus particulièrement entre les syndicats qui avaient initialement la direction des caisses d'assurance maladie. La composition des conseils d'administration est revue de sorte que syndicats, patronat et personnalités qualifiées y trouvent chacun leur place. Le régime électoral est désormais caduc.

46. Les LFSS – La loi organique du 22 juillet 1996 vient préciser l’organisation et le fonctionnement des politiques de protection sociale. Elle inscrit dans la Constitution la volonté de fixer les orientations générales et objectifs des politiques de protection sociale avant l’allocation de toutes ressources. L’article 34 de la Constitution définit ces lois de la manière suivante : « *[Elles] déterminent les conditions générales de son équilibre financier [celui de la Sécurité sociale] et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique* »¹³¹. Sont explicitement liés les intérêts économiques et les objectifs sanitaires de la Sécurité sociale. Par la mise en place de lois de financement de la Sécurité sociale (LFSS), le plan Juppé instaure une vision de la maîtrise des dépenses de santé plus comptable et plus stricte que la loi Teulade. Le législateur fixe chaque année un objectif prévisionnel d’évolution des dépenses médicales (objectif national de dépenses de l’assurance maladie ou ONDAM) à ne pas dépasser en matière de soins de ville et d’hospitalisation dispensés dans les établissements privés ou publics, mais aussi dans les centres médico-sociaux¹³². Le plan Juppé instaure non seulement une vision comptable mais aussi une véritable politique de la santé publique. La loi organique du 22 juillet 1996, en son article 1^{er}, a prévu qu’une politique de santé devait être définie pour adopter le budget. Un rapport relatif aux orientations de la politique de santé, annexé à la LFSS, fixe les objectifs de santé publique ainsi que les voies et moyens pour les mettre en œuvre¹³³.

¹³¹ Les LFSS ont été instituées par la loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 (JOFR du 23 févr. 1996, p. 2911).

¹³² L’ONDAM a été créé par les ordonnances de 1996. La maîtrise médicalisée des dépenses de ville vise les volumes et la structure des prescriptions des médicaments et des dispositifs médicaux, à l’exclusion des produits de santé, des indemnités journalières, des transports, des soins infirmiers, masso-kiné et biologiques.

¹³³ La loi organique du 22 juillet 1996 introduit dans le Code de la sécurité sociale un article LO 111-3 en vertu duquel « *chaque année, la loi de financement de la sécurité sociale : 1° approuve les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale* ». Néanmoins, les orientations annexées n’ont pas de valeur normative comme la LFSS. La politique de santé publique sera formalisée que bien plus tard. C’est la loi du 4 mars 2002, dite loi Kouchner, qui définit pour la première fois une procédure formalisée d’élaboration de la politique de santé (CSP art. L. 11411-1). V. X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, 4^e éd. PUF, 2020, p. 12 et s.

Le plan Juppé constitue le premier pas d'un rapprochement entre l'assurance maladie et les politiques de santé publique afin de penser l'objet des dépenses de santé. Les lois de financement n'ont pas pour objectif d'établir un rationnement des soins mais de structurer les politiques afin d'opérer une allocation plus réfléchie des dépenses de santé, car ces dernières sont hétéronomes. L'État n'a pas de prise directe sur les dépenses de santé qui sont réalisées par les professionnels de santé ou les assurés sociaux. C'est pourquoi seule une réforme structurelle permettait d'améliorer la gestion du système et tendre ainsi vers l'efficacité de ces dépenses.

47. Une nouvelle gestion du système de soins – Si la politique de santé est désormais pensée au moment de l'adoption des LFSS, le système de soins devait encore être capable de mettre en œuvre les orientations décidées. Dans un premier temps, le plan Juppé entend restructurer le milieu hospitalier. La régionalisation de ce secteur est décidée par la mise en place d'agences régionales hospitalières (ARH) ¹³⁴. L'échelle de la région est considérée comme le cadre idoine pour organiser ce secteur et répondre efficacement aux besoins des populations ¹³⁵. Les médecines de ville et hospitalière sont

¹³⁴ Les ARH ont été créées par l'ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée. Elles sont chargées de définir et mettre en œuvre la politique régionale de l'offre de soins hospitaliers, d'analyser et de coordonner l'activité des établissements de santé publics et privés et de déterminer leurs ressources. V. : M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 596, n°739 ; COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, R. SOUBIE, M-L. LAGARDERE, C. MEYER, M-L. PIBAROT, C. ROGER-LACAN, Rapport Santé 2010, La doc. fr., 1993 ; M. KERLEAU, « L'ARH : un espace de négociation pour les restructurations hospitalières ? », *RFAS* 2003, n°3, p. 29 ; C. COUDREAU, « Elaborer un programme pluriannuel de modernisation des hôpitaux et des cliniques de l'Île-de-France », *Dr. soc.* 1997, p. 869.

¹³⁵ Le plan Juppé fait de la région la circonscription de droit commun de toutes les réformes de la santé. Elle instaure les autorités régionales hospitalières (ARH) qui sont composées de services de l'État et des caisses d'assurance maladie, ainsi que les unions régionales des caisses d'assurances maladie (URCAM) pour développer une politique coordonnée de gestion du risque en direction des professionnels de santé. Ces agences sont chargées de répartir les crédits limitativement alloués au plan régional par le Gouvernement en fonction de priorités de santé publique et en application du vote du Parlement, avec pour objectif une correction progressive des inégalités géographiques actuelles. Toutefois, l'organisation régionale ne parvient pas trouver son équilibre. En 2004, la loi du 13 août 2004 (art. 66) vise à renforcer le pilotage régional en précisant les compétences des Unions régionales des caisses d'assurance maladie (URCAM) et en faisant évoluer les missions des ARH. La loi HPST du 21 juillet 2009 poursuit la régionalisation inaugurée par le plan Juppé. Elle crée les agences régionales de santé (ARS), missionnées notamment d'améliorer la coordination du système de santé.

décloisonnées¹³⁶ et leur coordination est favorisée grâce à la mise en place de structures sur le plan local. Dans un second temps, la médecine de ville est elle aussi réformée. Ici encore l'échelle de la région est favorisée par la création des Unions régionales des caisses d'assurance maladie (URCAM) qui ont la responsabilité de gérer les objectifs quantifiés régionaux, de coordonner et de renforcer le contrôle médical. Ensuite, l'objectif est de faire progresser la qualité des soins et responsabiliser les acteurs du système de santé. Sont développées des recommandations de bonne pratique à destination des professionnels de santé, eux-mêmes soumis aux premières mesures de responsabilisation financières à leur égard avec les ordonnances du 24 avril 1996. Celles-ci tentent de faire progresser la qualité des soins et de limiter les prescriptions superflues en instaurant un mécanisme d'incitation¹³⁷. C'est l'ordonnance n°96-345 du 24 avril 1996 qui instaure véritablement la maîtrise médicalisée des dépenses dans l'usage du système de santé, plus que la loi Teulade. Une enveloppe globale, conventionnellement déterminée, est allouée aux professions concernées par accord. Lorsque cette enveloppée n'est pas entièrement utilisée, la différence est reversée au praticien. À l'inverse, en cas de dépassement, le médecin doit reverser aux organismes de Sécurité sociale le surplus dépensé, mais dans la limite de 5% du dépassement seulement¹³⁸. Le plan Juppé constitue une tentative d'introduction du *managed care* dans le système de Sécurité sociale français, mais la politique conventionnelle menée avec les médecins est un échec¹³⁹. S'ajoute à cela, l'absence de responsabilisation de l'assuré social qui constitue pourtant une composante centrale du *managed care*. Sans l'adhésion du patient, cette politique ne peut être menée à bien. Malgré l'ensemble de ces mesures, l'objectif national des dépenses d'assurance maladie peine à être atteint.

¹³⁶ Est adoptée l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée. Pour plus de détails sur ce point, v. : R. RUELLAN, « Vers une réconciliation de la politique de la santé et de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2003, p. 410.

¹³⁷ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 596, n°739 ; J. KERSVASDOUE, « La maîtrise des dépenses d'assurance maladie est-elle possible ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, 2000, p. 643.

¹³⁸ CSS, art. D. 162-1-5 dans sa version en vigueur le 25 avril 1996.

¹³⁹ C. LE PEN et V. G. RODWIN, « Le plan Juppé vers un nouveau modèle de régulation des soins ? », *Dr. soc.* 1996, p. 859.

48. *Insuffisance* – L'ONDAM voté chaque année est vite devenu symbolique et le rapport annexé à la LFSS n'a pas donné lieu à un vrai débat sur les orientations de la santé publique. De plus, l'accélération des soins de ville en 2019 révèle la portée globalement limitée des actions de maîtrise médicalisée ainsi que l'échec de la politique conventionnelle menée avec les professions médicales. Les conventions conclues cherchent à limiter le montant des honoraires sans remettre le principe de leur libre fixation dans le cadre d'une médecine libérale. Les déficits augmentent à nouveau en 2001 pour atteindre un niveau abyssal en 2004. Le plan Juppé a certes réformé la protection sociale, mais une réforme plus structurelle encore est nécessaire. Si les précédentes réformes ont tenté d'améliorer la qualité des soins, elles n'ont pas repensé en profondeur le système de soins. La coordination des soins n'a pas été abordée alors que le rôle des acteurs de santé, plus particulièrement celui de l'assuré social, a été survolé. L'assurance maladie continue de se comporter en payeur passif en dépit des efforts menés jusque-là. L'État avance à tâtons dans son ambition de modernisation du système de santé. La crise financière que traverse l'assurance maladie en 2004 détermine le législateur à entreprendre enfin la réforme structurelle attendue.

B- La réforme structurelle de 2004

49. *Une réforme en rupture avec les mesures précédentes* – Le 16 juin 2004, le ministre de la Santé et de la Protection sociale, Philippe Douste-Blazy, présente à l'Assemblée nationale un projet de loi qui a pour objectif de réaliser une réforme structurelle de l'assurance maladie en concertation avec l'ensemble des acteurs¹⁴⁰. Elle s'inscrit dans le sillage de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1^{er} août 2001 qui instaure une logique de performance et d'évaluation des

¹⁴⁰ Texte n°1675 présenté en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale. Sur la réforme du 13 août 2004, v. : D. TABUTEAU, « Politique d'assurance maladie et politique de santé publique : cohérence et incohérences des lois des 9 et 13 août 2004 », *Dr. soc.* 2006, p. 200 ; D. TABUTEAU, « Assurance maladie : les « standards » de la réforme », *Dr. soc.* 2004, p. 872 ; T. TAURAN et S. CENTONZE, « La « réforme » de l'assurance maladie par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 », *Travail et Protection sociale* 2004, n°12, p. 91 ; Y. SAINT-JOURS, « L'assurance maladie resituée dans une logique libérale », *D.* 2004. p. 2795.

dépenses de santé publique. Le caractère organique de la loi souligne un changement de logique du législateur à cet égard. L'État-providence se mue en État-manager. L'objectif est, cette fois, de penser l'objet des dépenses de l'assurance maladie en remaniant le système de santé dans son ensemble. Les axes suivis sont au nombre de trois. Pour atteindre l'efficacité recherchée, le législateur propose tout d'abord d'engager une réforme profonde du système pour corriger des dysfonctionnements qui affectent tant les comptes de l'assurance maladie que la santé des assurés. Il s'agit, dans un premier temps, de renforcer la lutte contre les dépenses injustifiées comme la perception abusive d'indemnités journalières ainsi que les prescriptions abusives. À ce titre sont renforcés les outils de contrôle de la responsabilité civile tels que l'entente préalable, la possibilité de récupérer les versements indus et, enfin, le pouvoir de sanction. En vertu de l'article L. 161-1-14 du Code de la Sécurité sociale issu de la loi du 13 août 2004 et de la LFSS pour 2009, des pénalités peuvent être infligées aux assurés sociaux, aux employeurs et aux professionnels ou établissements de santé, en cas d'inobservation des règles sanitaires ¹⁴¹. La réforme vise en outre à lutter contre les dépenses injustifiées par une meilleure organisation des soins et des choix de couverture¹⁴². Tous les dispositifs et examens médicaux ne présentent pas le même intérêt et ne peuvent pas être remboursés au même niveau. Une rénovation du pilotage du système de santé dans son ensemble est également nécessaire. Enfin, le législateur entend assainir les finances sociales en clarifiant les flux financiers.

Cette réforme a pour *leit motiv* de dispenser aux assurés sociaux des soins de qualité au juste prix sans donner l'impression d'un rationnement comptable. Le législateur reprend les préconisations du HCAAM qui avait écarté l'hypothèse d'une réforme à la

¹⁴¹ Art. 19 et 29 de la loi n°2004-810 du 13 août 2004 et art. 38 de la loi n°2004-370 du 20 décembre 2004.

¹⁴² Le décret n°2004-1419 du 23 déc. 2004 relatif à la prise en charge des produits et prestations remboursables mentionnées à l'article L. 165-1 CSS vient limiter à 5 ans la durée de validité des descriptions génériques, notamment du service médical rendu et des indications thérapeutiques et spécificités techniques. C'est dans ce cadre que s'inscrit l'arrêté litigieux 22 octobre 2013 conditionnant le remboursement du dispositif médical connecté de lutte contre le syndrome de l'apnée obstructive du sommeil à une utilisation minimale. V. *infra* n°211.

néerlandaise¹⁴³. L'assurance maladie doit veiller à l'égalité et à la qualité des soins qu'à la solidarité du système d'assurance maladie, conformément à l'article L. 111-2-1 du Code de la Sécurité sociale. Les axes et nouveaux outils déployés par la réforme devront respecter ces principes¹⁴⁴.

50. Une meilleure organisation des soins – Adopter une meilleure organisation des soins constitue l'objectif général poursuivi par le gouvernement pour offrir des soins de qualité tout en réduisant des coûts superflus ou non optimisés, dus à des actes redondants ou inutiles. Pour réaliser ce changement structurel, la réforme met en place un parcours de soins coordonné par un médecin traitant et crée un dossier médical personnel¹⁴⁵. L'idée d'exiger une consultation préalable chez un médecin traitant est apparue dans la convention médicale de 1998 tandis que la participation des assurés aux efforts financiers fut évoquée dans le plan Juppé de 1996 au travers de la création du carnet de santé. Toutefois, ces dispositifs sont balbutiants et aucune incitation financière à destination des assurés sociaux n'est mise en œuvre, à la différence de la réforme de 2004. Avant de consulter certains spécialistes, les assurés doivent s'adresser, en premier lieu, à leur médecin traitant qui a pour rôle d'opérer un premier diagnostic et d'adresser le patient au spécialiste nécessaire. Le médecin traitant constitue la portée d'entrée et l'aiguillage pour les patients entrant dans le parcours de santé, en vue de lutter contre les consultations et prescriptions inutiles ou redondantes. Le dossier médical constitue l'instrument de cette lutte, qui est censé consigner les consultations et prescriptions effectuées.

Il s'agit d'outils innovants par lesquels l'assurance maladie n'est plus un simple guichet de paiement. Elle devient un véritable décideur au sein du système de santé, qui pense son organisation de manière globale. Le clivage entre droit de la santé et assurance

¹⁴³ Pour plus de détails sur la réforme néerlandaise réalisée en 2005, v. : M. WIERINK, « La réforme de l'assurance maladie aux Pays-Bas, deux ans après », *RFAS* 2008, p. 237.

¹⁴⁴ Marion Girer parle d'un socle juridique sur lequel repose la responsabilisation, socle qui serait commun au droit de la sécurité sociale mais aussi du droit de la santé. En ce sens, v. : M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

¹⁴⁵ V. *infra* n°144.

maladie n'est plus¹⁴⁶. Une modification en miroir des Codes applicables a été opérée à la suite de l'adoption des lois du 9 et 13 août 2004. Aujourd'hui, les dispositifs du médecin traitant et du DMP sont respectivement inscrits dans le Code de la Sécurité sociale et dans le Code de la santé publique¹⁴⁷, mais ces codes opèrent de nombreux renvois attestant de leur prise en considération réciproque. Certaines références, bonnes pratiques et normes sanitaires trouvent leur fondement dans le Code de santé publique tandis que d'autres figurent dans le Code de la Sécurité sociale. C'est aussi la HAS qui est compétente pour définir le protocole des affections de longue durée (ALD) depuis la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

51. La responsabilisation des acteurs, spécifiquement de l'assuré social –

L'innovation procède de ce que l'assurance maladie entend faire de cette réforme structurelle l'affaire de tous les acteurs du système de santé et développer leur responsabilisation. La coordination des soins ne peut être réalisée sans la participation des professionnels de santé. L'article L. 111-2-1 du Code de la Sécurité sociale, issu de la loi du 13 août 2004, dispose qu'« *en partenariat avec les professionnels de santé, les régimes d'assurance maladie veillent à la continuité, à la coordination et à la qualité des soins offerts aux assuré* »¹⁴⁸. La réforme du 13 août 2004 vise alors à approfondir et multiplier les dispositifs incitatifs à destination des professionnels de santé. Elle innove aussi en ce qu'elle renoue avec la politique de la demande abandonnée depuis les années 1970¹⁴⁹. « *Notre système de protection sociale entend*

¹⁴⁶ Une modification en miroir des Codes de santé publique et de la sécurité sociale a été opérée à la suite de l'adoption des lois du 9 et 13 août 2004. Aujourd'hui les dispositifs du médecin traitant et du DMP sont respectivement inscrits dans le Code de la sécurité sociale et dans le Code de la santé publique, mais ces Codes opèrent de nombreux renvois attestant de leur prise en considération réciproque. Certaines références, bonnes pratiques et normes sanitaires trouvent leur fondement dans le Code de santé publique tandis que d'autres dans le Code de la sécurité sociale. C'est aussi la HAS qui est compétente pour définir le protocole des affections de longue durée (ALD) depuis la loi du 13 août 2004.

¹⁴⁷ La loi HPST de 2009 transfère le dispositif du DMP dans le Code de la santé publique, alors qu'il se trouvait autrefois dans le Code de la sécurité sociale.

¹⁴⁸ Article cité dans sa version en vigueur du 17 août 2004 au 22 janvier 2014.

¹⁴⁹ D. TABUTEAU, « Assurance maladie : les « standards » de la réforme », *Dr. soc.* 2004, p. 872 ; T. TAURAN et S. CENTONZE, « La « réforme » de l'assurance maladie par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 », *Travail et Protection sociale* 2004, n°12, p. 91.

apporter la plus grande protection possible à chaque assuré face au risque entraîné par la maladie. Dans ces conditions, il peut paraître logique qu'en contrepartie chaque assuré adopte un comportement qui n'accroît pas inutilement la charge qui pèse sur la solidarité collective. Le patient pourrait donc être appelé à faire preuve de responsabilité, s'il entend par ailleurs bénéficier pleinement de l'effort de solidarité fait par la collectivité en faveur de la santé de chacun », rappelle l'IGAS¹⁵⁰. Le législateur cherche à responsabiliser les assurés sociaux dans leur usage du système de santé, qui doit être raisonné. La mise en place d'incitations financières concernant les assurés sociaux et non plus les seuls professionnels de santé, a pour objectif de les faire participer à l'effort national ainsi que de leur faire prendre conscience que le recours au système de soins à un coût, sans aboutir cependant à un rationnement des soins. La solidarité doit être préservée, comme l'a rappelé le législateur. Le but est d'associer l'assuré social à la coordination des soins, en l'incitant à respecter le parcours de soins par une consultation de premier recours au médecin traitant. L'assurance maladie prend conscience que le comportement de l'utilisateur impacte les finances de l'assurance maladie¹⁵¹. L'individu est considéré dans sa globalité, en tant qu'utilisateur du système de santé mais aussi en tant qu'assuré social. La Stratégie de santé 2018-2022 poursuit en ce sens et entend réorganiser le système autour des patients et non autour des structures.

52. L'adoption concomitante d'une loi de santé publique – Si l'assurance maladie n'est plus liée à l'élaboration de la politique de santé, cette dernière n'est pas ignorante des enjeux de Sécurité sociale. La réforme structurelle menée par la loi du 13 août 2004 est soutenue par l'adoption concomitante d'une loi de santé publique le 9 août 2004. Leur proximité temporelle interpelle et souligne la volonté du législateur d'opérer une convergence législative nécessaire à une réforme structurelle du système

¹⁵⁰ D. ROMAN, « La « responsabilisation » de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 247.

¹⁵¹ M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

¹⁵¹ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, p. 362.

de santé. Le projet de la loi présenté en première lecture à l'Assemblée nationale exprimait déjà la volonté d'opérer une réforme législative « *de l'ensemble de notre système de santé* ». L'adoption de ces deux lois marque la fin d'une ignorance mutuelle, entre droit de la santé et droit de l'assurance maladie, au profit d'une convergence nécessaire¹⁵². Ces deux lois cherchent toutes deux à réaliser une prise en charge la plus efficiente possible afin de répondre à des objectifs économiques et thérapeutiques communs. La loi du 13 août 2004 multiplie les références à l'évaluation et la qualité des soins, conformément à la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 qui instaure une logique d'évaluation des dépenses de santé publique¹⁵³. La loi du 9 août 2004 s'inscrit elle aussi dans cette logique et encadre l'évaluation et la qualité de la politique de santé et des plans régionaux de santé publique. Elle entend réaliser une responsabilisation des usagers du système de santé, à l'égard de leur santé cette fois-ci¹⁵⁴. En sa double qualité d'assuré social et de patient, celui-ci constitue le cœur et la clé du succès de cette réforme, « *le point de bascule de notre modèle de prise en charge et de notre système de protection sociale* »¹⁵⁵. D'une part, une meilleure coordination des soins permettra de dispenser des soins de qualité au prix de dépenses raisonnables. D'autre part, un meilleur investissement de l'individu dans la gestion de sa pathologie contribuera à la coordination des soins en évitant toute dépense excessive de soins par un comportement préventif et actif.

¹⁵² M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45 ; D. TABUEAU, « Politique d'assurance maladie et politique de santé publique : cohérence et incohérences des lois des 9 et 13 août 2004 », *Dr. soc.* 2006, p. 200.

¹⁵³ En ce sens, v. : HCSP, Rapport « Objectifs de santé publique, évaluation des objectifs de la loi du 9 août 2004 », avril 2010.

¹⁵⁴ G. HUTEAU, « Vers quel pacte de responsabilité pour l'assuré social ? », *Gazette du Palais*, éd. spéc., août 2014, n°234 ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n°41, p. 79.

¹⁵⁵ D. TABUTEAU, « Assurance maladie : les « standards » de la réforme », *Dr. soc.* 2004, p. 872.

53. Conclusion de section – Face aux difficultés économiques et à l'évolution du risque maladie, une réforme en profondeur était indispensable pour redessiner un système de santé efficient, conjuguant enjeux thérapeutiques et économiques. L'assurance maladie ne pouvait continuer à se comporter en payeur aveugle, sans intervenir dans la gestion du système de santé. Cet ouvrage, amorcé dans les années 1990, a été progressif et laborieux pour aboutir à une réforme structurelle de l'assurance maladie en 2004. Les objectifs fixés alors continuent à alimenter les orientations actuelles de l'assurance maladie, comme l'illustre la stratégie nationale de santé (SNS) 2018-2022¹⁵⁶. L'assurance maladie entend optimiser l'organisation du système de soins et, pour ce faire, associer l'ensemble des acteurs, professionnels de santé ainsi que les assurés sociaux. Ces derniers, par leur recours au système de santé, doivent contribuer à une meilleure allocation des ressources. Le rapprochement entre la législation d'assurance maladie et celle de santé publique a permis de prendre conscience de la double qualité du patient-assuré social et de son impact sur la recherche de l'objectif d'efficience. C'est ce même rapprochement entre assurance maladie et santé publique qui a permis de saisir tout l'intérêt de la prévention sur le plan thérapeutique et économique. La prévention constitue une pièce maîtresse de la maîtrise médicalisée des dépenses, qui ne peut être réalisée sans une participation de l'assuré social.

¹⁵⁶ Développer une culture de la qualité et de la pertinence des soins est un des objectifs de la stratégie nationale de santé (SNS) 2018-2022, qu'elle tente de mettre en œuvre au travers des professionnels de santé et de l'utilisateur. En ce sens, v. : <https://solidarites-sante.gouv.fr> ; A-S GINON, « La pertinence des soins, nouvelle valeur du système de santé ? », *RDSS* 2018, p. 428 ; IGAS (P-Y BOCQUET, M. PELTIER), Rapport Mission sur la gestion du risque, n°RM2010-163P, déc. 2010 ; M. TREPEAU, « Les nouvelles relations entre l'État et l'assurance maladie : le cadre institutionnel de la politique de gestion du risque », *RDSS* 2009, p. 1100.

Section II : Le développement de la prévention

54. Plan – La responsabilisation de l’assuré social en sa qualité de patient coïncide avec la renaissance de la prévention dans le système de santé (§1) et ne cesse de se renforcer avec son déploiement (§2).

§1. Renaissance

55. Plan – Connue depuis longtemps des politiques de santé, la prévention a cependant été délaissée au XIX^e siècle au profit d’une médecine curative (A). Elle connaît un regain d’intérêt depuis les années 2000 (B).

A- Une notion délaissée

56. Étymologie – Le terme de prévention est emprunté au latin « *praevenire* », de « *prae* » qui signifie devant ou avant, et de « *venire* » soit « *venir avant* »¹⁵⁷. « *Praevenire* » était d’abord traduit par le verbe devancer, mais autour des années 1600 le terme a revêtu son sens moderne. « *Praevenire* » se traduit alors comme « *aller au-devant, faire obstacle à* »¹⁵⁸. En 1604, ce terme est évoqué à propos de la maladie pour exprimer l’idée d’empêcher qu’elle se réalise¹⁵⁹. Prévenir a aussi pris le sens « *d’informer quelqu’un par avance pour ou contre, quelque chose* » correspondant à l’idée de prévention⁴³. Depuis le XIX^e siècle, le terme de prévention fait référence à un ensemble de mesures destinées à prévenir certains risques¹⁶⁰. Il convient de veiller à la distinction entre prévention et précaution. Le principe de

¹⁵⁷ V° « Prévenir », A. REY (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert 2006, 3^e éd., p. 3210.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ F. GUIOMARD, « Prévenir ou réparer ? Quelle place de la prévention dans le droit de la protection sociale », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016. p. 193.

précaution, d'origine communautaire¹⁶¹, initialement applicable au domaine de l'environnement¹⁶², impose aux pouvoirs publics d'adopter un comportement prudent au regard du degré d'incertitude des résultats scientifiques disponibles. À la différence de la prévention, la précaution intervient alors qu'il n'y a pas encore de certitude quant à l'existence d'un risque.

57. Le développement d'une logique curative – Pendant longtemps, la prévention a inspiré l'essentiel des actions sanitaires menées, avant d'être supplantée par la médecine curative. Au XIX^e siècle, les premières lois sanitaires ont organisé la prévention et édicté des principes d'hygiène¹⁶³. Faute de pouvoir traiter les maladies et plus particulièrement les épidémies, ces textes avaient pour objectif d'éviter leur apparition en organisant, par exemple, la mise en quarantaine des malades. Au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, la législation sanitaire progresse et ne cherche plus uniquement à endiguer les épidémies, mais à prévenir ou faire cesser les maladies transmissibles. Dès 1902 est adoptée la déclaration obligatoire de certaines maladies¹⁶⁴ ; est aussi généralisée l'obligation de vaccination antivariolique. Cependant, cette promotion de la médecine préventive et des actions de prévention s'estompe au cours du XX^e siècle au profit de la médecine curative. Les dispositifs juridiques de prévention s'amenuisent. Le recours à la pénicilline et aux autres antibiotiques vide les sanatoriums construits en masse après 1918¹⁶⁵. La législation sanitaire se concentre sur l'organisation de la médecine hospitalière ainsi

¹⁶¹ Article 191§2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

¹⁶² Dans un arrêt du 26 novembre 2002, le tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a étendu le principe de précaution comme principe général du droit, applicable à toutes les actions dans les domaines de la santé publique, la sécurité et l'environnement. V. TPICE, 26 nov. 2002, Artegodan, aff. T-74/00, Rec. p. II-4945, pt 183.

¹⁶³ Sur l'histoire des mesures de préventions, v. : X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020, p. 35 et s ; D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », *Dr. soc.* 2011, p. 1085.

¹⁶⁴ Ce principe n'est pas complètement abandonné et est utilisé dans la lutte de certaines épidémies contemporaines, comme l'illustre la crise de Covid-19.

¹⁶⁵ C. LE PEN, « Prévention de masse versus prévention à la carte. Le point de vue de l'économiste ? », in *La prévention du risque en médecine : D'une approche populationnelle à une approche personnalisée*, Collège de France, 2012.

que la médecine de ville. Ce n'est qu'au XX^e siècle que la prévention revient sur le devant de la scène pour donner suite aux scandales sanitaires et à de nouvelles épidémies.

58. L'absence d'une politique de santé – À la suite des différentes épidémies du XX^e siècle, comme celle du Sida ou encore du SRAS¹⁶⁶, mais aussi des scandales sanitaires tels que celui de l'amiante ou du sang contaminé¹⁶⁷, la responsabilité de l'État a été mise en cause¹⁶⁸. Les mesures de prévention se sont alors multipliées, mais celles-ci répondaient malheureusement à des besoins ciblés et étaient mises en place par des acteurs multiples et dispersés, sans aucune coordination entre eux¹⁶⁹. Aucune politique de prévention, définissant des objectifs et priorités n'a été adoptée avant 2004, ce qui a fortement nui à la lisibilité et à l'efficacité de ces initiatives. Outre cet éparpillement législatif, répondant avant tout à des problèmes urgents et ponctuels, l'absence d'une véritable politique de prévention s'explique notamment par l'opposition entre le droit de la santé et celui de l'assurance maladie¹⁷⁰. L'étanchéité entre les législations d'assurance maladie et de santé publique a fait obstacle à une réflexion commune sur une politique de santé efficace fondée sur des priorités légales. La non-communication des données de santé par l'assurance maladie a particulièrement nui à l'identification des besoins. Enfin, la prévention a été

¹⁶⁶ Le SRAS (syndrome respiratoire aigu sévère) est la première maladie grave et transmissible à émerger au XXI^e siècle. L'épidémie, partie de Chine fin 2002, a éclaté au niveau mondial en 2003 faisant plus de 8000 cas et près de 800 morts. Grâce à une mobilisation internationale sans précédent, motivée par l'alerte mondiale déclenchée le 12 mars 2003 par l'OMS, l'épidémie a pu être endiguée par des mesures d'isolement et de quarantaine. L'agent causal du SRAS, un coronavirus inconnu jusqu'alors, a pu être rapidement identifié. Pour plus de renseignements v. : <https://www.pasteur.fr/>.

¹⁶⁷ M. KEIM-BAGOT, *De l'accident du travail à la maladie professionnelle : la métamorphose du risque professionnel, enjeux et perspectives*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 148, 2015, p. 139.

¹⁶⁸ J-F GIRARD et J-M EYMERI, *Quand la santé devient publique*, Paris, Hachette, Coll. « Littératures », 1998.

¹⁶⁹ V. not. La santé en France, Rapport du Haut Comité de la santé publique, Doc. fr. 1994 et 1996 ; J.-F. GIRARD, *Quand la santé devient publique*, Hachette littératures, 1998 ; L'information et l'éducation sanitaire dans le système de santé, Rapport DGS, 1996 : Propositions pour un renforcement de la sécurité sanitaire environnementale : rapport au Premier ministre, O. Grzegrzula et A. Ascheri, Doc. fr. 1999, coll. Rapports officiels.

¹⁷⁰ D. TABUTEAU, « Droit de la santé et de l'assurance maladie », *RDSS* 2008, p. 878.

occultée par la médecine curative, car elle ne se trouvait pas prise en charge par l'assurance maladie¹⁷¹.

59. Une absence de prise en charge – La législation d'assurance maladie s'inscrivait elle aussi dans une logique réparatrice. La Sécurité sociale fut créée en 1945 dans un environnement où les progrès médicaux et les dégâts humains, issus de la Seconde Guerre mondiale mais aussi de l'industrie, favorisaient la médecine curative. La protection sociale s'est construite sur un système d'indemnisation de la personne malade¹⁷². Elle était donc réactive et non préventive, l'objectif étant de pallier la perte de revenus provoquée par la réalisation d'un risque social. La prévention était donc financée par l'État au travers de dotations financières. Elle n'était pas prise en charge par l'assurance maladie au même titre que le curatif. Or, les dotations financières étaient de faibles montants ce qui limitait fortement le développement d'une politique de prévention. L'absence d'une prise en charge par l'assurance maladie a été un facteur indéniablement défavorable au développement d'une politique de prévention. Toutefois, les scandales sanitaires du XX^e siècle et surtout la modification de la physionomie du risque maladie comme l'exigence de réforme structurelle du système de santé vont conduire à une résurgence de la prévention. Celle-ci présentait l'intérêt de répondre aux nouveaux enjeux thérapeutiques et économiques du système de santé.

B- Une notion retrouvée

60. Plan – L'article L. 1417-1 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, débute de la manière suivante : "*La prévention a pour but d'améliorer l'état de santé de la population en évitant l'apparition, le développement ou l'aggravation des maladies ou accidents et en favorisant les comportements individuels et collectifs pouvant contribuer à réduire le*

¹⁷¹ D. TABUTEAU, « Code de la santé publique ou Code de la santé ? », *RDSS* 2008, p. 416 ; R. RUELLAN, « Vers une réconciliation de la politique de la santé et de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2003, p. 410.

¹⁷² Le terme de « *malade* » est souvent utilisé afin de désigner l'utilisateur du système de santé.

risque de maladie et d'accident. À travers la promotion de la santé, cette politique donne à chacun les moyens de protéger et d'améliorer sa propre santé »¹⁷³. Cet article est le premier à donner une définition de la prévention (1) et à définir ses enjeux (2), marquant ainsi la volonté d'en faire une priorité.

1- Définition

61. Progrès médicaux – Les progrès médicaux constituent le facteur le plus évident de progression de la prévention au sein du système de santé¹⁷⁴. Les évolutions de la biologie moléculaire ont permis de cartographier et de séquencer l'ensemble des gènes qui constitue l'acide désoxyribonucléique (ADN)¹⁷⁵. Peut désormais être anticipée l'apparition de certaines maladies génétiques à partir de la seule analyse des caractères génétiques (génotype)¹⁷⁶. Un examen génétique précoce, dans la période

¹⁷³ Cet article a été abrogé par la loi du 9 août 2004, mais l'esprit reste conservé à l'article L. 1411-1 du Code de la santé publique.

¹⁷⁴ Les progrès médicaux sont intervenus dans plusieurs domaines. Les progrès de la biologie, combinée au développement de l'intelligence artificielle et sa puissance de calcul ainsi que la capacité de stockage considérable des données de santé, qui est nouvelle, ont permis d'aboutir à la révolution génomique et à une nouvelle manière d'appréhender la maladie et donc la santé. Les sciences de l'information ont développé la capacité à stocker un nombre immense de données, ont permis de les mettre en ordre et les rendre ainsi accessibles. Les logiciels permettent une utilisation plus fluide et plus rapide des données, ce qui a permis avec la capacité de stockage de perfectionner l'analyse génomique. Ce perfectionnement a permis de faciliter l'accès aux analyses génomiques. V. : Y. CHAMPEY, « Médecine personnalisée génomique et choix thérapeutiques médicamenteux. Bouleversements, perspectives » in *Les nouveaux paradigmes de la médecine personnalisée ou médecine de précision, Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, C. HERVE et M. STANTON-JEAN (sous la dir.), Dalloz, 2014, p. 69 ; I. VACARIE, « Examens génétiques et médecine prédictive », *RDSS* 1993, p. 429 ; O. DUBOIS, « Médecine et nouvelles technologies : quel impact ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie de la protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, éd. Liaisons, 2000, p. 729.

¹⁷⁵ La révolution génomique a été permise par les progrès réalisés en matière génomique mais aussi grâce aux progrès informatiques. L'intelligence artificielle a été le support de cette analyse génomique « Grâce aux données de santé [et aux algorithmes de décision cliniques] la médecine sera capable de faire précéder la prévention de la prédiction, c'est-à-dire de cibler réellement les populations qui auront besoin de telle ou telle mesure de prévention »¹⁷⁵ précise Julien Damon, in « Révolution numérique : sécurité sociale 2.0 et médecine » 5P », *RDSS* 2017. p.925.

¹⁷⁶ I. VACARIE, *Examens génétiques et médecine prédictive*, *RDSS* 1993, p. 42 ; P. ROCHER-CURIER, « La politique de vaccination dans le cadre de la nouvelle Stratégie nationale de santé », *RDSS* 2018, p. 402.

asymptomatique, peut permettre de proposer un traitement approprié et prévenir l'expression clinique d'une déficience génétique. Cette anticipation dans l'établissement du diagnostic a été qualifiée de *médecine prédictive*, par Jacques Ruffié et Jean Dausset¹⁷⁷. Le développement de la médecine génétique a permis aussi d'identifier les facteurs de risques, notamment ceux liés aux nouveaux modes de vie, comme la consommation d'alcool et de tabac¹⁷⁸. C'est sur la base de ces progrès que se développe une nouvelle médecine dite des « 5P », qui désigne une médecine préventive, prédictive, participative, personnalisée et pertinente¹⁷⁹. Elle s'adresse aux individus sains dans l'optique de les amener à avoir une gestion optimale de leur santé, considérée comme un capital, et non pas dans le seul but de les préserver d'une maladie¹⁸⁰. La santé publique ne peut plus faire l'objet d'une approche purement collective ; les approches sont de plus en plus individualisées.

62. Plusieurs stades – La prévention recouvre différents stades d'intervention. Selon la définition donnée par l'OMS, elle regroupe l'ensemble des actions qui tendent à éviter l'apparition, le développement ainsi que la complication d'une maladie ou la survenance d'un accident¹⁸¹. Les actions de prévention peuvent intervenir à différents stades de la maladie. La prévention primaire vise les facteurs de risque des maladies avant leur apparition ; elle tend à éviter leur apparition et leur transmission. La prévention secondaire, quant à elle, vise à dépister les maladies et

¹⁷⁷ I. VACARIE, « Examens génétiques et médecine prédictive », *RDSS 1993*, p. 429 ; J. RUFFIE, « Quel avenir pour la médecine prédictive ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, 2000, p. 681 et s.

¹⁷⁸ Les facteurs professionnels de risque ne sont pas en marge, mais ne seront pas développés par l'étude qui ne porte pas sur les accidents du travail ou maladies professionnelles.

¹⁷⁹ J. DAMON, « Révolution numérique : sécurité sociale 2.0 et médecine « 5P », *RDSS 2017*, p. 925.

¹⁸⁰ Il convient de distinguer le dépistage de la médecine prédictive, qui semble aller plus loin encore dans l'anticipation de la maladie.

¹⁸¹ D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », *Dr. soc.* 2011, p. 1085 ; M. JUFFE, M-O BERTELLLO-GEOFFROY, P-H BOURRELIER, J-M FESSLER, A. GRIMFELD, C. HUGLO, Y. LEVI, A. SIMON, « Prévenir vaut mieux que guérir – La prévention précoce, à tous âges », *Economica*, 2017, p.7 et s.

éviter l'apparition des symptômes cliniques ou biologiques¹⁸². Enfin, la prévention tertiaire a pour but de limiter les complications et séquelles d'une maladie d'ores et déjà dépistée et traitée. À la différence de la médecine prédictive qui repose exclusivement sur la génétique et ses manipulations éventuelles, la médecine préventive intègre l'environnement et le vécu des individus, c'est-à-dire les relations de l'être humain avec son milieu social¹⁸³. Selon les dispositions génétiques et l'environnement de chacun, le risque de développer une pathologie varie et ne nécessite pas d'adresser le même message. La prévention connaît aussi une *summa divisio*, en fonction de sa cible.

63. Plusieurs cibles – L'OMS distingue la prévention individuelle qui vise à modifier les comportements des individus par la mise en place d'obligations ou d'incitations (dépistage, vaccinations recommandées...) et la prévention collective qui tend à réduire les facteurs de risques liés à l'environnement¹⁸⁴. Au sein même de cette distinction, plusieurs niveaux de prévention ont été identifiés⁴⁸. Les outils varient en fonction du public visé. La prévention dite « universelle » vise l'ensemble de la population. Elle est à distinguer de la prévention « sélective », qui s'intéresse à des groupes de population spécifiques en raison de leur activité ou de la catégorie sociodémographique¹⁸⁵. À titre d'exemple, les femmes âgées de 50 à 74 ans font l'objet d'une prévention spécifique liée au cancer du sein, qui les touche

¹⁸² Le dépistage présente un intérêt certain qu'il convient toutefois de présenter avec précaution. Cet intérêt est effectif, si et seulement si, le test ou le marqueur utilisé pour distinguer la population à risque au sein de la population générale est fiable. Les faux-négatifs ou faux-positifs peuvent fausser l'efficacité de la prévention.

¹⁸³ Y. SAINT-JOURS, « La sécurité sociale et la prévention des risques sociaux », *Dr. soc.* 1994, p. 594.

¹⁸⁴ D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », *Dr. soc.* 2011, p. 1085.

¹⁸⁵ C. LE PEN, « Prévention de masse versus prévention à la carte. Le point de vue de l'économiste ? », in *La prévention du risque en médecine : D'une approche populationnelle à une approche personnalisée*, Collège de France, 2012.

majoritairement¹⁸⁶. La prévention « ciblée » est encore plus affinée que la prévention sélective. Elle concerne des sous-groupes de la population présentant des facteurs de risques médicaux ou des marqueurs biologiques spécifiques. Feront ainsi l'objet d'une prévention ciblée et renforcée les femmes ayant dans leur famille un antécédent du cancer du sein ou étant porteuses d'un gène les prédisposant à la pathologie alors que celle-ci ne s'est pas encore déclarée. Les capacités d'anticipation permises par les progrès médicaux redessinent les contours de la prévention dont les potentialités sont infiniment plus grandes que lors de l'élaboration des premières lois hygiénistes. Les enjeux et finalités de la prévention sont aujourd'hui incomparables.

2- Enjeux

64. Promotion de la santé – La santé publique désigne aujourd'hui un ensemble de savoirs, de savoir-faire, de pratiques et de règles juridiques qui visent à connaître, à expliquer, à préserver, à protéger et à promouvoir l'état de santé des personnes. La santé publique ne cherche plus seulement à éviter l'apparition de pathologies mais réalise désormais une véritable promotion de la santé, conformément aux orientations dessinées par les organisations internationales au XXI^e siècle. Le patient désigne, selon l'article 7 de la Charte de l'OMS, « *la personne malade ou non ayant recours aux services de santé, [...] dispensant les actes et services médicaux, infirmiers et apparentés, assurés par les dispensaires et établissements de soins* ». La personne malade est toute personne relevant directement d'une prise en charge sanitaire, qu'il s'agisse d'actes de diagnostic, de prévention ou de soins¹⁸⁷. La loi du 4 mars 2002 en est un parfait exemple. Intitulée « *droits des malades et qualité du système*

¹⁸⁶ La lutte contre le cancer constitue un enjeu majeur des politiques de santé publique pour laquelle de nombreux plans de prévention sont développés, particulièrement concernant le cancer du sein. Le 11 mai 2011, l'État, la CNAM et la fédération nationale des radiologues ont conclu un accord établissant un plan de prévention contre le cancer du sein. Cette lutte ne cesse de s'intensifier avec les années, pour la stratégie nationale de santé 2018-2020, est alloué un budget de 1,74 milliards d'euros par la France et de 4 milliards par l'Union européenne à la recherche contre le cancer.

¹⁸⁷ D. TRUCHET, « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé », *RDSS* 2002, p. 817 ; X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, 4^e éd., 2020, p. 276 et s.

de santé », elle s'applique pourtant aux personnes bien-portantes, comme le prouvent les différentes mesures relatives à la prévention¹⁸⁸. La loi de modernisation du système de santé du 16 janvier 2015 préfère quant à elle employer le terme d'usager du système de santé¹⁸⁹. L'Organisation mondiale de la santé distingue deux niveaux de santé que sont l'absence de maladie ou d'infirmité et un état de complet bien-être¹⁹⁰. En droit français, l'article L. 1411-1 du Code de la santé publique s'inscrit dans cette ligne et dispose que « *[La politique de santé] tend à assurer la **promotion** de conditions de vie favorables à la santé, l'amélioration de l'état de santé de la population, la réduction des inégalités sociales et territoriales et l'égalité entre les femmes et les hommes et à garantir la meilleure sécurité sanitaire possible et l'accès effectif de la population à la prévention et aux soins* ». L'assurance maladie, comme la politique de santé publique, assurent le droit fondamental d'accéder au meilleur état de santé qu'il est possible d'obtenir¹⁹¹.

65. Assurer une prise en charge adéquate – Assurer l'indemnisation des victimes n'assure qu'une prise en charge imparfaite comme le soulignaient déjà Lord Beveridge et Paul Durand lors de la création des systèmes européens de Sécurité sociale¹⁹². Selon ce dernier, « *une politique sociale efficace devrait tendre à des modifications de structure destinées à prévenir les risques sociaux. Il s'agit alors de concevoir une organisation économique, sociale, technique, telle que l'on parvienne à rendre plus rare, sinon impossible la réalisation du risque* »¹⁹³. La forme la plus élevée

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ L. MORLET-HAÏDARA, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658.

¹⁹⁰ V. OMS, *Charte d'Ottawa*, nov. 1986. Elle débute ainsi « *La promotion de la santé a pour but de donner aux individus davantage de maîtrise de leur propre santé et davantage de moyens de l'améliorer* » ; F. BOURDILLON, G. BRÜCKER et D. TABUTEAU, *Traité de santé publique*, 2e éd., Médecine-Sciences Flammarion, 2007.

¹⁹¹ CSP, art. L. 1411-1 et v. *infra* n°83.

¹⁹² P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 23 ; F. GUIOMARD, « Prévenir et/ou réparer ? La place de la prévention dans le droit de la protection sociale », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD, *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016 p. 193 ; Y-SAINT JOURS, « La sécurité sociale et la prévention des risques sociaux », *Dr. soc.* 1994, p. 594.

¹⁹³ P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 23.

de sécurité réside dans la prévention du risque¹⁹⁴. Selon Paul Durand, la prévention est la preuve qu'un système de protection sociale est moderne et abouti, voire la forme véritable de Sécurité sociale. Dès mars 2001, le ministre délégué à la santé a insisté sur les fonctions préventives du système de santé, lors de la présentation de la politique de santé du gouvernement devant la conférence nationale de santé réunie à Strasbourg¹⁹⁵. Un système moderne de santé doit assurer l'accès au meilleur état de santé possible mais les finalités thérapeutiques ne sont pas les seules. La prévention participe de l'efficience des dépenses de santé.

66. Un enjeu économique – Les dépenses de santé sont principalement concentrées autour de certaines catégories d'assurés sociaux et sur certaines modalités de prise en charge. En 2021, 48,3% des dépenses étaient affectés à l'hospitalisation contre 27% dédiés aux soins ambulatoires et 13,7% aux médicaments¹⁹⁶. L'affectation de la part la plus importante des dépenses de santé à l'hôpital est assez révélatrice des carences de la prévention, qui s'expliquent notamment par le recours aux services hospitaliers dans l'hypothèse d'une pathologie chronique mal gérée comme dans le cadre d'une crise. Aussi, une part financière notable est allouée à la prise en charge des pathologies chroniques. En France, en 2014, 9,5 millions de personnes étaient reconnues atteintes d'une affection de longue durée (ALD) pour le seul régime général, soit 16% de la population couverte représentant environ 60% des dépenses de santé¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Si nécessaire qu'elle soit, l'indemnisation des risques ne peut constituer que l'un des aspects de la politique de sécurité sociale, surtout face au besoin, ressenti, de plus en plus croissant de sécurité des sociétés modernes. Toutefois, il convient de souligner que l'indemnisation et la prévention ne sont pas des modes de prise en charge concurrents mais « se prêtent un soutien mutuel » précise P. DURAND, in *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 23.

¹⁹⁵ D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », *Dr. soc.* 2011, p. 1085.

¹⁹⁶ J-J DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 74, n°97.

¹⁹⁷ Rubrique affection de longue durée (ALD) in <https://assurance-maladie.ameli.fr> ; V. VIOUJAS « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517. Certaines affections de longue durée (ALD) sont dites « exonérantes ». Il s'agit d'affections dont la gravité et/ou le caractère chronique nécessite un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse, et pour lesquelles le ticket modérateur est supprimé. Cette exonération bénéficie aux patients atteints d'une affection inscrite sur la liste (ALD 30) ; ou d'une affection

Il convient de remarquer la faible part de la consommation de médicaments, qui relativise l'image populaire d'un assuré social consommateur excessif et irresponsable du système de santé¹⁹⁸. Cette multiplicité de facteurs à l'origine des dépenses de santé permet de comprendre que leur maîtrise et une santé de qualité ne constituent pas des objectifs antinomiques. Ils constituent au contraire des objectifs compatibles et mêmes complémentaires. Facteur d'amélioration des soins mais aussi de maîtrise des dépenses de santé, la prévention réconcilie les préoccupations de l'assurance maladie et les politiques de santé publique ¹⁹⁹. La reconnaissance d'une notion permet une identification claire, nécessaire à sa promotion et son développement.

§2. Déploiement

67. Plan – La loi du 4 mars 2002 constitue un premier jalon dans le déploiement de la prévention. Après avoir édifié la base de sa mise en œuvre (A), toutes les lois ultérieures ont contribué à intensifier son déploiement (B).

A- Edification

68. Consécration – Dès 2001 ont été engagées des actions nationales de prévention. Le 31 janvier 2001, Dominique Gillot, secrétaire d'État à la santé et aux handicapés, a présenté un programme national « Nutrition santé » visant à améliorer les habitudes et les choix alimentaires des individus pour prévenir l'apparition des pathologies liées à une mauvaise alimentation²⁰⁰. Toutefois, la loi du 4 mars 2002 est la première à définir, organiser, rationaliser la prévention afin qu'elle ne constitue plus une

dite « hors liste » (ALD 31), c'est-à-dire d'une forme grave d'une maladie ou d'une forme évolutive ou invalidante d'une maladie grave ne figurant pas sur la liste des ALD 30, comportant un traitement prolongé d'une durée prévisible supérieure à six mois et une thérapeutique particulièrement coûteuse ; ou de plusieurs affections entraînant un état pathologique invalidant (ALD 32).

¹⁹⁸ G. ROUSSET, « Du patient au consommateur, de l'usager au citoyen : euphémisation des mots ou véritable perte de sens ? » *RGDM* 2008, p. 201.

¹⁹⁹ M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

²⁰⁰ D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », *Dr. soc.* 2001, p. 1085.

finalité abstraite. Consacrer cette notion marque la volonté, outre de reconnaître son existence, d'organiser sa mise en œuvre et d'en faire pour le législateur une priorité d'action. C'est pourquoi le législateur a voulu mettre fin à l'éparpillement législatif à ce sujet au profit d'une notion générique mobilisable et visible. Ce travail a été réalisé par la loi du 4 mars 2002 qui définit de manière globale la prévention à l'article L. 1417-1 du Code de la santé publique²⁰¹ : « *La politique de prévention a pour but d'améliorer l'état de santé de la population en évitant l'apparition, le développement ou l'aggravation des maladies ou accidents et en favorisant les comportements individuels et collectifs pouvant contribuer à réduire le risque de maladie et d'accident. À travers la promotion de la santé, cette politique donne à chacun les moyens de protéger et d'améliorer sa propre santé.*

La politique de prévention tend notamment :

1° A réduire les risques éventuels pour la santé liés aux multiples facteurs susceptibles de l'altérer, tels l'environnement, le travail, les transports, l'alimentation ou la consommation de produits et de services, y compris de santé ;

2° A améliorer les conditions de vie et à réduire les inégalités sociales et territoriales de santé ;

3° A entreprendre des actions de prophylaxie et d'identification des facteurs de risque ainsi que des programmes de vaccination et de dépistage des maladies ;

4° A promouvoir le recours à des examens biomédicaux et des traitements à visée préventive ;

5° A développer des actions d'information et d'éducation pour la santé ;

²⁰¹ La prévention est pour la première fois définie à l'article 79 de la loi du 4 mars 2002, codifié à l'article L. 1417-1 du Code de la santé publique et insère un chapitre VII au livre IV, titre Ier du Code de la santé publique, intitulé « Politique de prévention ». En 2004, cette disposition est abrogée, mais la prévention reste mentionnée parmi l'ensemble des actions reconnues mettant en œuvre la politique de santé publique énoncées à l'article L. 1411-1, 3° du Code de la santé publique issu de la loi du 9 août 2004. V. J-M DE FORGES, « La prévention dans la loi du 4 mars 2002 : organisation ou politique ? », *RDSS* 2002, p. 745 ; M-L MOQUET-ANGER, « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS* 2002, p. 657 ; X. BIOY, A. LAUDE, et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020, p. 41.

6° A développer également des actions d'éducation thérapeutique ».

Après avoir défini la notion de prévention et inscrit celle-ci dans l'objectif plus large de promotion de la santé, la loi du 4 mars 2002 est la première à consacrer ses objectifs et moyens. Une fois reconnue, la notion devait être promue. Cette promotion supposait des objectifs et moyens. Les facteurs de risques étant nombreux, le législateur souligne l'omniprésence de la prévention au sein de la politique de santé en énonçant les divers domaines dans lesquels ces facteurs doivent être réduits²⁰². Ensuite, les alinéas suivants consacrent les multiples canaux permettant de mettre en œuvre la prévention, à ses différents stades. Il s'agit d'une liste non exhaustive consacrant la variété des moyens de prévention, répondant naturellement aux différents stades de la prévention. Le dépistage préconisé est un moyen de prévention primaire tout comme l'éducation à la santé, tandis que l'éducation thérapeutique ou encore les traitements à visée préventive répondent aux stades secondaire et tertiaire. Surtout, l'ensemble de ces moyens sont destinés aux individus qui deviennent acteurs de leur santé. La politique de santé n'est plus seulement collective mais devient individuelle.

69. L'association des individus – La loi du 4 mars 2002 responsabilise les individus au sujet de leur santé et constitue le premier support juridique de la responsabilisation, avant même les lois des 9 et 13 août 2003. L'alinéa 1^{er} de l'article 1417-1 al 1^{er} du Code de la santé publique dispose qu' « *à travers la promotion de la santé, cette politique [de prévention] donne à chacun les moyens de protéger et d'améliorer sa propre santé* ». En anticipant sa pathologie, l'individu détient désormais le pouvoir de l'orienter ; l'individu devient acteur de sa santé. « *L'amélioration des connaissances sur les causes des pathologies et sur l'influence du patrimoine génétique, le développement des techniques de prévention, de plus en plus en plus*

²⁰² Pour ce faire, la loi du 4 mars 2002 dote l'État d'un service d'expertise de prévention en créant l'Institut national de prévention de promotion de la santé (INPES) qui a pour but de doter les pouvoirs publics d'un centre d'expertise et de veille en matière de prévention, mais aussi de constituer un réseau national de prévention et de promotion de la santé à la dispo des autres acteurs nationaux, régionaux et locaux des politiques de santé. Il s'agit d'un établissement public sous tutelle du ministère de la santé. Ce comité vient remplacer l'ancien Comité français d'éducation pour la santé est remplacé afin de marquer la volonté d'harmonisation.

applicables en amont de l'apparition des symptômes cliniques des maladies, ne pourront que renforcer le rôle des usages dans la prise en charge de leur santé »²⁰³.

La consécration de la prévention se traduit de manière concrète par la mise en place de moyens financiers dédiés, permettant de réaliser les objectifs et moyens déclinés.

70. Financement – L'assurance maladie couvre traditionnellement les traitements curatifs et couvrait de manière ponctuelle des actions de prévention. À titre d'exemple, la loi du 4 février 1995 dresse une liste des frais de vaccination remboursés²⁰⁴. Les plans de prévention étaient financés par les caisses d'assurance maladie au titre d'un budget dédié²⁰⁵. La situation prend fin avec la loi du 4 mars 2002 qui modifie l'article L. 321-1 du Code de la Sécurité sociale²⁰⁶, dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 2003 au 11 août 2004, pour disposer que les actes et traitements à visée préventive ne sont plus assurés par les crédits limitatifs d'un fond, mais financés sur les dépenses générales de l'assurance maladie au même titre que les actes curatifs²⁰⁷. Cette loi institue la couverture des frais d'actes à visée préventive effectués dans le cadre de programmes prioritaires de prévention, comme certains dépistages, au même titre que les actes de soins. L'égalisation financière des moyens entre prévention et curatif montre toute l'importance accordée par le législateur à ce nouveau mode de prise en charge du risque maladie. Après avoir énoncé les outils et consacré les moyens

²⁰³ D. TABUTEAU, « La notion d'observance », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007, p. 9.

²⁰⁴ La liste des frais de vaccination pris en charge est dressée par arrêté ministériel. Sur la politique de vaccination, v. : P. ROCHER-CURIER, « La politique de vaccination dans le cadre de la nouvelle Stratégie nationale de santé », *RDSS* 2018, p. 402.

²⁰⁵ CSS, art. L. 262-1. La loi du 5 janvier 1988 attribue aux caisses d'assurance maladie une mission de prévention et instaure les « programmes d'accès à la prévention ».

²⁰⁶ Il s'agit de l'article L. 321-1 du Code de la sécurité sociale dans sa version en vigueur du 11 août 2004 au 1^{er} janvier 2016.

²⁰⁷ L'article L. 321-1 6°, dispose que l'assurance maladie comporte « La couverture des frais relatifs aux actes et traitements à visée préventive réalisés dans le cadre des programmes prioritaires de prévention définis en application des dispositions de l'article L. 1417-2 du Code de la santé publique, et notamment des frais relatifs aux examens de dépistage effectués au titre des programmes prévus par l'article L. 1411-2 du même Code ainsi que des frais afférents aux examens prescrits en application de l'article L. 2121-1 du même Code et aux vaccinations dont la liste est fixée par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale ».

financiers pour rendre la prévention effective au sein du système de santé la loi du 4 mars 2002 a dû établir une véritable politique de prévention planifiée.

71. Planification – La loi du 4 mars 2002, conformément à l'esprit de la LOLF, souhaite faire gagner en efficacité la politique de santé qui sera désormais organisée selon un programme national pluriannuel quinquennal de prévention des risques pour la santé liés à l'environnement²⁰⁸. Le rôle de l'État est encore affirmé à cette occasion, à l'image de la réforme déjà menée en matière de politique de santé. Le ministère de la Santé établit, après consultation de la HAS²⁰⁹, les priorités et le contenu des programmes nationaux de prévention, ainsi que la liste des actes et traitements correspondant et les mesures garantissant la qualité des actions mises en œuvre²¹⁰. L'idée est de promouvoir des « objectifs et programmes prioritaires nationaux de prévention » qui doivent s'inscrire dans les « priorités pluriannuelles » de la politique nationale de santé²¹¹. L'objectif est de donner les moyens d'une véritable politique nationale imposée à tous les partenaires de l'État. Le texte distingue les « objectifs et programmes prioritaires nationaux » et la coordination générale des actions de prévention. La coordination générale est beaucoup plus vague et plus difficile à mettre en place, nécessitant l'adoption de mesures, faute de quoi la planification perdrait de son sens.

²⁰⁸ L'objectif premier d'opérer une réduction des risques sanitaires.

²⁰⁹ Le pouvoir le parlement est limité au moment du vote de la LFSS.

²¹⁰ Le plan de santé publique est décliné en plusieurs plans régionaux de santé publique (PRSP) qui fixent des priorités thématiques. Les politiques de prévention ne font donc pas l'objet d'une territorialisation infra-régionale, contrairement aux schémas régionaux d'organisation sanitaire (SROS) élaborés par l'Agence régionale de l'hospitalisation (ARH) après avis du comité régional de l'organisation sanitaire (CROS), en lien avec la Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins (DHOS). Il convient d'ajouter qu'à l'occasion de la définition des priorités, une évaluation de la politique de santé publique a été introduite. Pour approfondir les plans nationaux et régionaux de santé publique, v. : A. FLAJOLET, Rapport intitulé « Mission au profit du gouvernement relative aux disparités territoriales des politiques de prévention sanitaire », avril 2008, p. 50 ; R. RUELLAN, « Vers une réconciliation de la politique de la santé et de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2003, p. 410.

²¹¹ CSP, art. L. 1417-1 ; J-M DE FORGES, « La prévention dans la loi du 4 mars 2002 : organisation ou politique ? », *RDSS* 2002, p. 745.

72. Gouvernance et coordination des actions – La difficulté qui ronge les actions de prévention réside dans l'enchevêtrement et la dispersion des acteurs contribuant à l'élaboration et à la mise en œuvre de la prévention²¹². En matière d'études et de recherches sur la situation et les risques sanitaires, différents instituts publics comme privés réalisent leurs propres analyses²¹³. Il en est de même en matière de conception des programmes de prévention, d'éducation et de promotion de la santé, qui répondent à des enjeux sanitaires spécifiques²¹⁴. Ensuite, la mise en œuvre de la prévention passe par plusieurs canaux. Tout d'abord, la police administrative et sanitaire participe à sa réalisation. Le pouvoir est attribué aux maires ou aux préfets en cas d'épidémies ou de danger imminent pour la santé publique, mais aussi au gouvernement qui édicte encore les règlements sanitaires. Les lois de décentralisation ont, quant à elle donné, compétence aux départements pour assurer la protection sanitaire de la famille et de l'enfance²¹⁵. Des compétences sont aussi attribuées aux hôpitaux et²¹⁶, enfin, les caisses d'assurances maladies sont dotées d'un budget pour la mise en œuvre des programmes de prévention santé²¹⁷. Elles disposent d'un pouvoir conventionnel permettant d'associer les professionnels libéraux aux actions de prévention²¹⁸. Les contrats de santé publics permettaient à l'assurance maladie d'impulser certaines orientations en ce domaine. Cet éclatement des compétences, bien que favorable à une émulation stimulante et complémentaire au service de l'élaboration des actions de prévention nuit à l'efficacité et à la lisibilité des actions de prévention, ainsi qu'à l'absence de coordination des actions²¹⁹.

²¹² D. TABUTEAU, « Politique d'assurance maladie et politique de santé publique », *Dr. soc.* 2006, p. 200 ; D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention, *Dr. soc.* 2011, p. 1085.

²¹³ J-M DE FORGES, La prévention dans la loi du 4 mars 2002 : organisation ou politique ?, *RDSS* 2002, p. 745.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Les départements ont par exemple compétence pour adopter des mesures de lutte contre le cancer et la tuberculose.

²¹⁶ CSP, art. L. 6111-1.

²¹⁷ À titre indicatif, le fonds national de prévention, de l'éducation et de l'information sanitaire était doté pour 2002 de 290 millions d'euros.

²¹⁸ CSS, art. L. 162-12-19 et L. 162-12-20.

²¹⁹ J-M DE FORGES, « La prévention dans la loi du 4 mars 2002 : organisation ou politique ? », *RDSS* 2002, p. 745.

La loi du 4 mars 2002 cherche donc à coordonner l'ensemble de ces actions. Un effort de coordination est tenté par la création d'un comité technique national de prévention (CNTP), chargé de veiller au développement coordonné des programmes et actions projetés ou mis en œuvre par les administrations, établissements, organismes ou collectivités représentés en son sein²²⁰. Toutefois, il s'agit de la seule mesure de coordination adoptée, car, la loi du 4 mars 2002 se concentre davantage sur la promotion de la prévention que sur son organisation. Toutefois, la reconnaissance juridique et institutionnelle ne suffit pas pour donner vie au concept de prévention. Il convient d'élaborer des politiques de prévention cohérentes et efficaces²²¹. Les lois postérieures à la loi du 4 mars 2002 s'y attèleront et, plus particulièrement, la loi du 9 août 2004 et la loi dite HSPT du 21 juillet 2009.

B- Progression

73. *Égalisation* – L'article 79 de la loi du 4 mars 2002, codifié à l'article L. 1417-1 du Code de la santé publique, est abrogé par la loi du 9 août 2004. Mais cette abrogation n'est pas synonyme de renoncement à la prévention au sein des politiques de santé publique, au contraire. Cette loi entend définir clairement et organiser la politique de santé publique pour lui faire gagner en efficacité et contribuer à la réforme du système de santé. Tout d'abord, il s'agit de la première loi définissant la santé publique qui intègre la prévention au même titre que le curatif. La prévention ne fait cependant plus l'objet d'un article propre. La loi du 9 août 2004 entend égaliser curatif et prévention en montrant que cette dernière est désormais une partie intégrante des politiques de santé publique.

Cette volonté est reprise et poursuivie par la loi Hôpital, patients, santé et territoire du 21 juillet 2009, dite loi HPST, qui affiche clairement une volonté de rééquilibrer la part entre prévention et soins curatifs au sein des politiques de santé²²². Pour ce faire, elle prévoit de consacrer aux politiques de prévention 10% des dépenses de santé au lieu de

²²⁰ Ce dispositif a été abrogé en 2005.

²²¹ IGAS, « Santé, pour une politique de prévention durable », Rapport annuel, 2003.

²²² Cet article décline en onze items la mise en œuvre de cet objectif précise Danièle CRISTOL, *in* « Prévention et santé publique dans la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 832.

7% précédemment, soit une augmentation de près de 50% des crédits²²³. Ensuite, est consacré le principe de fongibilité asymétrique. L'Agence régionale de santé (ARS) dispose d'un budget propre pour réaliser ses objectifs et ce budget ne peut plus être affecté au curatif²²⁴. Les finances de la prévention sont sanctuarisées. Enfin, sont élargis les modes de financement. Les programmes de prévention peuvent désormais être financés par des fonds privés, y compris provenant de firmes pharmaceutiques. En dépit de cette forte progression financière, le système français reste dominé par une logique curative et une partie de la doctrine, tels que les professeurs Jean-Jacques Dupeyroux ou Michel Borgetto et Robert Lafore regrettent la faible place accordée à la prévention primaire²²⁵.

74. Développement – Le législateur renforce et développe certaines thématiques déjà amorcées par la loi du 4 mars 2002 et le plan quinquennal adopté dans la foulée. Parmi ces objectifs, figure le renforcement de la prévention contre les risques sanitaires et environnementaux²²⁶. Depuis la loi du 9 août 2004 plusieurs lois ont été adoptées pour renforcer la prévention contre les risques sanitaires et environnementaux, notamment pour assurer la protection de l'eau²²⁷, encadrer le régime des débits de boisson²²⁸ et préparer le système de santé aux menaces sanitaires de grande ampleur²²⁹. Parallèlement, deux ordonnances ont renforcé la lutte contre l'habitat insalubre ou dangereux²³⁰ ainsi que le régime de certaines agences de sécurité sanitaire²³¹. C'est à ce

²²³ J.-M. ROLLAND, Rapport sur le projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires, Ass. nat., n° 1441, t. I, p. 37.

²²⁴ CSP, art. L. 1434-6, al. 1. Grâce à la fongibilité asymétrique, les crédits dédiés à la prévention font l'objet d'une « sanctuarisation », car ils ne pourront être affectés au curatif alors que l'inverse est possible.

²²⁵ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 18^e éd., 2015, p. 68.

²²⁶ D. TABUTEAU, « La politique de santé, des lois d'août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 595.

²²⁷ Loi n° 2006-1772 du 30 déc. 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques.

²²⁸ Art. 24 de la loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007 relative à la simplification du droit.

²²⁹ Loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur.

²³⁰ Ord. n° 2005-1566 du 15 déc. 2005 relative à la lutte contre l'habitat insalubre ou dangereux.

²³¹ Ord. n° 2005-1087 du 1^{er} sept. 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine.

titre que l'INPES voit son action recentrée sur la mise en œuvre des programmes nationaux d'éducation à la santé et que les systèmes d'information sont améliorés et l'exploitation des données de santé étendue²³². L'analyse de la loi du 9 août 2004 met en lumière la volonté du législateur de procéder à un rééquilibrage entre soins et prévention²³³.

Par la suite, le champ de la prévention n'a cessé de s'accroître. La loi HPST poursuit l'œuvre engagée dans les précédentes lois donnant de l'ampleur à la notion en introduisant dans le Code de la santé publique un titre relatif à la prévention ainsi qu'un titre relatif à l'éducation thérapeutique²³⁴. La loi HPST de 2009 vise à agir sur des risques ou facteurs de risques plus ciblés, comme la lutte contre les troubles du

²³² Dans la loi du 9 août 2004, le chapitre III du titre III y est consacré et plusieurs dispositions favorisent le rapprochement des données de santé et leur exploitation dans l'intérêt de la santé publique. Le texte prévoit que les données peuvent être utilisées à des fins de recherche dans le domaine de la santé. L'article 24 modifie l'article L. 161-29 du Code de la sécurité sociale pour permettre aux personnels des organismes d'assurance maladie de déroger à l'obligation de secret dans cette hypothèse. Le système national d'information inter-régimes de l'assurance maladie, mis en place par l'article L. 161-28-1 du Code de la sécurité sociale pour la connaissance des dépenses de santé et l'information des professionnels de santé sur leur activité, se voit habilité à contribuer à la définition, à la mise en œuvre et à l'évaluation de la politique de santé publique ». La loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 poursuit l'objectif d'exploitation des données de santé dans son chapitre V intitulé « *Créer les conditions d'un accès ouvert aux données de santé* »¹²⁷. Pour approfondir la question des données personnelles, v. : J-M PONTIER, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA* 2003, p. 1752 ; E. DEBIES, « L'ouverture et la réutilisation des données de santé : panorama et enjeux », *RDSS* 2016, p. 697 ; L. MORLET-HAÏDARA, « Le système national des données de santé et le nouveau régime d'accès aux données », *RDSS* 2018, p. 91.

²³³ X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020, p. 12 et s. ; D. TABUTEAU, « La politique de santé, des lois d'août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 595 ; T. TAURAN et S. CENTONZE, « La « réforme » de l'assurance maladie par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 », *Travail et Protection sociale* déc. 2004, étude 22. p. 91.

²³⁴ Initialement, le titre III du projet de loi dit HPST, intitulé. « Prévention et santé publique » comportait uniquement quatre articles. Ils s'articulaient autour de deux sujets, considérés comme essentiels et nécessaires en matière de prévention, par le gouvernement. Toutefois, les débats parlementaires ont souligné le caractère insuffisant des mesures prises afin de déployer la prévention. Le contenu de cette loi a donc été étoffé et comprend désormais trente-cinq articles destinés à favoriser le développement de la prévention. V. : D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », *Dr. soc.* 2011, p. 1085 ; D. CRISTOL, « Prévention et santé publique dans la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 832 ; A. MAVOKA-ISANA, « Présentation du projet de loi « hôpital, patients, santé et territoires » en conseil des ministres », *Dalloz actu.*, 27 octobre 2008 ; J-N CABANIS, « La loi du 26 janvier 2016 relative à la modernisation de notre système de santé : une nouvelle étape pour la santé publique », *RDSS* 2016, p. 597.

comportement alimentaire (TCA), contre le tabac, le *binge-drinking* (alcoolisation ponctuelle très importante) ou encore des facteurs environnementaux. Cet accroissement de la prévention est relayé par la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016 qui comporte 76 occurrences du terme « *prévention* » et un premier titre intitulé « *Renforcer la prévention et la promotion de la santé* »²³⁵. Pour combattre ces facteurs de risque, se multiplient les programmes d'éducation thérapeutique (ETP) à destination des personnes, afin qu'elles prennent conscience de l'impact de leur mode de vie sur leur santé. À la différence des programmes d'éducation à la santé, l'ETP a pour objectif d'éduquer le patient à la gestion de sa pathologie au quotidien pour améliorer sa prise en charge et s'adresse principalement aux malades chroniques. « *La prévention doit correspondre à une gestion active et responsabilisée du patrimoine santé dans tous les aspects de la vie pour un continuum prévention soins* »²³⁶. Le rôle de l'individu est devenu essentiel avec la réforme HSPT et ne cesse de prendre de l'importance dans les politiques de prévention.

75. Réorganisation – La loi HPST du 21 juillet 2009 a mis fin à l'illisibilité et à la dispersion des politiques de prévention. Elle substitue à un agrégat d'acteurs (ARH, DDAS, DRASS, URCAM, GRSP, MRS, CRAM), un acteur unique qu'est l'Agence régionale de santé (ARS)²³⁷. L'ARS devient la pièce maîtresse pour décloisonner les acteurs de la prévention. Les différents documents de planification des précédents acteurs sont eux aussi regroupés en un document unique. Le projet

²³⁵ P-H BRECHAT, « Prévention et promotion de la santé : pierre angulaire de la loi », *Revue droit et santé*, Hors-série la Loi de modernisation de notre système de santé, 2016, p. 23 ; F. GUIOMARD, « Prévenir et/ou réparer ? La place de la prévention dans la protection sociale », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD, *Quelles protections sociales demain?*, Dalloz, 2016, p. 193.

²³⁶ A. FLAJOLET, Rapport intitulé « Mission au profit du gouvernement relative aux disparités territoriales des politiques de prévention sanitaire », avril 2008, p. 50.

²³⁷ Dossier « Les ARS dans l'organisation sociale et médico-sociale », *RDSS* 2016, p. 403 et s ; D. TABUTEAU, « Les agences régionales de santé (ARS) : cadre et limites juridique d'une nouvelle autorité sanitaire », *RDSS* 2017, p. 1056 ; D. TABUTEAU, « La politique de santé, des lois d'août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 595 ; M. TREPRAU, « Les nouvelles relations entre l'État et l'assurance maladie : le cadre institutionnel de la politique de gestion du risque », *RDSS* 2009, p. 1100. Concernant la région, la loi du 4 mars 2002 reste vague, laissant penser qu'un statu quo était préférable pour ne pas accroître les disparités entre régions, face à une volonté de coordination nationale.

régional de santé (PRS) est arrêté par l'ARS et est constitué de trois schémas distincts²³⁸. Tout d'abord, le schéma régional stratégique de santé fixe les orientations et les objectifs de santé dans une approche globale, qui inclut nécessairement la prévention. Ensuite, des schémas régionaux en matière de prévention sont adoptés²³⁹, ainsi qu'un schéma régional d'organisation des soins et médico-social²⁴⁰. En soutien du plan régional de santé, est intégré à celui-ci un programme pluriannuel de gestion du risque, élaboré par le directeur général de l'ARS avec les représentants régionaux des organismes d'assurance maladie²⁴¹. Ce programme comprend les actions nationales communes définies par un contrat conclu entre l'État et l'UNCAM, visant à promouvoir les actions relatives à la prévention et à l'information des assurés. Il a pour but d'assurer la mise en œuvre cohérente de la politique de santé en prévention²⁴². Des actions complémentaires prenant en considération les spécificités régionales sont aussi définies²⁴³ ; le directeur de l'ARS a un pouvoir de conclusion de conventions en matière de santé. La création des ARS a entendu rapprocher assurance maladie et santé publique en associant tous les partenaires en leur sein à la mise en œuvre d'une régulation rationnelle des moyens dans le cadre de « territoires de santé »²⁴⁴.

²³⁸ Le plan régional de santé définit à l'article L. 1434-2 figure dans le Chapitre Ier intitulé « Missions et compétences des agences régionales de santé » du livre IV du Code de la santé publique ; D. CRISTOL, « Prévention et santé publique dans la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 832 ; D. TABUTEAU, « La politique de santé, des lois d'août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 595.

²³⁹ Les PRSP fixent au plan régional des priorités thématiques liées en partie à la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) et aux plans nationaux.

²⁴⁰ CSP. Art. L. 1434-1 et L. 1434-2.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² D. CRISTOL, « Prévention et santé publique dans la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 832.

²⁴³ Enfin, au service de la promotion et de la mise en œuvre, des outils conventionnels peuvent être utilisés. À titre d'exemple, un « *contrat d'amélioration de la qualité et de la coordination des soins* » peut être proposé par l'ARS. V. : D. CRISTOL, « Prévention et santé publique dans la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 832.

²⁴⁴ V. *supra* n°47. Le niveau régional s'est imposé comme le niveau le plus pertinent pour organiser l'offre de soins. Le ARS inclut les anciennes ARH et permettent un découplage médecine de ville et médecine hospitalière.

76. La prévention au cœur de l'avenir – Après la loi HPST, la prévention continue d'être développée, notamment par la loi de modernisation du système de santé promulguée le 26 janvier 2016. Elle identifie le renforcement de la prévention parmi les priorités du système de santé. Par la suite, est dessinée pour l'horizon 2022, par décret du 29 décembre 2017, une stratégie nationale de santé qui envisage de muter en profondeur le système de santé. Si un tel effort a été amorcé en 2004, la stratégie de transformation du système de santé, appelé « Ma santé 2022 », souhaite aller encore plus loin ²⁴⁵. Quatre thématiques ont pour but de « modifier la nature des relations entre les différents intervenants du secteur », réaliser « le contrôle des dépenses de santé », « améliorer la qualité des soins »²⁴⁶. « *La politique de santé doit être menée de manière à garantir une réponse cohérente aux enjeux de santé, de dépendance ou de handicap pour l'ensemble de la population et tout au long de la vie de chacun* »²⁴⁷. La prévention constitue un outil essentiel pour l'atteinte de ces objectifs. Pour insuffler une politique de prévention « volontariste » Agnès Buzyn, ancienne ministre de la Santé et des Solidarités, avait annoncé qu'elle comptait sur les 5 milliards d'euros d'investissement sur cinq ans. « *Demain nous investirons davantage pour prévenir que guérir* »²⁴⁸. À cette fin des actions de prévention seront financées au titre des missions d'intérêt général dans les établissements de santé et les professionnels de santé libéraux se verront fixer des objectifs de performance.

²⁴⁵ Décret n°2017-1866 du 29 déc. 2017 portant définition de la stratégie nationale de santé pour la période 2018-2022. La stratégie nationale de santé 2018-2022, lancée le 19 septembre 2022, a été élaborée sur la base du travail préliminaire du Haut Conseil de la Santé Publique rendu en septembre 2017. V. en ce sens, l'avis du Haut Conseil de la Santé Publique relatif à la saisine du 17 mai 2018 sur la stratégie nationale de santé.

²⁴⁶ M. TREPEAU, « La stratégie nationale de santé : un instrument disruptif de mise en œuvre de la politique de santé ? », *RDSS* 2018, p. 389.

²⁴⁷ Exposé des motifs du projet de loi de modernisation de notre système de santé n°1681, présenté à l'Assemblée nationale le 13 février 2019.

²⁴⁸ A. BUZYN, Discours du 30 mai 2017, lors des rencontres de Santé publique France.

77.

Conclusion de section – Le développement des pathologies chroniques, l'enjeu d'efficience des dépenses de santé ainsi que la possible anticipation de l'apparition de la maladie a conduit le législateur à remettre la prévention sur le devant de la scène. Elle est aujourd'hui au cœur de la stratégie de transformation du système de santé poursuivant l'efficience des dépenses de santé. C'est pourquoi, depuis la loi du 4 mars 2002, le législateur ne cesse de développer la prévention, même si sa part et son déploiement restent encore insuffisants. Il convient de souligner que, depuis la loi HSPT, une plus grande place est accordée au patient dans la mise en œuvre des programmes de prévention. Celle-ci ne peut être réalisée sans la participation de celui-ci ; le législateur développe des outils préventifs pour donner aux individus les moyens de protéger et d'améliorer leur santé. La prévention responsabilise l'individu à l'égard de sa santé.

78. Conclusion de chapitre – La responsabilisation du patient-assuré social dans la prise en charge du risque maladie a deux origines législatives, à savoir la réforme de l'assurance maladie et le développement de la prévention. L'assurance maladie s'intéresse depuis la loi du 13 août 2004 à l'objet de ses dépenses et s'immisce dans la gestion du système de santé. L'assurance maladie cherche à opérer l'allocation la plus efficiente possible des dépenses de santé en réformant le système de soins. Le législateur prend conscience qu'un tel chantier ne pourra être réalisé sans la participation de tous les acteurs notamment celle des assurés sociaux qui sont la clef de voute de cette réforme. En leur double qualité d'usager du système de santé et d'assuré social, ils sont au cœur des législations d'assurance maladie et de santé et leur recours au système de santé influence l'efficacité des soins ainsi que l'économie de l'assurance maladie. Ils doivent donc adopter un comportement responsable à l'égard du système de santé comme de leur maladie.

Apparaît alors la seconde origine du concept de responsabilisation qui consiste dans le développement de la prévention. Le développement des pathologies chroniques, la quête d'efficience des dépenses de santé et la possible anticipation de l'apparition et du développement de la maladie a conduit le législateur à développer la prévention au sein du système de santé. Le législateur multiplie les réformes pour donner aux individus les moyens de protéger et améliorer leur santé. L'anticipation de la pathologie modifie le rôle de l'individu à cet égard. Le patient n'est plus l'individu qui subit une pathologie dans un rapport médical paternaliste. Il possède désormais le pouvoir d'orienter sa santé et, de cela, il doit prendre conscience. L'individu est aujourd'hui responsabilisé dans son recours au système de santé et dans la gestion de sa santé.

Cherchant à orienter le comportement des assurés sociaux, la responsabilisation ne doit toutefois pas être confondue avec la responsabilité qui est antinomique aux principes de l'assurance maladie et du droit de la santé. Le législateur a rappelé qu'il ne souhaitait pas faire basculer la réforme du système dans un rationnement des soins et entendait garantir les principes de solidarité, d'égalité, de qualité et de liberté, dans

le droit de l'assurance maladie comme dans le droit de la santé publique²⁴⁹. La responsabilisation constitue une notion autonome et inédite qui se distingue théoriquement de la responsabilité juridique par ses intentions et ses effets, de manière à respecter les principes fondamentaux de l'assurance maladie.

²⁴⁹ Il s'agit d'un socle juridique commun selon Marion GIRER. Elle souligne que les deux lois du 9 et 13 août 2004 s'ouvrent sur la reconnaissance de principes fondamentaux propres à chaque législation et les faits siens. Les mesures adoptées respecteront ces principes désormais communs, y compris les différentes mesures de responsabilisation. V. M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45. Si la responsabilisation se doit de respecter ces principes fondamentaux, l'étude ne souhaite pas parler de socle juridique commun. La responsabilisation se développe dans deux directions différentes selon la législation d'assurance maladie et le droit de la santé qui restent malgré tout étanches. C'est cette étanchéité qui est source de confusion au détriment des principes fondamentaux de chaque législation ; Sur les droits des patients, J-P CLAVERANNE et D. VINOT, « L'émergence des droits des patients dans les systèmes de santé occidentaux : anciens problèmes et nouveaux défis », *RGDM* 2004, p. 17.

Chapitre II : La frontière de la responsabilisation

79. **Plan** – La responsabilisation ne doit pas être confondue avec la responsabilité qui, elle, est étrangère à l’assurance maladie au stade de la survenance du risque (**Section 1**). Fondée sur la faute, elle ne peut intervenir dans le déclenchement de la prise en charge sous peine d’entrer en contradiction avec la raison d’être de l’assurance maladie. Toutefois, elle conserve, au sein de cette assurance sociale, une place résiduelle afin d’assurer son bon fonctionnement, une fois décorrélée de la survenance du risque social (**Section 2**).

Section I : Le rejet de la responsabilité lors de la survenance du risque maladie

80. **Plan** – La responsabilité est incompatible avec les finalités de l’assurance maladie (§1) et, par conséquent, avec les fondements juridiques de celle-ci (§2).

§1. Incompatibilité avec les finalités de l’assurance maladie

81. **Plan** – L’assurance maladie ne peut admettre la faute dans le déclenchement de la prise en charge du risque maladie, car elle protège plusieurs droits fondamentaux (A). De plus, elle s’est développée conformément à la théorie du solidarisme (B).

A- La protection des droits fondamentaux

82. **Assurer le droit à un niveau de vie décent** – L’assurance maladie répond au droit fondamental des individus de vivre dans des conditions décentes. Léon Bourgeois, considéré comme un des Pères fondateurs de l’assurance maladie, déclarait en 1902 dans un discours tenu devant la Fédération nationale de la mutualité française (FNMF) : « *Il n’est pas possible qu’un être humain meure de froid ou de faim dans un état qui se dit civilisé. Il y a un minimum d’existence que l’effort de tous doit assurer à tous* ». Ce droit, qualifié de fondamental, est proclamé en droit national et international. Le droit à un niveau de vie décent est consacré par l’article 25 de la Déclaration universelle des Droits de l’Homme et du Citoyen (DUDHC) du 10

décembre 1948 qui énonce que toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment par l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux, ainsi que les services sociaux nécessaires : « *Elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté* ». Cet objectif est aussi reconnu par le droit européen. La Cour européenne des droits de l'homme rattache le droit à un niveau de vie décent à l'article 3 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) qui interdit aux états de soumettre les individus à un « *traitement inhumain ou dégradant* »²⁵⁰. Bien que ne consacrant pas clairement le droit à un niveau de vie décent, la Cour estime que cet article permet d'imposer des obligations positives aux états, et pas seulement de s'abstenir d'agir, et constitue ainsi une source de droits sociaux²⁵¹. En droit interne, l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 accorde aux individus le droit à un niveau de vie décent. Il dispose que « *[La nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». Le droit de vivre dans des conditions décentes comprend, de manière indiscutable, le droit d'accéder à la santé.

83. Droit d'accès à la santé – Le droit à la protection de la santé est garanti par le droit constitutionnel, mais il se trouve aussi consacré sur le plan international en tant que corollaire du droit de vivre dans des conditions décentes. À la suite de la Seconde Guerre mondiale, dans un contexte de reconnaissance des droits sociaux, les premiers textes consacrant le droit à la protection de la santé visaient à

²⁵⁰ CEDH, 28 oct. 1999, déc. Pancenko c/ Lettonie, n°40772/98 décision ; CEDH, 12 sept. 2002 déc. Mikheyeva c/ Lettonie Req. n°50029/99 ; CEDH, 9 oct. 2003, déc. Fedoravaa et autres c/ Lettonie n°69405/01, du 9 oct. 2003.

²⁵¹ CEDH, 23 mars 2002, déc. Larioshina c/ Russie, n°56869/00, obs. in I Kitsou-Milonas, F. Sudre, J.-P. Margenau, J. Andriantsimambazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2019, 9e éd., p. 100.

assurer, par des obligations de faire, le droit à un niveau de vie décent. Le Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) du 22 juillet 1946 énonce ainsi que « *la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique et sociale* ». L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (PIDESC) du 16 décembre 1966 stipule que les états reconnaissent « *le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* »²⁵². Étonnamment, au sein du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) adoptée le 4 novembre 1950 ne reconnaît pas explicitement le droit à la protection de la santé. Mais le juge européen l'a fait en mobilisant d'autres droits, comme le droit de protéger la vie de l'individu contre les tiers ou contre le risque de maladie ou le droit à un niveau de vie décent²⁵³. L'Union européenne consacre quant à elle clairement ce droit à l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁵⁴.

Il convient de préciser que ce n'est pas tant le droit à la santé qui est consacré que le droit d'y accéder. Être en bonne santé constitue un objectif et non un droit opposable en raison de l'impossible réalisation de son objet²⁵⁵. La charte de l'OMS du 27 juillet 1946 énonce que « *la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain* ». La formule « capable

²⁵² Les Nations-Unies ont aussi consacré le droit à la protection de la santé dans d'autres conventions à l'objet plus précises, telles que la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes du 18 décembre 1979. Par exemple, Conv. sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par la résolution de l'assemblée générale 34/180, 18 déc. 1979, art. 11(2)(b), 14(2) ; Conv. sur les droits de l'enfant, adoptée par résolution de l'assemblée générale 44/25, 20 nov. 1989, art. 26, 27(1) ; Conv. internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille adoptée par résolution de l'assemblée générale 45/158, 18 déc. 1990, art. 27 et 54 ; Conv. relative aux droits des personnes handicapées, adoptée par résolution de l'assemblée générale A/RES/61/106.

²⁵³ CEDH, 1er mars 2001, Berktaç c/ Turquie, n°22493/93, §154.

²⁵⁴ « *Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* ».

²⁵⁵ X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020, p. 2.

d'atteindre » rappelle qu'il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat qui pèse sur les États à l'égard des individus. Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat mais d'une obligation de moyens. L'État doit créer un contexte favorable à l'épanouissement de la santé de chacun. Le Conseil d'État l'a rappelé dans une ordonnance de référé du 8 septembre 2005²⁵⁶ et dans une décision du 5 décembre 2002 refusant de reconnaître le droit à la santé comme une liberté fondamentale²⁵⁷. Le droit à la santé ne constitue pas un droit subjectif de l'individu qu'il peut opposer à l'État pour en faire valoir le respect devant le juge, mais un droit objectif qui fait peser des obligations sur l'État ou les collectivités publiques²⁵⁸. Ce contexte favorable est réalisé par le droit d'accéder à la Sécurité sociale.

84. Le droit fondamental d'accéder à la Sécurité sociale – Le droit d'accéder à la Sécurité sociale est consacré par l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique qui dispose que « *Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, [...]* ». En droit international, le droit à la Sécurité sociale est consacré par l'article 22 de la DUDHC du 10 décembre 1948 qui dispose que « *Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la Sécurité sociale [...]* ». L'article 9 du PIDESC du 16

²⁵⁶ CE, 8 sept. 2005, « Ministre de la Justice c./ M.X », AJDA, 2006, act. Juris. P. 376, note M. Laudijois.

²⁵⁷ Le Conseil d'État juge ainsi sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative qui instaure le référé liberté fondamentale ; CE, 5 déc. 2002, « Renault Le Mailloux », RGDM, p. 286 ; CE Ord. 8 sept. 2005, Brunel, n°284803.

²⁵⁸ Le droit subjectif est le pour une personne de faire quelque chose ou le droit pour une personne d'obtenir qu'une autre personne fasse quelque chose à son profit. Il s'oppose au droit objectif qui constitue des règles de droit habilitant le sujet à agir. Le droit subjectif matérialiserait la liberté et la rendrait concrète. Le droit à la santé serait alors un droit subjectif que détient tout individu envers l'État, lui permettant d'exiger de lui la mise en place de dispositif permettant d'assurer concrètement la protection et l'accès à la santé. Pour la définition du droit subjectif, v. : D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 1668 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 224 et s. ; C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, Thèse de droit, Université Paris II, 2016, p.157 ; X. BIOY, A. LAUDE, et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020 p. 4.

décembre 1966 consacre ce même droit, bien que de manière plus succincte. La Convention n°102 de l'Organisation internationale du travail (OIT) stipule en son article 7 que « *Tout Membre pour lequel la présente Partie de la convention est en vigueur doit garantir l'attribution de prestations aux personnes protégées lorsque leur état nécessite des soins médicaux de caractère préventif ou curatif, conformément aux articles ci-après de ladite Partie* ». Enfin, le Conseil de l'Europe consacre clairement en son article 12 le droit à la Sécurité sociale au travers de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996. L'Union européenne, quant à elle, fait du droit à une protection sociale adéquate un objectif fondamental, l'inscrivant parmi les missions énoncées à l'article 9 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) veille aussi à la protection de ce principe nécessaire, selon elle, dans un État démocratique. Les États ont l'obligation de mettre en place des systèmes de Sécurité sociale afin d'assurer le droit fondamental d'accès à la santé. Il s'agit d'un droit-créance des individus à la charge du législateur et le gouvernement.

B- Le solidarisme

85. Le solidarisme – Le besoin élémentaire de tout homme d'accéder à la santé a été pris en considération par la théorie solidariste bien avant sa consécration juridique. Celle-ci souligne le caractère commun de ce besoin et considère que la solidarité doit être renforcée à ce titre. Léon Bourgeois, dans son ouvrage *Solidarité* (publié en 1896), fait passer la solidarité de la pensée philosophique et sociologique de ses prédécesseurs et contemporains à sa concrétisation juridique²⁵⁹. Au XIX^e siècle, la solidarité est théorisée dans divers domaines : en sociologie par Comte et Durkheim ; en philosophie et politique par Renouvier, Secrétan et Fouillé ; en économie par Gide. L'ensemble de ces théories sont unanimes. La solidarité constitue un phénomène spontané d'interdépendance entre les individus. Toutefois, chez ces auteurs et plus

²⁵⁹ M. BORGETTO, « La doctrine solidariste de Léon Bourgeois : une nouvelle définition des rapports entre le politique, le social et le droit », in CARLOS MIGUEL HERRERA (sous la dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, éd. Kimé, 2003, p. 35.

particulièrement chez Charles Renouvier, la solidarité prend une dimension juridico-politique. Ce dernier entend faire de la solidarité le fondement de la III^e République pour repenser le lien social entre les individus²⁶⁰.

Véritable principe général d'action politique, la solidarité influence l'évolution du droit public et les institutions en place²⁶¹. L'article 1^{er} de la Constitution française du 4 octobre 1958 énonce que la République française est démocratique et sociale. Selon Léon Bourgeois, une république démocratique n'est pas seulement une république politique. C'est un État social fondé sur la liberté de chacun et la solidarité de tous, un régime de droits et de devoirs réciproques qui justifie l'intervention de l'État quand elle s'avère nécessaire à la sauvegarde des droits fondamentaux, parmi lesquels figure le droit à un niveau de vie décent et d'accès à la santé²⁶². La solidarité entretient des liens étroits avec les droits de l'Homme et le développement de la démocratie²⁶³. L'État se substitue à l'initiative privée lorsque celle-ci se révèle insuffisante par la mise en place de services publics et d'institutions, tels que l'assurance maladie. L'État-providence apparaît. Il s'agit d'une forme d'État qui intervient activement dans les domaines sociaux et économiques pour offrir des prestations aux citoyens²⁶⁴.

²⁶⁰ Face au développement de la notion de solidarité et connotation chrétienne de la fraternité, Pierre Lebroux, imprimeur saint-simonien et républicain remplace le terme de fraternité par celui de solidarité pour surmonter le dilemme entre liberté de l'individu et la nécessité du collectif pour réaliser le social. V. M-C BLAIS, « La solidarité », *Le Télémaque* 2008, vol. 33, p. 9.

²⁶¹ M. DEGUERGUE, « Risque », in D. ALLAND ET S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1372.

²⁶² V. *supra* n°82.

²⁶³ Pour plus de développements sur ce point v. : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993, p. 584.

²⁶⁴ VIE PUBLIQUE, « Qu'est-ce que l'État-providence », fiche thématique in <https://www.vie-publique.fr/fiches/24110-quest-ce-que-letat-providence>. Selon Pierre Rosanvallon, l'État-providence du XX^e siècle est un approfondissement et une extension de l'État-protecteur classique qui a pour rôle de d'assurer la sécurité des individus et réduire la part d'incertitude inhérente à la vie sociale production de la sécurité et la réduction de l'incertitude. L'État-providence va au-delà de l'État-protecteur par des actions positives. Il cherche à réaliser le mouvement démocratique et égalitaire comme en atteste la consécration des droits économiques et sociaux qui sont conçus comme le prolongement des droits civiques. L'auteur reprend sur ce point la conception de Hobbes, décrite le Léviathan, et de Locke présenté dans le Deuxième traité de gouvernement civil. Pour approfondir ce point v. : P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1992, p. 21 ; J-M PONTIER, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA* 2003, p. 1752.

86. Interdépendance sociale et quasi-contrat – Si l'État-providence se

développe sur la base de la théorie solidariste, il n'intervient que lorsque l'action des individus est insuffisante. Ce courant de pensée cherche dans un premier temps à consacrer juridiquement la solidarité entre les individus. Celle-ci constitue bien plus qu'une interdépendance sociale : c'est une valeur dont l'importance justifie qu'elle soit consacrée en droit. Du seul fait que nous vivons en société, celle-ci exige que chacun s'acquitte d'une dette à l'égard de ses semblables. Chaque individu est créancier et débiteur, dès sa naissance ; en échange, chacun bénéficie des acquis de l'interdépendance sociale²⁶⁵. Le devoir ne dépend plus seulement de la morale²⁶⁶. La loi peut imposer, au travers de sanctions impératives, l'acquittement de cette dette sociale, l'exécution d'une obligation qui résulte pour chacun de son état de débiteur²⁶⁷. Léon Bourgeois mobilise la notion juridique de quasi-contrat pour dépasser l'idée morale du devoir de conscience et consacrer une solidarité juridique. Le quasi-contrat est défini par l'article 1300 du Code civil, anciennement article 1371, comme : « *des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers* ». Selon Léon Bourgeois, il existerait entre les individus un quasi-contrat général qui résulte du fait naturel de leur existence en société

²⁶⁵ Léon Bourgeois mobilise la notion juridique de quasi-contrat pour dépasser l'idée morale du devoir de conscience et consacrer une solidarité juridique. Contrairement à Rousseau selon lequel le contrat est à l'origine de la société, Léon Bourgeois veut utiliser le contrat pour réaliser une solidarité nationale et rendre opposable la dette sociale. L'originalité de cette thèse trouve ses prémisses dans la pensée de Charles Renouvier, qui fut le premier penseur à reformuler le contrat social. Selon lui, le contrat n'est pas à l'origine de la solidarité. La solidarité qui permet de faire société est issue du rapport de dépendance naturel entre les individus. Mais le contrat doit être constamment renégocié. Alfred Fouillet et Emile Durkheim développent ensuite cette idée selon laquelle le contrat ne crée pas la solidarité mais la renforce. V. : L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Librairie Armand Colin, 5e éd., 1906, p. 165 ; A. FOUILLE, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880, p. 115 ; E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Alcan, 1893 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, « L'État-providence, le droit social et la responsabilité », *Lien social et politiques* 2001, n°46, p. 31.

²⁶⁶ La solidarité constituerait une traduction organisationnelle d'un sentiment de fraternité préexistant qui animerait une interdépendance sociale spontanée. La fraternité constituerait, selon le professeur Borgetto, la justification profonde de la solidarité. Cette dernière aurait absorbé la notion de fraternité qui, bien que tombée en désuétude, demeure en arrière-plan du droit public français. V. : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993, p. 11.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 189.

et qui a pour objet de régler, non les rapports privés entre chacun, mais les rapports communs entre chacun et tous à raison du louage permanent de services et d'utilités que représente l'outillage commun de l'humanité²⁶⁸. Par exemple, la contribution financière de chacun permet de prendre en charge la santé de tous les individus et ce à tout moment de leur existence. La contribution des bien-portants permet d'assurer l'accès à la santé des malportants, mais les bien-portants bénéficieront aussi de cet accès lorsque leur état l'exigera. Cet intérêt réciproque des individus permet de présumer leur consentement à ce quasi-contrat, de sorte que la solidarité devient une sorte de contrat fictivement et rétroactivement consenti qui engage tout homme du seul fait qu'il vit en société et profite du patrimoine commun²⁶⁹.

87. La dimension redistributive – La solidarité des bien-portants à l'égard des victimes du risque social, opère une redistribution des richesses. Ce courant cherche à instaurer entre les individus un rapport d'égalité, et non seulement un état de justice, qui varie selon les époques²⁷⁰. L'égalité suppose d'instaurer une redistributivité des richesses entre les individus. Pour ce faire, la solidarité mutualise les risques en dissociant l'obligation de contribuer et l'attribution des prestations en nature. Tel est l'objectif évoqué par le programme du Conseil national de résistance²⁷¹ et dans l'exposé des motifs de l'ordonnance du 4 octobre 1945²⁷² : « *L'assurance maladie repose sur une organisation selon laquelle chaque assuré participe à son financement à hauteur de ses capacités contributives et perçoit en fonction de ses besoins, des prestations en*

²⁶⁸ L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Librairie Armand Colin, 5e éd., 1906, p. 203.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 172.

²⁷⁰ Le solidarisme veut réduire les inégalités sociales provoquées, selon Léon Bourgeois, par un trop grand libéralisme. Les libéraux refusent quant à eux une intervention de l'État face à la misère qui doit être prise en charge par la charité. Léon Bourgeois, au contraire, veut réconcilier les ambitions économiques et sociales, le collectif et l'individuel.

²⁷¹ C. ANDRIEU, *Le programme commun de la Résistance (des idées dans la guerre)*, Les Éditions de l'Erudit, 1984, p. 168.

²⁷² Cet objectif est rappelé par Pierre Laroque lors de son discours sur les 10 ans de la sécurité sociale in P. LAROQUE, « Des assurances sociales à la Sécurité sociale » in « La sécurité sociale a dix ans » (n° spécial) *FO info*, juill. 1955, reproduit in *Bulletin d'histoire de la Sécurité sociale* (n° spéc.) 2005/2006, p. 299-230 ; P. LAROQUE, « Le plan français de sécurité sociale », *Rev. franç. du travail* 1946, p. 10.

vue d'accéder aux soins ou de disposer d'un revenu de remplacement »²⁷³. C'est le modèle de protection sociale beveridgien instauré au Royaume-Uni²⁷⁴. Il s'oppose au système contributif bismarckien et aux assurances sociales françaises de 1930, où la prise en charge assurantielle était conditionnée à la contribution de chacun en fonction de ses revenus. Contrairement aux assurances privées, l'assurance sociale crée de la redistribution par un partage du risque entre les classes de risques (redistribution horizontale) et entre les classes de revenus (redistribution verticale).

Bien que le modèle français tende de plus en plus vers l'universalité du modèle beveridgien, fondé sur les principes d'unité, d'uniformité et d'universalité, la Sécurité sociale de 1945 succède aux assurances sociales de 1930 qui se rattachent quant à elles au modèle bismarckien. Ainsi, les cotisations sociales initialement prélevées le sont sur les revenus, l'idée dans l'esprit du législateur étant que chaque individu est un travailleur ou un travailleur en devenir²⁷⁵. Le plein emploi espéré ne s'étant pas réalisé, seule une redistribution horizontale s'est accomplie. L'assurance maladie est alors devenue de plus en plus fiscalisée afin de réaliser une redistribution horizontale et verticale²⁷⁶. Aujourd'hui, seul le montant des prestations en espèces est proportionnel aux cotisations. Les assurés sociaux contribuent ainsi selon leur capacité. Les plus hauts revenus et les risques les plus faibles contribuent le plus, ce qui provoque un phénomène de redistribution des ressources. Les cotisants ne sont donc pas nécessairement les bénéficiaires des prestations versées. Il y a également redistribution en raison du plafonnement des prestations en espèces qui ne se substituent qu'en partie à la rémunération perdue dans le cas des risques maladie, chômage mais aussi vieillesse, alors que les cotisations ne sont pas plafonnées et sont donc assis sur l'intégralité du salaire.

²⁷³ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 60.

²⁷⁴ Pour approfondir les différents modèles de protection sociale, v. : M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 19e éd., 2019, p. 33 et s. ; J-P LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, coll. Thémis, 1ère éd., 2005, p. 13.

²⁷⁵ Ordonnance n°45-2250 du 4 oct. 1945, exposé des motifs.

²⁷⁶ D. TABUTEAU, « Solidarité et santé », *Dr. soc.* 2007, p. 13 ; A. DORT, « La fiscalisation des ressources de la sécurité sociale, une notion à redéfinir », *Dr. soc.* 2022, p. 965.

88. *La perspective universaliste* – Dans la lignée de la pensée solidariste, la Sécurité sociale ne se contente pas d’instaurer une solidarité socio-professionnelle mais cherche à réaliser une véritable universalité dans la prise en charge du risque social, seule à même d’assurer à chacun le respect de ses droits fondamentaux. Parce que la Sécurité sociale répond à des droits fondamentaux, son accès doit être universel. L’assurance deviendrait véritablement sociale et solidaire si elle était universelle²⁷⁷. En réalité, le terme d’universalité peut être trompeur. Alors que certains penseurs, comme l’économiste Gustave de Molinari, défendent le principe d’une solidarité mondiale, au-delà des États et des frontières politiques²⁷⁸, l’universalité visée par le législateur français de 1945 renvoie à une solidarité nationale. Le programme du Conseil national de la résistance entend couvrir l’ensemble des citoyens et des risques, lorsqu’il vise l’universalité²⁷⁹. Le terme est utilisé pour trancher avec l’ancienne solidarité socio-professionnelle qui, en 1945, était une solidarité mécanique, et insister sur la solidarité en tant que valeur²⁸⁰. Toutefois, le marché du travail n’est pas parvenu à réaliser cet idéal et de nombreuses personnes ne sont affiliées à aucun régime. L’universalisation ne peut se réaliser par la voie du marché mais par la mise en place d’une solidarité nationale décorrélée de la logique socio-professionnelle et la mise en place d’outils tels que la couverture maladie universelle (CMU) et la PUMA (Protection universelle maladie)²⁸¹. La qualité de salarié ne conditionne plus la couverture du risque maladie, permettant d’assurer à tous le droit fondamental d’accéder à la santé.

²⁷⁷ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l’État-providence*, Seuil, 1995, p. 26.

²⁷⁸ M-C BLAIS, « La solidarité », *Le Télémaque* 2008, vol. 33, p. 9.

²⁷⁹ Ordonnance n°45-2250 du 4 oct. 1945, exposé des motifs ; M. BORGETTO, Conférence « L’universalisation », Cycle de conférences organisées par le laboratoire de droit social de l’Université Paris II- Panthéon Assas en 2018 : « 2008-2018 : Dix ans de démocratie sociale », 22 mars 2019.

²⁸⁰ Ordonnance n°45-2250 du 4 oct. 1945, exposé des motifs.

²⁸¹ V. *infra* n°90.

89. La prise en charge de tous par la création de la CMU – Avec la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle (CMU)²⁸², le statut de travailleur n'est plus le seul critère permettant d'être affilié à un régime de Sécurité sociale. « *Toute personne résidant en France (...) de façon stable et régulière relève du régime général lorsqu'elle n'a droit à aucun autre titre aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie et maternité* »²⁸³. La CMU de base a été conçue pour toute personne résidant en France depuis au moins trois mois, en situation de séjour régulière, qui déclarerait à la CPAM ne pas bénéficier des prestations en nature des assurances maladie et maternité au titre d'un régime légal de Sécurité sociale²⁸⁴. L'objectif était d'assurer l'affiliation au régime général d'une population « interstitielle » de plus de 2,3 millions de personnes²⁸⁵. En sus est instituée une protection sociale complémentaire (CMU-C) gratuite en matière de santé²⁸⁶, offerte aux personnes qui disposent de faibles revenus.

En dépit des avancées réalisées par la CMU, l'universalité souffre encore de faiblesses. Une catégorie de personnes continue de ne pas bénéficier d'une prise en charge en cas de rupture de droits, lors d'une modification de situation professionnelle ou familiale²⁸⁷. La couverture des risques pose des problèmes grandissants pour les chômeurs ainsi que pour les personnes exclues du marché du travail. De plus, en

²⁸² La loi intervient dans la continuité du plan Juppé sur la réforme de la Sécurité sociale présenté le 15 novembre 1995. Sur le plan Juppé, v. : Dossier « Le plan Juppé II », *Dr. soc.* 1996, n°9-10, sept-oct. 1996 ; B. PALIER, *Gouverner la sécurité sociale, les réformes du système français de protection sociale depuis 1945*, PUF, coll. « Le lien social », 2002, p. 107 et s. ; Pour plus d'informations à ce sujet v. : M. BORGETTO, « Brève réflexion sur les apports et les limites de la loi créant une CMU », *Dr. Soc.* 2000, p. 30 ; M. BORGETTO, « La sécurité sociale à l'épreuve de l'universalité », *RDSS* 2016, p. 11 ; R. MARIE, « La couverture maladie universelle », *Dr. Soc.* 2000, p. 7 ; R. LAFORE, « La CMU : un nouvel îlot dans l'archipel de l'assurance maladie », *Dr. Soc.* 2000, p. 21.

²⁸³ CSS, art. L. 980-1 ancien, En ce sens, v. : J-C BOULARD, « CMU : mode d'emploi », Rapport d'information, Doc. AN, 30 juill. 1999, n°1787, p. 9.

²⁸⁴ CSS, art L. 380-2, R. 380-4 et s., art. D. 380-1 et D. 380-5 anciens.

²⁸⁵ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 338, n°311 ; En ce sens, v. : M. BORGETTO, « La sécurité sociale à l'épreuve de l'universalité », *RDSS* 2016, p. 11 ; D. TABUTEAU, « La protection universelle maladie (PUMA) : une transfiguration législative de l'assurance maladie (première partie) », *RDSS* 2015, p. 1058.

²⁸⁶ CSS, art. L., R et D. 861-1 et s.

²⁸⁷ M. DELAUNAY, Rapport sur le PLFSS pour 2016 (Assurance maladie), T.2, AN, 14 oct. 2015, n°3129, p. 60-61.

conservant la notion d'ayant droits, la CMU empêche une fluidification des parcours²⁸⁸. Enfin, la CMU maintien des disparités de conditions propres à chacun des régimes d'assurance maladie²⁸⁹, selon que le travailleur est salarié ou indépendant, en CDD ou CDI, etc.

90. De la CMU à la PUMA – L'objectif d'universalisation a été poursuivi avec la mise en place de la protection universelle maladie (PUMA), par la loi de financement pour la Sécurité sociale (LFSS) pour 2016²⁹⁰. Devenue effective au 1^{er} janvier 2020, la PUMA remplace la CMU²⁹¹. Désormais, peut bénéficier de la prise en charge de ses frais de santé toute personne qui « *justifie de son identité et de sa résidence stable et régulière (...) de manière ininterrompue depuis plus de 3 mois* »²⁹². La condition d'un titre de séjour régulier est remplacée par celle d'une justification d'identité. De plus, la personne devait auparavant résider de manière stable et régulière en France depuis au moins trois mois. Cette durée ne constitue plus un minimum et devient suffisante. Sont ainsi mises sur un pied d'égalité les conditions d'exercice d'une activité professionnelle et la condition de résidence²⁹³, ce qui permet de simplifier les démarches administratives et de fluidifier les parcours de vie²⁹⁴. Les changements de situation professionnelle, de lieu d'habitation n'auront plus de conséquences sur le maintien des droits²⁹⁵.

²⁸⁸ L. ISIDRO, « L'universalité en droit de la protection sociale. Des usages aux visages », *Dr. soc.* 2018, p. 378.

²⁸⁹ Existait six statuts différents d'ayants droits. En ce sens, v. : J-P CHAUCHARD, « Les querelles de ménage de l'assurance maladie et de la solidarité », *RDSS* 2006, p. 288.

²⁹⁰ Loi n°2015-1702 de financement de la sécurité sociale pour 2016, 21 déc. 2016, JO 22 déc.

²⁹¹ CSS, art. L., R. et D. 160-1 et s.

²⁹² CSS, art. L. 160-5.

²⁹³ CSS, art. L. 160-1.

²⁹⁴ PLFSS pour 2016, p. 152 : « la mise en place de la protection universelle maladie vise à universaliser la prise en charge des frais de santé, afin de simplifier les démarches pour les assurés comme pour les organismes gestionnaires et de garantir ainsi la continuité des droits. Ce nouveau régime ne modifie en rien le niveau des droits à prise en charge des assurés sociaux », in M. BORGETTO, « La sécurité sociale à l'épreuve du principe d'universalité », *RDSS* 2016, p. 11.

²⁹⁵ M. TOURAINE, Discours du 6 octobre 2015, in <https://solidarites-sante.gouv.fr/archives/archives-presse/archives-discours/article/intervention-de-marisol-touraine-ouverture-des-70-ans-de-la-securite-sociale>.

La PUMA va encore plus loin dans la logique d'universalisation en supprimant la notion d'ayant droit de plus de 18 ans²⁹⁶. Celui-ci dispose désormais de droits propres²⁹⁷. C'est pourquoi le terme de bénéficiaire est préféré à l'ancienne expression « *assurés ou bénéficiaires* » qui était utilisée par le Code de la Sécurité sociale²⁹⁸. Un autre signe de l'évolution vers l'universalisation réside dans les dispositions concernant la prise en charge des frais de soins qui sont transférées dans un autre livre commun à tous les régimes. La loi sur la PUMA retire les prestations en nature du troisième livre du Code de la Sécurité sociale consacré « *aux assurances sociales* » et crée un chapitre spécifique dans le livre premier du même Code, dédié aux « *dispositions communes aux régimes de base* », dans lequel sont définies les règles applicables à la prise en charge des frais de santé, devenues prestations universelles²⁹⁹.

§2. Incompatibilité avec le fondement de l'assurance maladie

91. La responsabilité en ce qu'elle repose sur la notion de faute, est antinomique avec la notion de risque social (A), ce qui explique son exclusion au stade où celui-ci survient (B).

A- Le risque social

92. Plan – L'assurance maladie s'entend comme une assurance offerte à tous les citoyens de bénéficier d'une protection de leur santé, ou, tout du moins, d'accéder à celle-ci. C'est à ce titre qu'elle se fonde sur la notion de risque social, dans une logique solidariste à visée universaliste. La notion de risque permet d'exclure la

²⁹⁶ Subsiste la notion d'ayant-droit pour les personnes mineures, v. : CSS, art. L. 160-2.

²⁹⁷ Pour les limites de la création de droits propres à l'ensemble des risques couverts par la sécurité sociale, v. : M. BADEL, « La sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation ! », *Dr. soc.* 2016, p. 263.

²⁹⁸ Décr. n°2015-1865, 30 déc. 2015, relatif aux bénéficiaires et aux prestations de la protection universelle maladie et à la cotisation forfaitaire prévue à l'article L. 381-8 du CSS.

²⁹⁹ M. BORGETTO, « La sécurité sociale à l'épreuve du principe d'universalité », *RDSS* 2016, p. 11 ; D. TABUTEAU, « La protection universelle maladie (PUMA) : une transfiguration législative de l'assurance maladie (première partie) », *RDSS* 2015, p. 1058.

responsabilité comme fondement indemnitaire, mais non comme source d'exonération (1). La faute disparaîtra entièrement avec la notion de risque qui permet de mettre en œuvre la solidarité nationale (2).

1- Le risque comme fondement initial

93. *L'insuffisance de la responsabilité pour faute* – En France, l'assurance maladie est le fruit d'une nécessité sociale. Créée à une époque où la responsabilité ne permettait plus de prendre en charge les dommages causés par la Révolution industrielle, l'assurance maladie redonne espoir à une société qui ne peut plus supporter le risque et les aléas du sort. La Révolution française a rendu les individus libres et égaux en droit. La liberté a pour corollaire de faire peser sur eux le poids de leurs actions, mais aussi de faire supporter à chacun les aléas de l'existence³⁰⁰. Cette organisation sociale, libérale et individuelle, utilise la responsabilité comme mécanisme indemnitaire. En cas de dommage, les victimes doivent engager la responsabilité du tiers fautif afin de percevoir l'indemnisation de leur dommage. Toutefois, une difficulté apparaît : engager la responsabilité d'un individu suppose de pouvoir imputer la réalisation du dommage à son comportement fautif. La faute consiste en un élément objectif constitué du qui est le comportement anormal, à savoir de la défaillance ou de l'inaptitude d'un individu à exécuter une obligation à sa charge, et d'un élément subjectif résultant de la conscience de celui-ci³⁰¹. À la promulgation du Code civil en 1804, la responsabilité est liée au pouvoir que l'individu détient sur le monde qui l'entoure. Il est censé avoir le contrôle des événements qui se produisent et la responsabilité a pour objectif de le conformer aux valeurs morales admises³⁰².

³⁰⁰ Pour plus de détails sur l'histoire de la socialisation du risque, v. : « Responsabilité et socialisation du risque », *Etudes et documents du Conseil d'État*, La documentation française, 2005, p. 205 et s ; Y. SAINT-JOURS, *Traité de sécurité sociale, Le droit de la sécurité sociale*, t.I, LGDJ, 1980, p. 18.

³⁰¹ « Faute », in S. RIALS et D. ALLAND, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{er} éd., 2003, p. 706 et s.

³⁰² Y SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 10.

Mais ces éléments objectif et subjectif tendent à être remis en cause à la fin du XIX^e siècle avec l'apparition de nouvelles technologies³⁰³. Ces innovations remettent en question la maîtrise que l'homme possède sur son environnement³⁰⁴. Même sans faute de l'homme, l'utilisation de ces technologies peut être à l'origine d'un dommage. De plus, les risques deviennent complexes et multifactoriels. Il est de plus en plus difficile d'identifier un responsable. La faute de la victime peut entrer en concours avec celle de l'auteur du dommage, permettant d'atténuer la responsabilité de ce dernier voire de le dédouaner. Ainsi, la société de la III^e République³⁰⁵, fondée sur la liberté et l'individualisme hérités de la Révolution française³⁰⁶, doit faire face à la croissance des injustices générées par les effets de la Révolution industrielle. Les dommages deviennent massifs et ce ne sont plus quelques individus qui sont frappés par les risques industriels, mais des catégories sociales entières. Certains intérêts se développent grâce à et au détriment d'autres individus, les ouvriers³⁰⁷. Face à la multiplication des accidents du travail et des effets délétères qu'ils engendrent sur le plan socio-économique, la responsabilité pour faute ne pouvait être conservée.

94. La responsabilité sans faute – L'apparition des dommages de masse et l'altération du lien de causalité marque les limites de la responsabilité pour faute. Pour y remédier, la Cour de cassation a dégagé en 1896 un nouveau fondement pour faciliter l'indemnisation des dommages provoqués par les nouvelles technologies³⁰⁸. Il s'agit de la responsabilité sans faute, qui est engagée lorsqu'un dommage est causé à un tiers par une chose dont on a la garde. La responsabilité sans faute est centrée sur la

³⁰³ A cette époque apparaissent les chemins de fer et machines-outils, puis au début du XX^e siècle les automobiles et autres produits industrialisés sophistiqués naissent.

³⁰⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 607 et s.

³⁰⁵ La III^e République a débuté en 1870 et s'est terminée en 1940.

³⁰⁶ Y. SAINT-JOURS, *Traité de sécurité sociale, Le droit de la sécurité sociale*, t.I, LGDJ, 1980, p. 17.

³⁰⁷ P. LAROQUE, « Sécurité sociale et assurances sociales : la mise en œuvre de la sécurité sociale », *Vie sociale*, 2015, p. 51 ; Sur l'impact du travail sur la santé et l'évolution de sa prise en charge dans le temps, v. notamment : M. NANTEUIL, « Santé », in A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, PUF, 1^{ère} éd., 2012, p. 709.

³⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1896, S. 1897.1.17, note A. ESMEIN ; D. 1897.1.433, concl. SARRUT L., note R. SALEILLES.

réparation du trouble ou du dommage causé, sans requérir la preuve d'une faute de la part de l'auteur du dommage³⁰⁹. Saleilles écrivait : « *La question n'est pas d'infliger une peine mais de savoir qui doit supporter le dommage, de celui qui l'a causé ou de celui qui l'a subi. Le point de vue pénal est hors de cause, le point de vue social est seul en jeu. Ce n'est plus à proprement parler une question de responsabilité mais une question de risques* »³¹⁰. C'est dans ce contexte qu'est votée la loi du 9 avril 1898 créant une responsabilité sans faute pour risque du chef d'entreprise en cas d'accidents au travail³¹¹. Cette technique permet d'assurer une indemnisation automatique de la victime, car la responsabilité est retenue alors même que l'employeur n'a pas adopté un comportement socialement défaillant³¹². La responsabilité de l'employeur est engagée par la seule constatation d'un dommage subi par le salarié au temps et au lieu de travail³¹³. En contrepartie, l'indemnisation est forfaitaire et ne respecte plus le

³⁰⁹ Sur le déclin de la responsabilité individuelle pour faute, v. : P. MALAURE, L. AYNES et P. STOFFEL- MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ 11e éd., 2020, p. 28 ; M. BACACHE- GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 4e éd., 2021, p. 8 ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Thèse, Paris, LGDJ, 1965 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse, Paris, 1947 ; Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit générale de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 20 et s. Sur le plan civil, le mouvement général d'abandon de la notion de faute au profit de la notion de risque est vivement critiqué par une partie de la doctrine. Il est perçu comme injuste et antiéconomique, notamment par Planiol et Mazeaud. Sur ce point v. : J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 3e éd., 2022, p. 614 ; P-M DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1e éd., 2003, p. 1344.

³¹⁰ R. SALEILLES, *Les Accidents du travail et Responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Thèse, Paris, 1897, p. 4.

³¹¹ Loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, JORF du 10 avril 1898, p. 2209. F. EWALD, *L'État-providence*, Grasset, 1986, p. 242 et s.

³¹² La notion « d'accident anonymes » est employée pour souligner qu'ils ne sont ni la conséquence d'une faute de l'ouvrier ni de l'employeur. En ce sens, v. : J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 3e éd., 2022, p. 614.

³¹³ La Cour de cassation considère que le critère est rempli lorsque le salarié se trouve au temps et au lieu du travail. Dès lors que ces deux critères sont remplis la présomption de responsabilité joue, peu important l'imputabilité directe ou non de l'accident à l'exécution du travail : Cass. civ. 17 févr. et 23 avr. 1902, D. 1902. I. 273, 1ère et 3e esp. ; Cass. Civ. 20 avr. 1912, D. 1913. I. 64, 2e esp. Pour plus de renseignements sur la présomption de responsabilité d'accident du travail, v. : JJ. DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 16e éd. 2015, p. 634 ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11e éd., 2023, p. 106, n°110.

principe de la réparation intégrale au cœur de la responsabilité pour faute³¹⁴. L'importance sociale de l'atteinte physique fait primer l'indemnisation sur l'identification d'un fautif.

95. La théorie du risque – Dans le cadre de la responsabilité du fait des choses ou celle du fait des accidents ou maladies causés par le travail, la notion de faute a disparu au profit de celle de risque³¹⁵. Le risque est inhérent à la chose dont le propriétaire ne peut avoir la maîtrise complète. Le risque désigne tantôt la possible survenance d'un dommage, tantôt la réalisation d'un danger, tantôt l'anormalité du dommage ou de sa cause³¹⁶. Même si les contrats d'assurance ne distinguent pas toujours les concepts d'évènement et de dommage³¹⁷, le risque reste par nature aléatoire³¹⁸. Le risque constitue une éventualité, un évènement futur et incertain dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'assuré³¹⁹. C'est pour répondre à l'absence de maîtrise de l'individu sur son environnement que la notion de

³¹⁴ Toutefois, pour éviter toute ruine et décourager l'entrepreneuriat, l'indemnisation versée au salarié est forfaitaire en contrepartie de l'automatisme de la réparation, sans possibilité d'obtenir un complément sur le plan de la responsabilité civile, sauf faute inexcusable de l'employeur. L'indemnisation allouée par la loi de 1898 exclut le possible recours au droit commun de la responsabilité civile. Sur ce point v. : M. KEIM-BAGOT, *De l'accident du travail à la maladie : la métamorphose du risque professionnel – Enjeux et perspectives*, Dalloz, 2015, p. 15 et s. ; G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la réparation des risques » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 5.

³¹⁵ Il s'agit, dans le cas des accidents du travail, d'une responsabilité engagée au titre du risque-profit, qui constitue une traduction de la théorie du risque de Josserand et Saleilles, V. F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, Les presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2001, p. 9.

³¹⁶ M. DEGUERGUE, « Risque », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 1372 ; « Risque », in A. REY (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2006, p. 3260 ; F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, Les presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2001, p. 1.

³¹⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2017, p. 277 et s.

³¹⁸ V. LASERRE-KIESOW, « Rapport introductif », in L'aléa, Journées internationales, Association Henri Capitant, t. XIV, Dalloz, 2011, p. 1 et 7 ; B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, LGDJ, coll. « Thèses », 2013, p. 3 et s.

³¹⁹ P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 14 ; F. EWALD, « Génétique et assurance », *RGDA* 1999, p. 539.

risque a été mobilisée. Le risque de défaillance technologique à l'origine du dommage doit être supporté par l'employeur, car il en tire profit. Sa responsabilité est fondée sur la notion de risque-profit³²⁰. Cette analyse renvoie à une dimension probabiliste et statistique du risque social et fait disparaître la notion de faute.

2- Le risque social comme fondement achevé

96. Plan – L'apparition de la Sécurité sociale (a) est liée à celle de risque social (b) qui achève d'exclure la faute du déclenchement de la prise en charge du risque maladie.

a- Apparition

97. La naissance des assurances sociales – La loi du 9 avril 1898 n'instaurait pas d'assurance obligatoire contre les accidents du travail³²¹. Lorsque l'employeur était insolvable, ou l'assureur dans le cas de la souscription d'une assurance de responsabilité, le salarié n'était pas indemnisé. Fut alors créé un Fonds de garantie des accidents du travail alimenté par les employeurs mais dont le rôle se limitait au versement d'indemnités en cas d'accident du travail ayant entraîné la mort

³²⁰ Félix Faure énonçait lors des débats parlementaires précédents l'adoption de la loi du 9 avril 1898 : « Il y a là un risque inhérent au travail lui-même et c'est le travail, c'est le prix de revient du produit, le patron par conséquent qui doit en supporter les conséquences dans une mesure limitée et fixée à l'avance ». Sur ce point précis, v. : Chambre des députés, Première délibération sur diverses propositions relatives à la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes, débats parlementaires du 13 mai 1882, JOFR, 1882. Pour plus de renseignements sur la notion de risque-profit, v. : M. KEIM-BAGOT, *De l'accident du travail à la maladie : la métamorphose du risque professionnel, Enjeux et perspectives*, Dalloz, 2015, p. 15 et s. ; Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 13 et s. ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 9^e éd., 2024, p. 324, n°503.

³²¹ Sur l'assurance de responsabilité, v. : Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 2017, 14^e éd., p. 494 et s.

ou une incapacité permanente de travail³²². Puis ont été créées, en 1930, les premières assurances sociales afin de répondre au besoin de sécurité et de reconstruction né après la seconde Guerre Mondiale. Elles marquent la rupture avec la logique de responsabilité à plusieurs titres. Tout d'abord, elles instituent une solidarité socio-professionnelle. Le financement des assurances sociales ne repose plus sur des primes calculées de façon actuarielle selon les risques encourus par l'assuré, comme c'est le cas dans les assurances privées. Les cotisations sont proportionnelles aux rémunérations du travail et leur charge est partagée par moitié entre l'employeur et le salarié. Ensuite, les assurances sociales sont obligatoires. Enfin, une amélioration de la prise en charge est réalisée. Les assurances sociales ont pour objectif de compenser les pertes de revenus ou l'augmentation des charges³²³. Sont visés non seulement les accidents du travail mais aussi l'ensemble des risques physiologiques propres aux hommes (la maladie, l'invalidité, la vieillesse, le décès) ainsi que les risques intéressant la vie professionnelle (le chômage, l'accident du travail et la maladie professionnelle). Sont ainsi couverts tous les risques pouvant contraindre un ouvrier à cesser son travail, temporairement ou définitivement. La loi du 30 avril 1930 achève donc la substitution du modèle assurantiel à la logique de responsabilité et s'affranchit des contraintes du couple causalité-imputation³²⁴. La Sécurité sociale se fondera elle aussi sur le risque mais en assurant une prise en charge nationale des risques sociaux.

³²² Article 24 de la loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, JORF du 10 avril 1898. Les fonds d'indemnisation ont été créés pour faire face aux difficultés éprouvées par les personnes qui sont victimes de dommages corporels lorsque l'auteur est insolvable ou n'a pas pu être identifié. Ils sont financés essentiellement par les compagnies d'assurances avec le soutien de l'État. Ce fonds d'indemnisation couvrait tous les employeurs, que ceux-ci aient contracté ou non une assurance responsabilité. V. : « Fonds d'indemnisation », in Fiche d'orientation, Dalloz, 2019 ; J.J DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 18e éd., p. 214.

³²³ C. POLLAK, « Essai d'approche positive des nouveaux risques sociaux », *Travail et Emploi* 2011, n°125, p. 67 ; « Responsabilité et socialisation du risque », *Etudes et documents du Conseil d'État*, La documentation française, 2005, p. 206.

³²⁴ Pour comprendre l'histoire et le contexte politique ayant conduit à l'adoption des assurances sociales par la loi du 30 avril 1930, v. : P. LECLERC, M. LAGRAVE (sous la dir), *La sécurité sociale, Son histoire à travers les textes*, t. II (1870-1945), 1996, p. 225 et s ; P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 17 et s. ; F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, Les presses Universitaires de la Faculté de Clermont-Ferrand,

98. Émergence de la Sécurité sociale – La couverture des assurances sociales ne bénéficie qu'à certaines catégories de personnes, à savoir les salariés effectuant un travail manuel³²⁵. Seuls les salariés du commerce et de l'industrie, dont le salaire n'excède pas 15 000 francs, sont pris en charge³²⁶. Les autres travailleurs et les inactifs continuent à relever des mécanismes de la responsabilité et de l'épargne. Le système n'est pas universel alors même que le risque maladie touche tous les individus et de façon inégale³²⁷.

Dans ce contexte, les ordonnances des 4 et 19 octobre 1945 substituent la Sécurité sociale aux assurances sociales pour améliorer la prise en charge des risques sociaux. Bien que présentée comme le prolongement des assurances sociales, la Sécurité sociale s'en distingue par sa finalité et la technique utilisée³²⁸. La Sécurité sociale est « *une institution qui assure une mission de service public et dont le but final est bien d'aboutir à la protection de la nation toute entière* »³²⁹. Elle garantit à chacun qu'en toutes circonstances il disposera des moyens nécessaires pour assurer sa subsistance et celle de sa famille dans des conditions décentes. L'État assure une mission de service public pour répondre à un besoin d'intérêt général³³⁰. À la différence du risque, dont la satisfaction peut se révéler inégalitaire, celle du besoin doit être la même pour tous³³¹. La Sécurité sociale met en œuvre une politique de redistribution et plus seulement de

Fondation Varenne, 2001, p. 4 ; T. COURVALIN, *Le risque social. Une responsabilité au secours de la dignité de la victime*, 2013, Thèse, Université Nanterre, p. 15 à 32.

³²⁵ La législation de la sécurité sociale étant conçue comme un élément de la législation ouvrière.

³²⁶ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 19e éd., 2019, p. 26.

³²⁷ J-P LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, coll. « Thémis », 1ère éd., 2005, p. 10 ; R. PELLET et A. SKZRYERBAK, *Droit de la protection sociale*, PUF, 1ère éd., 2017, p. 62.

³²⁸ Pour étudier l'historique, v. : R. PELLET ET A. SKZRYERBAK, *Droit de la protection sociale*, PUF, 1ère éd., 2017, p. 61 et s.

³²⁹ M-T JOIN-LAMBERT et alii, *Politiques sociales*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Dalloz, 1994, p. 277.

³³⁰ Cons. const., 20 janv. 1961, déc. n°60-11 DC, Rec. p. 29, JO du 24 janv. 1961, p. 982, D. 1961, Jurisp. p. 165, note L. Philip : Le Conseil constitutionnel affirme que les ressources de la sécurité sociale sont au nombre des « *charges publiques* » et que les organismes de sécurité sociale sont chargés d'une mission de service public.

³³¹ J-P CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État-providence, du risque social à l'émergence d'un droit-besoin », *Dr. soc.* 2012, p. 135.

garantie des salaires sur un modèle purement assurantiel. Il s'agit d'une institution qui répond à un « *plan d'ensemble* », selon l'expression de Pierre Laborde, ce qui permet de la distinguer des assurances sociales³³². L'assurance est véritablement socialisée et n'a plus pour seul objet d'assurer la prise en charge d'un risque en se substituant à l'initiative privée³³³. Afin de réaliser cet objectif, l'État organise un mode de financement basé sur la solidarité nationale qui est érigée au rang de valeur constitutionnelle à l'alinéa 12 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946³³⁴.

99. Solidarité nationale – Le Code de la Sécurité sociale s'ouvre sur un article L. 111-1 qui dispose que « *la Sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale* »³³⁵. L'assurance maladie bénéficie désormais à tous, car la solidarité nationale s'affranchit de la logique d'assurance³³⁶. Le caractère d'ordre public de la législation de la Sécurité sociale permet d'imposer cette solidarité. Son caractère obligatoire se traduit notamment par l'affiliation des assurés sociaux à un régime légal³³⁷. Aucune mutualisation sélective n'est tolérée, à la différence des assurances privées. Seule compte l'appartenance de la personne à la collectivité légalement définie des assurés sociaux, qui se concrétise par l'affiliation à un régime. Il n'est plus nécessaire de cotiser pour bénéficier des prestations de l'assurance maladie : les chômeurs peuvent donc en bénéficier. Le critère de l'activité

³³² J-P LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, Thémis, 1ère éd., 2005, p. 1.

³³³ Bien que l'universalité ne soit pas complète, même encore à l'heure de la protection universelle maladie (PUMA). En ce sens, v. : L. ISIDRO, « L'universalité en droit de la protection sociale. Des usages aux visages », *Dr. soc.* 2018, p. 378.

³³⁴ « *La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ».

³³⁵ Cet article se situe dans le Chapitre 1er du titre 1er du livre 1 du Code de la sécurité sociale intitulé « Organisation de la sécurité sociale ».

³³⁶ Loi n° 78-2 du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale ; J-P CHAUCHARD, « Les querelles de ménage de l'assurance maladie et de la solidarité », *RDSS* 2006, p. 288 ; J-P LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, coll. Thémis, 1ère éd., 2005, p. 9.

³³⁷ CSS., art. L. 311-2 ; Décret 85-1353 1985-12-17 art. 1 JORF 21 décembre 1985 ; Civ. 2e, 19 mars 1956, Bull. Civ. II, n°199, Civ. 2e, 17 mai 1962, Bull. civ. II, n°452, Civ. 2e, 2 nov. 1966, Bull. civ. II n°885. Le terme d'affiliation peut apparaître synonyme au terme d'assujettissement quand il s'agit d'une affiliation obligatoire. En ce sens, v. : J-J DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 18e éd., 2015, p. 466.

professionnelle demeure mais n'est plus indispensable. La prestation est considérée comme universelle, car ouverte à tous et non subordonnée à une condition de ressources³³⁸. La cotisation basée sur une solidarité socio-professionnelle disparaît au profit d'une logique d'universalisation. Seules les prestations en espèces sont proportionnées aux revenus. Pour les prestations en nature, il existe une dissociation entre la contribution et la prise en charge, permettant de réaliser une redistribution sociale des richesses. Le risque est socialisé.

b- Définition

100. Définition – Le risque social n'est pas défini par la législation et ne peut être seulement défini par sa prise en charge par la Sécurité sociale³³⁹. Nombre de définitions ont été proposées par la doctrine sans réussir à atteindre un consensus³⁴⁰. Celle donnée par Catherine Pollak synthétise les différents éléments avancés par les auteurs et apparaît la plus fidèle à la réalité. Quatre caractéristiques permettent

³³⁸ Il convient de distinguer assurance sociale et aide sociale. L'aide et l'action sociales sont des actions sans cotisations préalables et délivrées par la puissance publique ou sous le contrôle de la puissance publique. Le mode de financement des prestations d'aide sociale provient principalement de l'impôt. Contrairement à l'assurance sociale, l'aide sociale subordonne l'octroi de prestations à l'exercice d'un contrôle social visant à vérifier l'état de pauvreté relatif dans lequel se trouve son bénéficiaire, En ce sens, v. : F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 9^e éd., 2024, p. 32, n° 68.

³³⁹ Le risque social est mobilisé sur le plan juridique pour la première fois tardivement dans la loi de sécurité sociale américaine (« Social Security Act ») du 14 août 1945. Il a par la suite été repris par le législateur français, mais sans prendre le soin de la définir ou adapter à la législation française.

³⁴⁰ Le risque social doit être distingué de la notion de besoin qui est utilisée dans un autre sens par la doctrine française. J-P CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 4^e éd., 2005, p. 8 ; J-P CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin », *Dr. soc.*, 2012, p. 135 ; P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 13 ; J-J DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 17^e éd., 2011, p. 121 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 9^e éd., 2024, p. XIV et s., n° 8 et s. ; F. KESSLER, « Qu'est-ce qu'un « risque social » ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation*, Economica, 2000, p. 244 et s. ; C. RIOT, *Le risque social*, Université de Montpellier I, coll. « Thèses », 2005 ; J-P CHAUCHARD, « De la définition du risque social », *Trav. et protection sociale*, juin 2000, p. 4. Pour plus de détails sur l'histoire de la socialisation du risque, v. : « Responsabilité et socialisation du risque », *Etudes et documents du Conseil d'État*, La documentation française, 2005, p. 205 et s.

d'identifier un risque social, au-delà de sa seule prise en charge par la Sécurité sociale³⁴¹.

Le premier critère d'identification consiste en l'indépendance entre le risque et la responsabilité. Le deuxième critère est celui des conséquences économiques générées par ce risque pour l'individu et la société. Il s'agit d'une part de risques physiques qui réduisent la capacité de travail et donc la source de revenus, tels que la maladie (d'origine professionnelle ou non) ou le chômage et, d'autre part, de risques économiques qui accroissent les dépenses³⁴² des individus, tels que la maladie ou encore la maternité³⁴³. Ils affectent la sécurité économique des individus en limitant leurs capacités de gain ou en engendrant un accroissement exceptionnel de leurs dépenses. Les incertitudes inhérentes à la maladie et à ses conséquences poussent les individus à être solidaires. Ces deux premiers critères peuvent être constatés dans la prise en charge des assurances sociales, ce qui ne suffit pas pour qualifier le risque social.

Le caractère non-assurable du risque constitue le troisième critère d'identification de la notion de risque social. La spécificité de l'assurance sociale est de prendre en charge les risques qui sont susceptibles de toucher une fraction importante et/ou indéterminée de la population. Si l'occurrence est inconnue ou le coût de la prise en charge potentiellement exorbitant, le système d'assurance peut être mis en échec³⁴⁴. Il appartient alors à l'État d'intervenir pour assurer la prise en charge de ces risques³⁴⁵. L'assurance collective transfère la responsabilité de chacun sur l'ensemble des assurés

³⁴¹ L'effort de définition est nécessaire afin de justifier la prise en charge par la sécurité sociale de certains risques plutôt que d'autres pour lesquels d'autres méthodes de financement seront mobilisés, comme les assurances obligatoires, les fonds d'indemnisation ou encore les impôts. C. POLLAK, « Essai d'approche positive des nouveaux risques sociaux », *Travail et Emploi* 2011, n°125, p. 67.

³⁴² CSS, art. L. 111-1.

³⁴³ P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 17 ; J-P CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin », *Dr. soc.* 2012, p. 135.

³⁴⁴ C. POLLAK, « Essai d'approche positive des nouveaux risques sociaux », *Travail et Emploi* 2011, n°125, p. 67.

³⁴⁵ F. KESSLER, « Qu'est-ce qu'un « risque social » ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation*, Economica, 2000, p. 244 et s ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2017, p. 17. ; M. BORGETTO, « La sécurité sociale à l'épreuve de l'universalité », *RDSS* 2016, p. 11.

sociaux et les rend interdépendants. Les conséquences du risque sont socialisées et celui-ci devient véritablement un risque social³⁴⁶. Apparaît, ici en soubassement, la logique solidariste³⁴⁷.

La répartition inégale de la réalisation du risque constitue le dernier critère d'identification. Les risques ne sont pas répartis de façon totalement aléatoire, car les inégalités face à eux se cumulent avec les inégalités de revenus. Ainsi, la tarification actuarielle issue du système des assurances sociales peut avoir pour effet d'évincer certains individus pour qui le coût de l'assurance serait trop élevé. Or, le risque social est un risque socialement insupportable. « *Il touche tout le monde et son caractère insupportable fait qu'il doit être pris en charge par la solidarité nationale* »³⁴⁸. L'intervention de l'État permet alors d'imposer une solidarité plus large qu'une initiative privée ne le permet et d'assurer la sécurité de tous par la Sécurité sociale.

³⁴⁶ Le risque est social, car il est socialisé dans l'assurance maladie ; il n'est pas social, car il résulte d'une activité sociale comme l'énonce Paul Durand. Autrement, tout risque peut constituer un risque social et prétendre à sa prise en charge par la sécurité sociale, de manière systématisée, pour substituer les fonds d'indemnisation qui peuvent être insuffisants. « Responsabilité et socialisation du risque », *Etudes et documents du Conseil d'État*, La documentation française, 2005, p. 206 ; G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 14 ; J-P CHAUCHARD, « De la définition du risque social », *Trav. et protection sociale*, juin 2000, p. 4. ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 9^e éd., 2024, p. XVI, n°14.

³⁴⁷ La combinaison de ces trois critères semble encore insuffisante et aboutirait à une conception trop extensive du risque social qui conduirait à identifier de nouveaux et trop nombreux risques sociaux. Cédric Riot pense à l'identification des risques de catastrophes naturelles ou encore aux risques d'attentats. La solidarité nationale se réalise au travers des Fonds d'indemnisation mais ne sont pas pris en charge spécifiquement par la sécurité sociale. Une conception trop extensive du risque social aboutirait à ce que l'État doive prendre en charge de trop nombreux nouveaux risques. v. : C. RIOT, *Le risque social*, Université de Montpellier I, coll. « Thèses », 2005, p. 116 et p. 155.

³⁴⁸ C. RIOT, *Le risque social*, Université de Montpellier I, coll. « Thèses », 2005, p. 116 et p. 155 ; C. RIOT, « Le risque social face aux lois du marché », *Gaz. Pal.* janv. 2005, n°181, p. 3.

B- Exclusion dans la survenance du risque

101. *Prise en charge automatique* – La législation de la Sécurité sociale est d'ordre public en matière d'affiliation des assurés mais aussi en matière de prestations et de cotisations³⁴⁹. La CPAM vérifie que les conditions légales de prise en charge sont remplies³⁵⁰. Elle vérifie, dans un premier temps, que les actes, prestations ou produits facturés respectent la classification commune des actes médicaux (CCAM), la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) ou celle des actes de biologie médicale (NBAM)³⁵¹. Dans un second temps, la caisse vérifie que les dispositifs figurent bien sur la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables³⁵² ou sur la liste des dispositifs médicaux et autres produits de santé remboursables dite « liste des produits et prestations remboursables » (LPPR)³⁵³. Dès lors que les conditions d'attribution prédéfinies sont remplies, les caisses de Sécurité sociale sont dans l'obligation d'effectuer le versement des prestations en nature ou en espèces³⁵⁴. La qualité d'assuré social suffit à justifier la prise en charge des soins et le versement des prestations dues en cas de maladie. La solidarité qui sous-tend l'assurance maladie privilégie une réparation automatique sans rechercher une faute à l'origine du dommage, sauf exception³⁵⁵. L'assurance maladie est ainsi indifférente au comportement de l'assuré social et à l'impact qu'il peut avoir sur la réalisation du risque et son caractère aléatoire. Aucune sélection ni discrimination ne peut être réalisée, à la différence des assurances privées, sous peine d'instaurer une rupture d'égalité devant les charges publiques et mettre à mal la solidarité nationale qui sous-tend la Sécurité sociale³⁵⁶.

³⁴⁹ Cass. civ. 2e, 19 mars 1956, Bull. Civ. II, n°199 ; Cass. civ. 2e, 17 mai 1962, Bull. civ. II, n°452 ; Cass. civ. 2e, 2 nov. 1966, Bull. civ. II, n°885 ; Cass. Ass. plén. 3 juin 1983, n°81-16.169.

³⁵⁰ CSS L. 314-1.

³⁵¹ CSS, art. L. 162-1-7.

³⁵² CSS, art. L. 162-17 et R. 163-2, pour les médicaments délivrés en ville, car les dispositifs utilisés lors de l'hospitalisation sont inclus dans le prix des actes médicaux pratiqués.

³⁵³ CSS, art. L. 165-1.

³⁵⁴ Cass. soc., 15 nov. 2001, Bull. civ. V, n°350.

³⁵⁵ V. *infra* n°108 à 116.

³⁵⁶ CSS, art. L. 111-1.

102. L'indifférence de l'aléa – La Sécurité sociale gomme le caractère aléatoire du risque, à la différence des assurances sociales. Les dommages sont indemnisés quelle que soit l'origine du risque³⁵⁷. Le risque social peut être défini comme une « *menace non forcément liée à un risque véritable c'est-à-dire à un évènement aléatoire, prenant la forme d'une perte de revenus professionnels, à la suite d'une altération physique de la force de travail, d'origine professionnelle ou non, ou à la suite d'une altération économique de la charge de travail, ou il prend la forme d'une augmentation de charges sociales* »³⁵⁸. Le risque n'est pas compris comme un aléa mais en fonction de ses conséquences³⁵⁹. Le risque social recouvre un besoin, un risque avéré plutôt qu'un risque supposé, à l'inverse de l'assurance³⁶⁰. C'est ce besoin qui justifie une mutualisation nationale pour assurer sa prise en charge. L'assurance maladie constitue une émanation de l'État-providence qui a pour objectif de réaliser une solidarité entre les individus afin d'assurer la sécurité économique et physique de chacun. Le caractère non assurable du risque transpose la responsabilité de chacun pour l'ensemble de la collectivité. La solidarité nationale constitue un « *pot commun* » où chacun cotise selon ses revenus et non selon ses propres risques et où chacun reçoit selon ses besoins.

103. L'indifférence du comportement de l'individu – Si le risque social est indifférent à l'égard de l'aléa, il l'est nécessairement aussi à l'égard du comportement de l'assuré social. L'assurance maladie est indifférente aux conditions de réalisation du risque, qu'il soit ou non imputable au comportement d'un individu. Le risque englobe les fautes qui revêtent un caractère social, c'est-à-dire les fautes inhérentes à la vie sociale, commises ou susceptibles de l'être par tout individu normal placé dans des circonstances ordinaires. Est ainsi prise en charge toute atteinte à la santé, sans qu'il y ait lieu d'en rechercher l'origine. L'article L. 111-2-1 du Code de la Sécurité sociale dispose que « *La protection contre le risque et les conséquences de la maladie*

³⁵⁷ G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la réparation des risques » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 5.

³⁵⁸ J-P CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 4e éd., 2005, p. 4.

³⁵⁹ C. RIOT, *Le risque social*, Université de Montpellier I, coll. « Thèses », 2005, p. 116 et p. 155.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 116 et p. 147.

est assurée à chacun indépendamment de son âge et de son état de santé ». À ce titre, sont prises en charge les tentatives de suicide qui, de surcroît, sont la manifestation d'une pathologie psychiatrique donc médicale. Peu importe la conscience de l'assuré. Il en est de même pour les dommages résultant d'une prise de risque volontaire et délibérée, telles que les blessures d'un skieur ayant pratiqué le hors-piste. La théorie de l'acceptation des risques n'a pas sa place dans la Sécurité sociale, contrairement naguère au droit de la responsabilité civile³⁶¹. Enfin, sont prises en charge les pathologies résultant de conduites addictives comme le cancer du poumon résultant d'une consommation excessive de tabac mais aussi les addictions elles-mêmes telles que le tabagisme ou encore l'alcoolisme³⁶². La société ne peut refuser aux malades l'accès au droit fondamental à l'assurance maladie au seul titre de leur comportement³⁶³. Quand bien même l'aléa serait requis, le comportement de l'individu « addict » au tabac peut augmenter la probabilité du risque qu'un cancer du poumon se déclare sans faire disparaître l'aléa. De plus, l'individu peut adopter un comportement dangereux à l'égard de sa santé par manque de compréhension et de discernement. De manière plus générale, l'assuré social ne se voit pas imposer une obligation de prendre soin de lui-même.

104. Pas d'obligation générale de prendre soin de soi – Dans une décision rendue le 10 septembre 2001³⁶⁴, la Cour d'appel d'Orléans déboute les héritiers d'un

³⁶¹ La théorie de l'acceptation des risques, aujourd'hui abandonnée, ne supprimait pas la notion de faute mais constituait une méthode d'appréciation des fautes. Un sportif se livrant à une pratique sportive à risque était réputé accepter de subir des dommages dits normaux, c'est-à-dire inhérents à la pratique du sport en question. En revanche, une faute pouvait être qualifiée lorsque l'auteur du dommage a adopté une conduite non conforme aux règles du sport ou qui ne correspondait pas au comportement d'une personne raisonnable. V. : M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t.5, Economica, 4^e éd., 2021, p. 177.

³⁶² CA Orléans, 10 sept. 2001, SA S.E.I.T.A. c./ consorts Gourlain, JCP 2002, II n°101333, note B. DEILLE-DUCLOS, *RDSS* 2002, note A. SAILLARD, p. 28 ; Cass. civ. 2e, 20 nov. 2003, n°01-17977 ; Cass. civ. 1ère, 8 nov. 007 Bull civ. I. n°1222.

³⁶³ Le droit d'accès à la santé constitue un droit fondamental d'inspiration solidariste et humanitaire. H. GROUDEL, « Les enjeux de la causalité en droit des assurances », *Rev. Lamy Dr. civ.*, 2007, supplément au n°40, p. 53.

³⁶⁴ CA Orléans, 10 sept. 2001, SA S.E.I.T.A. c./ consorts Gourlain, JCP 2002, II n°101333, note B. DEILLE-DUCLOS, *RDSS* 2002, note A. SAILLARD, p. 28.

fumeur de leur action en responsabilité contre la Seita au motif que le défunt, décédé d'un double cancer, « *était le seul à prendre les décisions qui s'imposaient pour sa santé* »³⁶⁵. Le fumeur avait été qualifié par la cour d'appel « *d'excessif* » et de « *gardien de son comportement* ». Cette décision a été perçue par une partie de la doctrine comme une brèche permettant d'envisager une responsabilité comportementale de l'assuré social. Cette position a par la suite été confirmée par la Cour de cassation³⁶⁶, mais le fondement invoqué permet de dissiper toute crainte à cet égard. La Cour de cassation refuse d'engager la responsabilité du fabricant de tabac, estimant qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre le défaut d'information du fabricant sur la dangerosité du produit et le préjudice subi par le fumeur. Cette solution est fondée sur le droit de la consommation et vise seulement la bonne information du consommateur qui reste maître de ses choix, quand bien même seraient-il nocifs. De plus, en droit de la santé, la victime d'un préjudice corporel n'est en rien tenue d'éviter l'aggravation de son état³⁶⁷.

105. Compensation des dommages liés au refus de soins – La Sécurité sociale ne peut sanctionner un assuré qui aurait refusé certains soins en réduisant ses prestations, au motif que ce refus aurait aggravé son état de santé. L'article L. 111-4 du Code de la santé publique donne à chaque individu le droit d'accepter et de refuser les soins, peu important le caractère ou non risqué de ceux-ci³⁶⁸. Le droit de l'individu de refuser des actes thérapeutiques ne comporte pas de réserve selon la gravité ou la douleur résultant des actes médicaux. Même si l'acte ne comporte ni danger ni gêne et que son efficacité est certaine, l'individu est en droit de le refuser sans que ce refus soit fautif. Les dommages causés ou amplifiés par un refus de soins seront quand même pris

³⁶⁵ D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON, F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 233 ; M. DEGUERGUE, « L'obligation de mener une vie saine ? », *RGDM* 2013, p. 13.

³⁶⁶ Cass. civ.2, 20 nov. 2003, n°01-17977, Bull.civ. II, n°355 ; D. 2003, Jur., pp. 2902 à 2909, concl. R. KESSOUS et obs. L. GRYNBAUM ; Cass. civ.1, 8 nov. 2007, Bull. civ.I, n°1222.

³⁶⁷ Cass. 1ère civ., 15 janv. 2015 : JCP G 2015, 436 note J. HOUSIER ; D. 2015, 1075, note T. GISCLARD et 2292, obs. M.B ; Cass. crim., 27 sept. 2016 : D. 2016, 2612, note M. BOUCHET.

³⁶⁸ Loi n°2002-303, 4 mars 2002.

en charge par la Sécurité sociale. Le patient n'a aucune obligation de minimiser son dommage³⁶⁹. Il s'agit là d'une déclinaison du principe d'indisponibilité du corps humain, consacré comme un principe d'ordre public par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 à l'article 16-1 du Code civil³⁷⁰. Le droit au refus de soins est solidement ancré dans le droit français. Il est aussi consacré par la circulaire du 2 mars 2006 et dans la Charte de la personne hospitalisée³⁷¹. En application de tous ces textes, le Conseil d'État, dans une décision du 16 août 2002 a attribué un caractère de liberté fondamentale au droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical³⁷². Cette liberté est d'ailleurs protégée sur le plan international par la déclaration de l'OMS du 30 mars 1994 relative à la promotion des droits des patients en Europe. Réduire les prestations sociales en nature de l'assuré social en raison de son refus des soins porterait atteinte à cette liberté. Seule une nécessité médicale, caractérisée par l'urgence et la gravité, peut justifier de déroger au principe d'indisponibilité du corps humain³⁷³.

³⁶⁹ Cass. crim., 27 sept. 2016, n° 15-83309.

³⁷⁰ Cet article dispose que « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable* »

³⁷¹ Circulaire n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée.

³⁷² Conseil d'État, référé, 16 août 2002, n° 249552, Mme F. et Mme F., épouse G. « *Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Vu le Code civil ; Vu le Code de la santé publique, et notamment son article L. 1111-4, dans la rédaction que lui a donnée la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* ».

³⁷³ L'article 16-3 Code civil dispose « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement à l'exception de l'hypothèse où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Pour approfondir ce point, v. : A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, LGDJ, 3e éd., 2007, p. 320.

106. Conclusion de section – L’assurance maladie a pour rôle d’assurer l’accès de tous à la santé, qui constitue un droit fondamental. La prise en charge des besoins élémentaires de tous ne peut être assurée que par une solidarité financière d’ampleur nationale. La Sécurité sociale écarte ici la notion de faute et la recherche du lien de causalité avec le dommage. Cette exclusion se justifie lorsque le risque est socialisé, dans une perspective universaliste, grâce à la solidarité nationale qui fait disparaître, pour partie, la logique assurantielle. Le risque est considéré au travers de ses conséquences, sans que la présence d’un aléa ne soit exigée dans la survenance de la maladie. La victime d’un dommage n’a pas à prouver la faute d’un tiers pour être indemnisée, ni ne peut se voir opposer sa propre faute pour voir sa maladie prise en charge. L’assuré n’a aucune obligation de prudence, aucune obligation de prendre soin de soi. Toute atteinte à la santé, aléatoire ou non, est automatiquement prise en charge par l’assurance maladie. Une faute dite structurelle, c’est-à-dire, antinomique à l’assurance maladie et ses fondements, peut néanmoins être opposée à l’assuré social pour réduire voire rendre impossible le versement de prestations. Il s’agit toutefois d’une faute spécifique, aux effets limités.

Section II : Une admission spécifique de la responsabilité dans le fonctionnement de l'assurance maladie

107. Plan- Le mécanisme de la responsabilité conserve une certaine place au sein de la Sécurité sociale. Elle a pour rôle de sauvegarder la finalité sociale de l'assurance maladie, de deux manières. Tout d'abord, dans le cadre du déclenchement de la prise en charge du risque, la responsabilité de l'assuré peut être retenue sur la base d'une faute dite structurelle, antinomique avec la notion de risque social (§1). Ensuite, la responsabilité est employée postérieurement pour assurer le bon fonctionnement de l'assurance maladie (§2).

§1. L'admission des rares fautes antinomiques à la notion de risque social

108. La persistance de la faute structurelle face à la théorie du risque – La théorie du risque a été perçue comme la négation de la faute, alors qu'il s'agissait seulement d'une technique juridique nouvelle destinée à pallier les insuffisances de la responsabilité civile face aux conséquences de l'industrialisation. La théorie du risque n'a donc pas conduit à nier l'existence de la faute mais a introduit en son sein une nouvelle distinction entre la faute foncièrement grossière, impardonnable qui est réfractaire à l'idée de risque, et la faute qui, conditionnée par l'environnement social de l'individu, est détachable de la personnalité de son auteur et se trouve ainsi absorbée par la notion de risque. La faute structurelle exerce un rôle régulateur sur l'indemnisation forfaitaire des victimes, dans un esprit d'équité sociale.

109. Plan – La faute structurelle est une faute antinomique de la notion de risque, identifiée dans la faute inexcusable du salarié (A) et dans la faute intentionnelle de l'assuré (B), distinctes de celles entendues en droit civil.

A- La faute inexcusable du salarié

110. Une faute structurelle - La faute inexcusable du salarié est mentionnée par l'article L. 453-1 du Code de la Sécurité sociale sans que celui-ci en donne une définition. Ce travail est revenu à la jurisprudence qui, en 1944, affirme que la faute inexcusable est « *une faute d'une gravité exceptionnelle dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant (de la faute intentionnelle) par le défaut d'un élément intentionnel* »³⁷⁴. Cette définition fut reformulée en 2004 : il s'agit d'une faute « *d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* »³⁷⁵. Quatre critères sont retenus. Tout d'abord, la faute doit être d'une exceptionnelle gravité puis revêtir un caractère volontaire de la part de l'assuré. Celui-ci devait aussi avoir conscience du danger et, enfin, son geste ne doit avoir aucune justification. La faute inexcusable est donc par essence contradictoire avec la notion de risque, car elle est volontaire. Pourtant, le risque social n'exige pas la présence d'un aléa pour que le dommage réalisé soit pris en charge et les individus ne sont pas soumis à un devoir de prudence à l'égard de leur santé. Pour comprendre cette exception, il faut appréhender le caractère structurel de cette faute à son champ d'application des AT-MP.

111. Le seul champ professionnel – La faute inexcusable est issue de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. L'article L. 453-1 du Code de la Sécurité sociale se trouve dans le livre IV du même Code, intitulé « *Accidents du travail et maladies professionnelles* ». La reconnaissance de cette faute est le fruit d'un compromis adopté lors des débats parlementaires de la loi de 1898. L'indemnisation forfaitaire automatique des salariés victimes d'accidents du travail fut jugée

³⁷⁴ Cass. civ. 17 oct. 1944, *D.* 1945, p. 105 ; Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 200.

³⁷⁵ Cass. civ. 2e, 27 janv. 2004, *Bull. civ. II*, n°25, Cass. ass. plén., 24 juin 2005 : JCP S 2005, 1056 et JCP E 2005, 1201 note P. MORVAN.

déresponsabilisante pour ces derniers par une partie des parlementaires³⁷⁶. La disparition de la faute au profit de la notion de risque emportait dans son sillage sa vocation moralisatrice. Comme le législateur l'a affirmé en 1991, « il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail »³⁷⁷. Le compromis hérité de la loi de 1898 a pu perdurer en raison du fonctionnement assurantiel de l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles. Celui-ci diffère de la solidarité nationale qui sous-tend l'assurance maladie. L'indemnisation des AT-MP est fondée sur des cotisations patronales, majoritairement, ce qui permet à cette faute structurelle non seulement exister mais aussi de réduire les prestations allouées à l'assuré social fautif³⁷⁸.

112. Diminution des prestations – La faute structurelle constitue une survivance des sanctions contractuelles liées à la technique de l'assurance, fidèle à une logique contributive. Lors de l'adoption de la loi de 1898, certains sénateurs défendaient l'idée que la faute inexcusable devait entraîner une déchéance totale des droits aux indemnités versées à l'ouvrier³⁷⁹. Cette position était cependant jugée sévère par d'autres parlementaires et un compromis fut trouvé. En définitive, seule une réduction est encourue et elle concerne la rente allouée au titre d'une incapacité permanente, ainsi que la rente due aux ayants-droit en cas de décès³⁸⁰. Il est cependant interdit de supprimer totalement les rentes³⁸¹. De plus, la majoration de la rente

³⁷⁶ P. LECLERC, *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes*, t. II (1870-1945), 1996, p. 97.

³⁷⁷ C. trav., art. L. 4122-1 ; Loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le Code du travail et le Code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail.

³⁷⁸ Le système assurantiel est financé en 2017 à 97 % par les cotisations des entreprises, les 3 % restant provenant des sommes récupérées au titre du recours contre tiers. V. <https://www.ameli.fr>.

³⁷⁹ Selon eux, il ne devait pas être dérogé à l'article 1382 du Code civil en cas de faute inexcusable de l'ouvrier par peur qu'une indemnisation totale, en plus d'être automatique, déresponsabilise totalement celui-ci.

³⁸⁰ CSS, art. L. 453-1 al 2.

³⁸¹ Cass. soc. 28 avr. 1980, Bull. civ. V, n°366.

normalement allouée en cas de faute inexcusable de l'employeur sera réduite³⁸². Il en est de même pour les dommages-intérêts complémentaires que le salarié peut réclamer à son employeur au titre de la faute inexcusable de ce dernier³⁸³. Les prestations en espèces ne sont jamais remises en cause. Il n'en est pas ainsi dans le cadre de la faute intentionnelle.

B- La faute intentionnelle de l'assuré

113. Une faute structurelle – La loi ne donnant pas de définition, la jurisprudence est intervenue pour définir la faute intentionnelle de l'assuré comme « *un acte volontaire, contraire à la conduite de l'homme et accompli avec l'intention de causer un préjudice corporel* »³⁸⁴. Cette définition intrigue, notamment l'utilisation du critère tiré de « la conduite de l'homme ». Cette référence semble constituer un standard faisant écho à celui de l'ancien bon père de famille du Code civil³⁸⁵. En ce sens, la faute intentionnelle pourrait constituer une exception à la couverture du risque social et mettre en échec la solidarité nationale. Mais le caractère intentionnel de la faute vient contredire cette hypothèse. Cette faute est entendue comme un acte accompli par un individu avec l'intention de causer un dommage à autrui ou à lui-

³⁸² Le salarié a normalement droit à une majoration de sa rente en vertu des articles L. 452-1 et L. 452-2 du Code de la sécurité sociale. En cas d'accident suivi de mort, le montant de la majoration est fixé sans que le total des rentes et des majorations servies à l'ensemble des ayants droit puisse dépasser le montant du salaire annuel. Pour plus de renseignements sur ce point, v. : G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 105.

³⁸³ Cass. soc., 12 juin 1997, Bull. civ. V, n°220 ; Cass. soc., 11 avr. 1991, n°89-15007, inédit ; Cass. soc. 5 avr. 1990, Bull. civ. V. n°177, *Dr. Ouvrier* 1990, p. 454 ; Cass. soc., 16 mars 1988, Bull. civ. V. n°178. En vertu de l'article L. 452-3 alinéa 1er, le salarié peut demander réparation du préjudice causé par la souffrance physique, de son préjudice moral, esthétique, d'agrément ainsi que de l'atteinte ou la perte de perspectives professionnelles. Le montant de ces dommages-intérêts est diminué par la faute inexcusable. Seule la réparation accordée à ses ayants droit au titre de leur préjudice moral en cas de décès est supprimée.

³⁸⁴ Cass. soc. 20 avr. 1988, Bull. civ., V, n°241 ; Cass. soc., 28 avr. 1988, Bull. V, n°158.

³⁸⁵ Si cette expression a été supprimée en raison de son caractère sexiste, le droit ne cesse pas pour autant d'utiliser des standards et références comportementaux. Pour plus de détails, v. : A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Éditions du Seuil, 2005, p. 9.

même³⁸⁶. L'intention de se causer un préjudice s'ajoute au caractère volontaire de l'acte, à la différence de la faute inexcusable. Dans ce dernier cas, l'assuré est tenu d'assurer sa sécurité au regard des connaissances acquises au travers de sa formation ; il s'agit d'une faute professionnelle, propre au domaine des AT-MP et qui ne peut être élargie. Toutefois l'intention de causer un dommage à soi-même ou à autrui s'avère antisocial et structurel pour les AT-MP. Mentionnée aussi à l'article L. 453-1 du Code de la Sécurité sociale, elle figure dans son livre IV intitulé « *Accidents du travail et maladies professionnelles* ». Cependant, la faute intentionnelle apparaît aussi au sein des assurances sociales. L'article L. 375-1 du Code de la Sécurité sociale, qui la mentionne, s'intègre dans le livre III relatif aux assurances sociales. Le champ d'application de la faute intentionnelle est donc plus large que celui de la faute inexcusable. Toutefois, sa qualification est difficile, car l'intention doit tant porter sur la réalisation de l'évènement dommageable que sur la réalisation du dommage en lui-même³⁸⁷. L'intention de se causer un dommage est délicate à apprécier.

114. Une difficile qualification – Le professeur Yves Saint-Jours soulignait qu'il existe « *une répugnance naturelle pour un individu conscient de ses actes à se blesser ou se mutiler volontairement pour bénéficier des prestations de Sécurité sociale* »³⁸⁸. Un acte peut être volontaire sans être intentionnel. Par exemple, la pratique d'une activité sportive à risques peut être volontaire sans que l'individu ait la volonté qu'un dommage survienne. De même, l'acte volontaire peut être le fruit d'une pathologie et ainsi ne pas être pleinement conscient. Le cas du suicide, traduction d'une

³⁸⁶ Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 60 ; X. PRETOT, *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2e éd., 1998, p. 428 ; G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 84 et s.

³⁸⁷ F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 9e éd., 2024, p. 357, n°556 ; Si la faute est volontaire mais non le dommage qui en résulte, l'aléa demeure et perd ainsi la qualité de risque Cette acception provient du droit des assurances. L'article L. 113-1 du Code des assurances exclut la prise en charge du risque volontairement réalisé.

³⁸⁸ Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 82.

crise psychique, est révélateur à cet égard³⁸⁹. Il en est de même des comportements addictifs. Aristote écrivait dans l'Éthique à Nicomaque que, lorsqu'un individu adopte un comportement malsain, il en est certes à l'origine de manière consciente mais, lorsque le comportement est habituel et se mue en addiction, il n'est plus consenti par la personne³⁹⁰. Il est difficile de constater l'intention d'un individu de se causer un dommage à lui-même, même en dehors des cas pathologiques.

La jurisprudence sur la faute intentionnelle est casuistique. Un premier arrêt rendu en 1969 avait statué sur la faute d'un ouvrier qui, à l'occasion d'une altercation, avait précipité un collègue de travail dans une cuve de soude et de cyanure³⁹¹. L'ouvrier avait été éclaboussé par ce liquide et demandait le bénéfice d'indemnités au titre de la législation relative aux accidents du travail. La cour d'appel lui a accordé une indemnisation sans retenir la faute intentionnelle du salarié. Elle estime que le salarié n'avait pas souhaité la réalisation de son propre dommage. La Cour de cassation casse cet arrêt en estimant que les lésions sont la conséquence des violences qu'il avait volontairement exercées contre son collègue, ce qui caractérisait une faute intentionnelle. La position inverse avait été adoptée en 1961³⁹². Un salarié s'était blessé à l'occasion d'une rixe entre collègues qu'il avait lui-même provoquée. L'altercation avait eu lieu sur le pont d'un bateau pétrolier et le salarié avait chuté d'une hauteur de dix mètres. La faute intentionnelle avait été rejetée au profit de l'imprudence grave. Ainsi, l'identification de la faute intentionnelle dépend largement des circonstances, ce

³⁸⁹ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 101, n°109. Selon Maryse Deguerge, « *La question de savoir s'il existait un « droit de se nuire » ou « une obligation de ne pas se nuire » ne peut être posée et éloignerait de la réflexion du droit de la santé, dans la mesure où le suicide n'est pas réprimé dans notre système juridique, l'existence d'un droit de se nuire totalement ne peut être soutenue et corrélativement l'obligation de ne pas se nuire ne peut pas exister* ». Pour plus de précisions en ce sens, v. : M. DEGUERGUE, « L'obligation de mener une vie saine ? », *RGDM* 2003, p. 13.

³⁹⁰ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, R. Bodéüs (trad.) Flammarion, 2004, p. 155.

³⁹¹ Cass. soc., 24 avr. 1969, Bull. civ, V, n°265.

³⁹² Cass. soc., 20 janv. 1961, Bull. civ., IV, n°98.

qui restreint son champ d'application³⁹³. Pour une partie de la doctrine, la faute intentionnelle est si difficile à qualifier que sa définition manquerait d'un élément. L'intention de se causer un dommage ne suffit pas. La caractérisation de la faute intentionnelle suppose, en réalité, la réalisation d'un dommage à soi-même dans une intention frauduleuse, pour être en adéquation avec la définition de la faute structurelle antinomique avec le fondement du risque social.

115. *L'intention frauduleuse* – Selon les professeurs Yves Saint-Jours et Gérard Lyon-Caen, la faute intentionnelle de l'assuré social devrait être caractérisée par « la volonté de provoquer le sinistre pour percevoir l'indemnité d'assurance »³⁹⁴. Les pénalités de l'article L. 375-1 du Code de la Sécurité sociale ne sont pas infligées pour sanctionner un comportement sanitaire de l'assuré mais plutôt pour sanctionner la fraude commise afin d'obtenir un avantage injustifié³⁹⁵. Ne pas exiger une intention frauduleuse pourrait porter atteinte au mécanisme de solidarité nationale. C'est pour cela que la faute intentionnelle est admise par la Sécurité sociale : elle est structurellement opposée à la notion de risque social. Une telle définition correspondrait à la position jurisprudentielle qui adopte une lecture restrictive de « l'intention de se causer un dommage » afin de préserver la finalité de l'assurance maladie. La qualification de la faute intentionnelle dans le cadre des assurances sociales dépasse le cadre du seul compromis législatif pour rejoindre la volonté de sanctionner l'hypothèse d'une fraude à la solidarité nationale. La fraude, admise dans le

³⁹³ Yves Saint-Jours écrivait que l'intégration de la responsabilité civile dans un service public de sécurité sociale entraîne une normalisation du régime juridique de la faute et ainsi un mouvement d'unification des fautes réfractaires à la notion de risque social dans la technique d'indemnisation. Il prévoyait à ce titre un effacement de la faute intentionnelle et une généralisation de la faute inexcusable. En ce sens, v. : Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 34.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 65.

³⁹⁵ D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON, F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 233.

fonctionnement de l'assurance, a alors pour effet de supprimer le bénéfice des prestations en espèces, dans un but répressif³⁹⁶.

116. La suppression des prestations en espèces – L'article L. 375-1 du Code de la Sécurité sociale dispose que « *ne donnent lieu à aucune prestation en argent les maladies, blessures ou infirmités résultant de la faute intentionnelle de l'assuré* ». L'assuré ne pourra bénéficier d'aucune rente ni indemnité. La qualification peu fréquente de la faute intentionnelle illustre le malaise des juges vis-à-vis de cette notion et leur frilosité à refuser une prise en charge répondant au droit fondamental de vivre dans des conditions décentes³⁹⁷. Néanmoins, l'assuré continue de bénéficier des prestations en nature que sont les remboursements des soins, médicaments et frais d'hospitalisation. Le droit fondamental de vivre dans des conditions décentes et le droit d'accéder à la santé demeurent assurés³⁹⁸. Le bénéfice des prestations en nature est inconditionnel et confirme l'exclusion de toute responsabilité comportementale à l'égard de la réalisation du risque.

§2. *La sauvegarde de la faute indispensable au bon fonctionnement de l'assurance maladie*

117. Plan – « *Chassée du domaine de la survenance des risques sociaux, la faute a trouvé un refuge naturel dans le fonctionnement même de la Sécurité sociale* »³⁹⁹. La faute est exclue de la survenance des risques mais demeure nécessaire au fonctionnement de l'institution. Elle a pour rôle d'assurer le bon usage des ressources de l'assurance maladie et s'adresse, à ce titre, à l'ensemble des

³⁹⁶ L'article L. 114-13 du Code de la sécurité sociale permet de sanctionner la fraude ou une fausse déclaration en vue d'obtenir des prestations indues au sein des assurances sociales.

³⁹⁷ V. *supra* n°82.

³⁹⁸ CSS, art. L. 453-1 al 1er.

³⁹⁹ Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit générale de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 3 et p. 219 et s.

protagonistes⁴⁰⁰. Sont concernés l'employeur, les assurés sociaux et leurs ayants-droit, les professionnels de santé et les organismes de gestion. Les fautes pénale et civile, que sont la fraude ou l'abus de droit, demeurent au cœur de l'assurance maladie⁴⁰¹. Ces fautes, étant classiques, ne seront pas développées ici. Elles ne constituent pas une spécificité du droit de la Sécurité sociale⁴⁰². De plus, elles recouvrent des cas extrêmes. L'allocation des ressources doit être davantage contrôlée en amont et doit s'adapter au service public offert par l'assurance maladie. Sont imposées aux différents protagonistes des obligations spécifiques, empruntant les traits de l'obligation administrative, civile ou disciplinaire. La faute de l'assuré social, dans le fonctionnement de l'assurance maladie, possède des contours propres aux finalités de l'institution. C'est pour cela qu'elle est éclectique (A) et que la responsabilité engendrée est limitée (B).

A- Une faute éclectique

118. Coloration administrative – En sa qualité d'assuré social, l'individu ne dispose pas d'un droit subjectif absolu à la protection de sa santé, qui serait opposable aux CPAM⁴⁰³. Pour rester viable, la Sécurité sociale doit établir des règles de fonctionnement qui permettent d'éviter les fraudes et abus en vérifiant, par exemple, la réalité des actes médicaux remboursés. Il ne s'agit pas de « fautes sociales » inhérentes

⁴⁰⁰ La responsabilité des médecins et prescripteurs est sanctionnée sur le plan civil, pénal ou disciplinaire. Sur la responsabilité du médecin et des auxiliaires médicaux, v. : Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 323 et s.

⁴⁰¹ La fraude prend diverses formes comme la fraude aux cotisations sociales ou encore l'usage de faux. Les abus en matière de soins et d'arrêt de travail constituent la majorité des abus sanctionnés.

⁴⁰² Sur la fraude, v. : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., p. 242, n°224 et p. 838, n°770 et s.; M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 20^e éd., 2024, p. 1041, n°1294 ; G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 231 et s ; K. MEIFFRET DEL SANTO, *La fraude en droit de la protection sociale*, PUAM, 2018. La répétition des prestations indues ne sera pas non plus développée, car il ne s'agit pas d'une faute de la part de l'assuré ou du professionnel de santé.

⁴⁰³ Le droit subjectif désigne le droit pour une personne de faire quelque chose ou le droit pour une personne d'obtenir qu'une autre personne fasse quelque chose à son profit. D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 150 et s.

à la vie sociale, selon les termes employés par Yves Saint-Jours, car celles-ci sont englobées dans la notion de risque social⁴⁰⁴. La moralisation des comportements à l'égard de la santé n'est pas en jeu. Il s'agit d'une faute « administrative » en ce sens qu'elle concerne des obligations contribuant à la bonne administration de l'assurance maladie. Toutefois, une telle obligation est seulement de *coloration* administrative. *« Changeant ainsi de finalité, elle a nécessairement changé de nature prenant une coloration « administrative », certes distincte du sens que ce qualificatif revêt en droit public, mais qui la caractérise désormais. »*⁴⁰⁵. La faute « administrative » ne s'identifie ni à la responsabilité civile classique ni à la responsabilité administrative entendue stricto sensu, qui tendent à compenser pécuniairement un préjudice⁴⁰⁶. Dans la mesure où l'esquisse de responsabilité envisagée concerne les assurés sociaux dans leurs rapports avec l'assurance maladie, et non l'inverse, la responsabilité ne peut être administrative⁴⁰⁷. Cette dernière peut néanmoins constituer une source d'inspiration⁴⁰⁸. Le droit administratif connaît une « modalité particulière de réglementation », comme un « procédé unilatéral normateur ». Il trouve beaucoup de similitudes avec le droit de la Sécurité sociale. La particularité de la relation tripartite entretenue avec l'assuré social et le système de santé explique que l'assuré social soit parfois traité juridiquement comme un usager du service public. Toutes les obligations imposées à l'assuré social au sein de l'assurance maladie ont pour objectif d'assurer le bon fonctionnement de l'assurance maladie, en facilitant l'activité des caisses ou en

⁴⁰⁴ Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 22.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 218.

⁴⁰⁶ La responsabilité administrative est l'obligation pour une personne publique, ou une personne privée chargée d'un service public, de réparer les conséquences dommageables de son activité selon les règles du droit administratif. V. en ce sens, H. BERLHALI, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017, p. 19.

⁴⁰⁷ Il convient d'ajouter que les CPAM, bien qu'assurant un service public, sont des personnes privées. Leurs rapports avec les assurés sociaux sont donc régis par le droit privé, excluant de ce fait la responsabilité administrative.

⁴⁰⁸ Une source d'inspiration peut aussi être trouvée dans la responsabilité pénale en ce que la responsabilité dans le fonctionnement de l'assurance maladie a aussi pour objectif de protéger l'intérêt général. Le droit pénal à la différence de la responsabilité civile a pour vocation de sanctionner un individu pour l'atteinte portée à la société. À la différence que la faute pénale doit causer un trouble à l'ordre sociale et répond au principe de légalité.

assurant la véracité des faits qui nécessitent la prise en charge de prestations en nature ou en espèces.

119. Les fautes afférentes à l'ouverture du droit aux prestations – La coloration administrative de la faute se manifeste dans l'ouverture du droit à prestation. Il s'agit de l'hypothèse de la perte de qualité d'assuré social due, par exemple, à la cessation du versement des cotisations ou primes dans le cadre d'une assurance volontaire. La qualité d'assuré social peut aussi être perdue en cas de périodes de chômage injustifiées ou encore de défaut d'immatriculation⁴⁰⁹. L'assuré social se voit ici imposer des obligations en tant qu'usager d'un service public. L'ouverture de droits peut aussi être conditionnée à une obligation de déclaration ou à la réalisation d'examens dans un certain délai. Il s'agit d'exigences spécifiques liées à l'objet de ces examens ou à l'ouverture des droits. À titre d'exemple, la déclaration tardive d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle peut priver l'assuré social du bénéfice des indemnités journalières. De même, le refus de se soumettre aux examens obligatoires de suivi de grossesse peut priver l'assuré social du bénéfice de la prime de naissance⁴¹⁰.

120. Les fautes afférentes aux formalités administratives – L'assuré social peut aussi être contraint de respecter certaines formalités administratives⁴¹¹. La production de documents irréguliers, comme des feuilles de soins non signées par le praticien ou encore le défaut de présentation des feuilles de soins dans un délai de quinze jours peut empêcher le remboursement de l'acte médical présenté à la caisse.

⁴⁰⁹ Les hypothèses de faute dans l'ouverture des droits ont été réduites par l'instauration de la protection universelle maladie (PUMA), même si l'éradication n'est pas totale. V. : M. BORGETTO, « La sécurité sociale à l'épreuve de l'universalité », *RDSS* 2016, p. 11 ; D. TABUTEAU, « La protection universelle maladie (PUMA) : une transfiguration législative de l'assurance maladie (première partie) », *RDSS* 2015, p. 1058.

⁴¹⁰ CSS, art. L. 533-1.

⁴¹¹ La caisse de sécurité sociale réalise un remboursement automatique si le formalisme est rempli et que le dispositif médical répond aux nomenclatures. V. : CSS, art. L. 161-33 ; CSS, art. L. 314-1 ; Cass. 2e civ., 19 juin 2014 : *JCP S* 2014, 1422 (rejet des prescriptions irrégulières) ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 351, n°319.

Aussi, dans le cas de l'entente préalable justifiée par une ALD, c'est à l'assuré social de transmettre la demande d'entente préalable à la caisse d'assurance maladie à l'attention du médecin-conseil ou du dentiste-conseil⁴¹². Enfin, les fautes afférentes aux formalités administratives peuvent consister dans la méconnaissance des mesures de contrôle. L'assuré social est tenu de se soumettre aux contrôles organisés par le service du contrôle médical, qui ont pour but de vérifier la nécessité et le bon usage des allocations versées⁴¹³. L'article L. 315-1 du Code de la Sécurité sociale donne compétence au service du contrôle médical de l'assurance maladie pour contrôler l'opportunité de certains soins et le respect de certains traitements. L'objectif est d'éviter une prise en charge abusive ou « inutile ». Notamment, ce contrôle permet d'attester la véracité de la nature médicale d'un arrêt de travail par exemple. L'article L. 161-33 alinéa 2 du Code de la Sécurité sociale évoque précisément la nécessaire « *constatation des soins ou d'une incapacité de travail* »⁴¹⁴. Cette constatation révèle la coloration administrative de l'obligation qui n'a pas pour but d'opérer une discrimination selon l'origine du risque. La réforme du 13 août 2004 renforce le pouvoir général de contrôle et de sanction des caisses, plus particulièrement en matière de lutte contre l'obtention abusive d'indemnités journalières d'immobilisation (IJ)

⁴¹² G. Huteau présente l'assuré social comme responsable, mais en réalité la responsabilité porte sur les épaules du praticien. G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 212 et s. Sur l'entente préalable, v. *infra* n°217. L'entente préalable a pour finalité d'assurer à la caisse d'assurance maladie que le dispositif est nécessaire dans une situation particulière et répond à une finalité médicale envisagée ou non par le législateur.

⁴¹³ La loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie et la loi de financement de la sécurité sociale pour 2005 augmentent les prérogatives du service du contrôle médical pour mener les procédures de vérification et de récupération des dépenses indues, correspondant à une tendance accrue de maîtrise des dépenses de santé. Sur ce point, v. : D. TABUTEAU, « La politique de santé, des lois d'août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 59.

⁴¹⁴ CSS, art. L. 1611-33 al. 2 : « *Si le bénéficiaire, ayant reçu du professionnel, de l'organisme ou de l'établissement dispensant des actes ou prestations remboursables par l'assurance maladie, les documents nécessaires à la constatation des soins ou d'une incapacité de travail les transmet à la caisse hors du délai prévu, il encourt une sanction fixée par voie réglementaire, pouvant aller jusqu'à la déchéance du droit aux prestations pour la période pendant laquelle le contrôle de celles-ci aurait été rendu impossible* ».

dans le cadre des arrêts de travail frauduleux, ainsi que pour la prescription des transports sanitaires ⁴¹⁵.

121. Fautes afférentes aux prescriptions médicales – Dans d’autres cas, les assurés doivent se soumettre à des prescriptions médicales pour continuer à bénéficier des prestations sociales. L’objectif est, encore ici, d’assurer le bien-fondé de l’allocations de ces ressources. Ainsi, le bénéfice des indemnités journalières dans le cas d’un arrêt de travail ou dans le cas d’un congé maternité est conditionné au non-accomplissement de certaines activités, notamment professionnelles⁴¹⁶. L’arrêt de travail peut aussi être subordonné à l’interdiction de pratiquer certaines activités mais aussi être soumis à la restriction de la liberté d’aller et venir de l’assuré en vue de favoriser son repos⁴¹⁷. En vertu de l’article L. 323-6 du Code de la Sécurité sociale, le patient-assuré social en arrêt de travail est tenu de respecter les heures de sorties autorisées par le médecin, sauf dérogation prévue par celui-ci. Il s’agit d’une prescription de repos et non une prescription de soins, conformément au principe d’indisponibilité du corps humain⁴¹⁸. Dans le cas contraire, cela reviendrait à réintroduire la notion de faute dans la survenance du risque et porter atteinte au droit fondamental d’accès à la santé, raison pour laquelle l’ensemble de ces fautes citées ci-dessus voient leurs effets privatifs limités.

⁴¹⁵ Sur l’augmentation de la lutte contre la fraude de la part des assurés sociaux, v. : M. BORGETTO, « Les droits sociaux entre procès et progrès », *Informations sociales*, 2013, n°178, p. 14 ; D. TIAN, *Rapport d’information sur la lutte contre la fraude sociale*, Assemblée nationale, n°3603, juin 2011.

⁴¹⁶ CSS, art. L. 331-3. L’interdiction d’exercer une activité professionnelle conditionne aussi le bénéfice de l’assurance maternité, mais ne comprend pas de limitation de la liberté d’aller venir à l’inverse de l’arrêt maladie.

⁴¹⁷ CSS, art. L. 323 et D. 323-2 ; CSS, art. L. 315-1 renforcée par l’article 27 de la loi du 13 août 2004. P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 392, n°351 ; J-P CHAUCHARD, J-Y KERBOURC’H et C. WILLMANN, *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 10^e éd., 2022, p. 387, n°559. Pour lire quelques exemples de restriction d’activité concernant la participation à une compétition sportive (1^{ère} esp.) et l’exercice répété et prolongé d’une activité de représentant du personnel (2^e esp.). V. : Cass. civ. 2^e, 9 déc. 2010 : JCP S 2011, 1100.

⁴¹⁸ En ce sens, v. : G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l’observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

B- Une responsabilité limitée

122. Plan – Les effets produits par la faute qualifiée dans le fonctionnement de l'assurance maladie ne sont pas les mêmes selon la nature de la prestation concernée. Lorsque les prestations en nature sont en cause, la faute est assimilable à une condition et le mécanisme de la responsabilité est exclu (1). À l'inverse, lorsque les prestations en espèces sont en cause, la faute engendre une sanction à vocation réparatrice et la responsabilité remplit une fonction commutative (2).

1- Les intangibles prestations en nature

123. Déchéance temporaire du droit à prestations – L'article L. 161-33 du Code de la Sécurité sociale dispose que « *l'ouverture du droit aux prestations de l'assurance maladie est **subordonnée** à la production de documents dont le contenu, le support ainsi que les conditions et les délais de transmission à la caisse du bénéficiaire sont fixés par décret en Conseil d'État. Si le bénéficiaire, ayant reçu du professionnel, de l'organisme ou de l'établissement dispensant des actes ou prestations remboursables par l'assurance maladie, les documents nécessaires à **la constatation des soins** ou d'une incapacité de travail les transmet à la caisse hors du délai prévu, il encourt une **sanction** fixée par voie réglementaire, pouvant aller jusqu'à la **déchéance** du droit aux prestations pour la période pendant laquelle le contrôle de celles-ci aurait été rendu impossible* »⁴¹⁹. La non-réalisation de certaines formalités administratives, comme la production de la feuille de soins signée par le professionnel de santé et l'assuré social, ou encore le défaut de transmission de la demande de prise en charge dans le cadre d'une entente préalable à la CPAM est sanctionné par la déchéance du droit à prestations. L'assuré perd le bénéfice de ce droit faute de la production impérative des

⁴¹⁹ L'utilisation de la sanction en cas de non-respect d'une condition n'est pas antinomique. La sanction peut émaner du pouvoir étatique lorsqu'elle ne vient pas sanctionner la violation de l'obligation. En l'espèce, le pouvoir de contrainte est utilisé, car le remboursement de l'acte médical est bloqué. La condition n'est pas une incitation.

documents requis⁴²⁰. Toutefois, cette perte n'est que temporaire et ciblée. C'est à ce titre qu'il convient de parler de condition plutôt que de faute.

124. Parler de condition plutôt que de faute – Une partie de la doctrine qualifie ce mécanisme de responsabilité de l'assuré social, comme Gilles Huteau⁴²¹, mais l'utilisation de ce terme doit connaître des limites sous peine d'entraîner une confusion linguistique et conceptuelle. Ces exigences administratives devraient être qualifiées de conditions plutôt que de faute, car, dans un premier temps, ce terme désigne un élément auquel est subordonné la validité ou l'efficacité d'un acte⁴²². L'article L. 161-33 emploie justement le verbe « subordonner » qui évoque ce rapport de dépendance. Aussi, le manquement de l'individu ne peut être qualifié de faute, car l'objectif n'est pas de le punir. Qualifier une telle obligation de condition plutôt que de faute a pour conséquence d'insister sur son caractère administratif plutôt que normatif. Il ne s'agit pas d'une norme de comportement. La condition permet seulement d'assurer de manière effective la véracité des prestations en nature dispensés dans un but de bon fonctionnement de l'institution. C'est ainsi à juste titre que, dans un ouvrage postérieur à sa thèse, Yves Saint-Jours ne parle plus de faute dans l'ouverture du droit à prestation mais de condition médicale et administrative⁴²³. De plus, le non-respect de la condition administrative entraîne une suspension temporaire du droit à remboursement, liée à un acte unique. Le non-respect des formalités administrative empêche ainsi la prise en

⁴²⁰ Tout refus n'expose pas à la déchéance des droits, c'est seulement si l'obligation est impérative.

⁴²¹ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 176 et s.

⁴²² V. « Condition » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1ère éd., 1987, p. 201.

⁴²³ Y. SAINT-JOURS, *Traité de sécurité sociale*, T. I, p. 196 et s. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, T.4, PUF, 1956, 1ère éd., p. 28. Carbonnier alerte sur le danger d'utiliser le terme obligation de manière vague. « Certains devoirs peuvent être regardés comme des devoirs juridiques, parce que leur inobservation est sanctionnée par l'État et ses tribunaux, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique, des rapports de débiteur à créance, faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution. Cela se voit dans deux séries d'hypothèses : les actes et formalités obligatoires et les devoirs absolus. Pour les actes et formalités obligatoires : la loi impose souvent d'accomplir un acte ou une formalité, ou de l'accomplir dans un certain délai, sous peine de ne pas acquérir un droit, ou d'encourir une déchéance. De là semble résulter une obligation *Lato sensu* à la charge de la personne intéressée [...] mais il n'y a là aucune créance ».

charge de la seule prestation en nature concernée. Le terme de suspension doit être préféré à celui de déchéance qui traduit la perte complète d'un droit.

2- Les imputables prestations en espèces

125. La mise en place d'une véritable responsabilité – Le manquement aux obligations déclaratives et de contrôle a pour effet de suspendre le bénéfice des indemnités journalières, qui sont donc imputables pour l'assuré social c'est-à-dire qui peuvent lui être retirés. En matière d'arrêt de travail, l'article L. 323-6 du Code de la Sécurité sociale sanctionne le non-respect des obligations administratives et médicales par la suppression de tout ou partie des indemnités journalières⁴²⁴. Le versement des prestations en nature peut être arrêté et le remboursement de ces sommes peut même être réclamé à l'assuré lorsque l'intention de se soustraire aux mesures de contrôle administratif est avérée⁴²⁵. Dans ce dernier cas, la responsabilité civile de l'assuré est engagée, voire sa responsabilité pénale lorsqu'une fraude est qualifiée⁴²⁶. Il s'agit, dans cette hypothèse, d'une véritable responsabilité à double visée : indemnitaire et morale. L'ensemble de ses composantes peuvent être vérifiées.

La présence d'une faute peut d'abord être qualifiée. La faute est composée d'un élément objectif, qui consiste en la violation de la norme imposée au justiciable, et d'un élément subjectif qui consiste en la conscience de l'individu. L'individu qui décide de ne pas respecter les horaires de sorties autorisées par le médecin-conseil dans le cadre de son arrêt maladie agit en connaissance de cause⁴²⁷. L'intention de l'assuré de se soustraire aux mesures de contrôle et aux prescriptions médicales est appréciée largement par la

⁴²⁴ La caisse peut aussi remettre en service de ces prestations en cas de circonstances particulières et après intervention de la commission contentieuse de la sécurité sociale.

⁴²⁵ CSS art. L. 133-4-1 ; A-C JACQUES, « La réforme du contrôle médical : du contrôle des arrêts de travail... au contrôle des assurés » in *La réforme de l'assurance maladie* (Loi n°2004-810 du 13 août 2004) : *LPA* 2005, n° 44, p. 18.

⁴²⁶ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 748, n°715. Des mesures pénales complémentaires peuvent être adoptées.

⁴²⁷ La caisse d'assurance maladie peut dans certains cas supprimer ou adapter ces interdictions pour s'adapter aux nécessités médicales de l'assuré social. Par exemple, dans le cas d'une dépression constatée, l'individu peut être encouragé à pratiquer un sport régulièrement.

jurisprudence dans la mesure où sont concernées des prestations en espèces⁴²⁸. C'est une véritable responsabilité qui est en cause. L'élément moral de la faute qualifie le comportement d'un individu à l'égard de valeurs morales admises⁴²⁹. Le second élément de la responsabilité est lui aussi qualifié. Le dommage est identifié dans l'atteinte au patrimoine des CPAM. Ces caisses assurent une mission de service public mais n'en demeurent pas moins des personnes privées qui protègent l'intérêt général au travers de diverses obligations imposées aux assurés sociaux. Le lien de causalité est certain. Enfin, le troisième élément de la responsabilité réside dans la sanction appliquée en cas de violation des obligations imposées à l'assuré social. Celui-ci n'est pas invité à respecter une simple condition, car, en cas de manquement à l'obligation, il se trouve privé d'un droit pour lequel il a cotisé. Il s'agit bien là de privation d'un droit acquis. La contrainte est imposée sous la forme d'une restitution forcée des sommes indues. Le terme de restitution utilisé par le Code de la Sécurité sociale fait explicitement référence au pouvoir de contrainte qui permet de parler d'une réelle responsabilité au sein de l'assurance maladie.

126. *Permise par un mécanisme assurantiel* – Le recours possible à la sanction dans le cadre de l'allocation des prestations en espèces, au contraire des prestations en nature, s'explique par la relation patrimoniale qui unit l'assuré social et les CPAM. L'allocation de revenus de remplacement répond à un mécanisme assurantiel qui explique que la faute soit maintenue dans le fonctionnement de l'assurance maladie. Par exemple, un arrêt de travail pour maladie permet de percevoir des indemnités journalières qui sont versées sous condition de cotisations avec un délai de carence. Pour être indemnisé durant les 6 premiers mois de l'arrêt de travail, l'assuré doit justifier, au jour de l'interruption de travail, d'avoir travaillé au moins 150 heures

⁴²⁸ Même si la violation ne procède pas d'une intention délibérée de se soustraire au contrôle de la caisse, le fait pour un assuré de s'absenter de son domicile en dehors des horaires de sortie a pour conséquence de l'empêcher et doit être considéré comme volontaire au sens de l'article 41 du règlement intérieur des CPAM, sauf s'il justifie de l'impossibilité de respecter la prescription.

⁴²⁹ Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 10. Sur la faute, v. : H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la faute délictuelle et contractuelle*, LGDJ 6^e éd., 1965, t. I, p. 460 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., T II., n°863.

au cours des 3 mois civils ou des 90 jours précédant l'arrêt, ou d'avoir cotisé, au cours des 6 mois civils précédant l'arrêt, sur la base d'une rémunération au moins égale à 1 015 fois le montant du SMIC horaire fixé au début de cette période. Les indemnités en nature, à l'inverse, ne sont pas soumises à une obligation de cotisation. De plus, le montant versé dépend du salaire de l'assuré social alors que, pour les prestations en nature, aucune proportionnalité avec les cotisations versées par l'assuré n'existe⁴³⁰. Cette relation patrimoniale explique qu'une responsabilité civile indemnitaire subsiste dans le fonctionnement de l'assurance maladie. L'allocation injustifiée de prestations constituerait une rupture d'égalité entre deux patrimoines privés⁴³¹. C'est ce même lien patrimonial qui permet de comprendre le rôle joué par la faute intentionnelle et la faute inexcusable du salarié dans le déclenchement de la prise en charge du risque maladie. Ces deux fautes sont admises dans la seule branche des AT-MP qui fonctionne encore aujourd'hui suivant une logique assurantielle. Les entreprises cotisent chaque année au titre du risque qu'elles font courir à leurs salariés en raison de leur activité⁴³². De plus, ces fautes ne peuvent produire d'effet que sur les prestations en espèces, pour supprimer ou réduire les IJ ou les rentes. Les prestations en nature sont préservées pour assurer le droit à vivre dans des conditions décentes.

⁴³⁰ L'assuré social peut aussi percevoir des indemnités de la part de son employeur, pouvant compléter les indemnités journalières jusqu'à 90 % du montant du salaire. De plus, des dispositions conventionnelles peuvent prévoir le maintien intégral du salaire.

⁴³¹ Les CPAM assurent une mission de service public mais n'en demeurent pas moins des personnes privées qui protègent l'intérêt général au travers de diverses obligations imposées aux assurés sociaux. La relation qui unit l'assuré social et les CPAM crée un lien patrimonial.

⁴³² Le taux de cotisation des AT-MP due par l'employeur dépend de la valeur du risque, de la masse salariale et du nombre d'accidents ou maladies déclarés lors des trois dernières années connues. Pour plus de précisions sur ce point, v. : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 229, n°210 et s.

127. Conclusion de section – Chassée au stade de la réalisation des risques sociaux, la responsabilité conserve son utilité dans le fonctionnement de l'assurance maladie afin d'assurer une allocation justifiée des ressources. La responsabilité permet d'éviter toute allocation injustifiée, les abus et la fraude en instaurant un contrôle dans le fonctionnement de l'assurance maladie. Les obligations imposées à l'assuré social ont donc une coloration administrative ; elles ont pour but de contrôler la véracité des actes de soins réalisés ou de vérifier l'impossibilité pour l'assuré d'exercer une activité professionnelle et de percevoir ses revenus habituels. Elle a pour objectif de sanctionner le recours injustifié ou abusif à l'assurance maladie en conditionnant le bénéfice aux prestations en espèces, qui recouvrent notamment les indemnités journalières d'immobilisation, les rentes et les primes. La responsabilité ne peut avoir d'effet que sur les prestations en espèces, car les prestations en nature correspondent au droit fondamental d'accéder à la santé et aux conditions de vie décentes. C'est à ce titre que les obligations « administratives » constituent en réalité des conditions au versement des prestations en nature. En revanche, les prestations en espèces accueillent le concept de sanction en raison de la finalité indemnitaire qui caractérise la responsabilité civile. La faute de l'assuré porte une atteinte injustifiée au patrimoine des CPAM qui justifie l'administration d'une sanction. C'est à ce titre que la faute inexcusable du salarié et la faute intentionnelle de l'assuré, qui sont des fautes structurelles antinomiques au risque social, sont admises dans le déclenchement du risque maladie mais dans le seul domaine des AT-MP.

128. Conclusion de chapitre – La responsabilité pour faute ne permet pas de prendre en charge efficacement les sinistres en raison des obstacles probatoires qu'elle dresse. Or, le droit d'accéder à la santé constitue un droit fondamental, que l'assurance maladie a pour rôle de garantir. Parce qu'il s'agit d'un droit élémentaire pour chaque homme, une solidarité naturelle et spontanée s'organise entre les individus. Toutefois, afin de couvrir l'ensemble de la population, dans une visée universaliste, la solidarité doit être organisée au niveau national. Pour cela, la solidarité doit devenir une contrainte juridique, et toute sélection du risque doit être bannie. Le fondement du risque a d'abord été substitué à la faute pour écarter l'exigence d'un lien de causalité. Puis la prise en charge a été socialisée par la mise en place d'une solidarité nationale au travers de la Sécurité sociale. Bâtie sur le concept de risque social, l'assurance maladie se désintéresse totalement du comportement des individus et de leur possible implication dans la survenance de leurs dommages. L'individu peut avoir contribué à la réalisation d'un accident par la pratique d'un sport à risques ou à la réalisation de sa propre pathologie en raison d'une addiction mais, dans ces deux hypothèses, ses soins seront pris en charge par l'assurance maladie. La responsabilité n'est conservée au sein de l'assurance maladie que pour assurer son bon fonctionnement. C'est pourquoi seules sont admises les fautes dites structurelles, contraires à la finalité sociale de l'assurance maladie et des obligations de coloration administrative. Destinée à assurer son bon fonctionnement, la responsabilité au sein de l'assurance maladie produit des effets limités aux prestations en espèces. Celles-ci peuvent être réduites voire supprimées, au contraire des prestations en nature pour lesquelles le non-respect des obligations de nature administrative n'entraîne qu'un défaut de remboursement ponctuel qui incite à parler de conditions plutôt que d'obligations renvoyant au mécanisme de la responsabilité. Les prestations en espèces sont protégées au nom du droit fondamental d'accès à la santé. La responsabilité est limitée, cantonnée au rôle d'outil de régulation. Parce que la responsabilité n'est pas admise au sein de l'assurance maladie, il convient de la distinguer fermement du mécanisme de responsabilisation qui vise, lui, à moraliser le comportement des assurés sociaux dans leur recours au système de santé et dans la gestion de leur pathologie, sans entraver le droit fondamental d'accès à la santé.

129. Conclusion de Titre – L'assurance maladie connaît de grands chamboulements depuis le début du XXI^e siècle. Alors qu'elle s'apparentait initialement à un simple dispositif de paiement, ses difficultés économiques permanentes ainsi que l'évolution du risque maladie ont conduit l'assurance maladie à penser autrement l'objet de ses dépenses. Celles-ci ont la particularité d'être hétéronomes. L'assurance maladie n'a pas de contrôle direct sur elles dans la mesure où elles sont commandées par les professionnels de santé ou les assurés sociaux. Repenser l'objet de ses dépenses revenait alors à repenser le comportement des acteurs du système de santé. Le développement des ALD et l'augmentation constante des dépenses ont conduit le législateur à vouloir influencer sur la demande de soins et orienter le comportement des individus. Mais il ne pouvait s'agir que d'une orientation et non d'une obligation contraignante, car l'assurance maladie exclut la responsabilité dans le déclenchement de la prise en charge. Dès lors que le risque social est réalisé, l'assuré a droit au bénéfice des prestations en nature et en espèces sans que son comportement puisse lui être reproché. La responsabilité n'est admise que pour assurer le bon fonctionnement de l'assurance maladie, comme un rouage de ce service public. Ceci explique la coloration administrative des obligations mises à la charge de l'assuré social.

La responsabilisation doit donc être distinguée de la responsabilité. Si elle poursuit une finalité morale, en ce qu'elle tend à orienter le comportement des individus dans le recours au système de santé et à l'égard de leur santé, les outils qu'elle met en œuvre ne peuvent correspondre au mécanisme de la responsabilité. Ne peuvent être instituées des obligations et des sanctions sous peine de priver l'individu de son droit fondamental d'accéder à la santé et porter atteinte à la solidarité nationale. La responsabilisation ne peut constituer une évolution de la responsabilité. Mais elle constitue bien un mécanisme distinct, avec ses propres outils que sont l'incitation et l'éducation.

Titre II : Les voies de la responsabilisation

130. Plan – La responsabilisation constitue le processus par lequel l’individu prend conscience de la nécessité d’adopter un comportement vertueux et responsable. Or, l’assurance maladie refuse toute obstruction dans l’accès aux soins. Le comportement des assurés sociaux ne peut être contraint par la pression de la responsabilité qui, par le recours à la sanction, priverait les individus de leur droit fondamental à la santé. Des voies alternatives ont dû être explorées. La première consiste en l’incitation financière. La seconde voie réside dans l’éducation des patients-assurés sociaux. Ces deux voies sont utilisées séparément, chacune étant adaptée à l’un des deux objets poursuivis par la responsabilisation. La voie de l’incitation financière est utilisée pour responsabiliser les assurés sociaux dans leur recours au système de santé (**Chapitre 1^{er}**), tandis que la voie éducative est préférée pour responsabiliser les individus dans la gestion de leur santé, c’est-à-dire dans la survenance du risque social (**Chapitre 2**). L’étude de chacune de ces voies permet d’identifier une définition théorique de la responsabilisation dont la mise en pratique s’avère cependant bancable.

Chapitre I : La voie de l'incitation financière dans le recours au système de santé

131. Plan – La première voie de la responsabilisation est celle de l'incitation financière. Les restes à charge mis en place ont pour objectif d'inciter l'assuré social à faire un usage raisonné du système de santé. Si cette forme de la responsabilisation est théoriquement distincte de la responsabilité (**Section 1**), une confusion des notions et un dévoiement factuel de la responsabilisation est à constater (**Section 2**).

Section I : Distinction théorique

132. Plan – La voie de l'incitation financière prend la forme des restes à charges (§1) qui se distingue du mécanisme de la responsabilité (§2).

§1. Le développement des restes à charge

133. Ancienneté du reste à charge (RAC) – Est laissée à la charge de l'assuré social une part du montant des dépenses de santé afin de le responsabiliser dans son recours au système de santé. « *Entendu comme le montant de la dépense de santé qui reste à acquitter par les ménages après intervention des assurances maladie de base et complémentaire, le reste à charge était perçu depuis 1945 comme la partie du prix qui sert à responsabiliser l'assuré social face à la somme exposée pour sa prise en charge dans le système d'assurance maladie* »⁴³³. Avant même la création de la Sécurité sociale par les ordonnances d'octobre 1945, la loi du 8 mars 1928 prévoyait un système d'achat de tickets de visite par l'assuré au titre de sa participation aux frais médicaux. Il s'agissait de responsabiliser l'assuré tenu d'acheter à la caisse de secours mutuel un carnet de bons à remettre au médecin à chaque consultation. Les médecins devaient ensuite présenter le ticket à la caisse pour percevoir le montant de leurs

⁴³³ M-L MOQUET-ANGER, « Santé et restes à charge », in Dossier « Santé et restes à Charges », RDSS 2017, p. 5.

honoraires⁴³⁴. Ce système de « ticket modérateur » avait pour objectif de responsabiliser l'assuré en évitant que les soins soient totalement gratuits, dans le but de modérer la consommation globale.

134. Diversité des RAC- Aujourd'hui, le système des RAC est plus que jamais d'actualité. Les RAC connaissent une grande hétérogénéité ; ils sont variables dans leur manifestation, dans leur support juridique et leur objectif. On distingue les RAC dits collectifs (A) et les RAC dits ciblés (B)⁴³⁵. Les modalités de cette participation financière revêtent des formes aux propriétés incitatives différentes. Il s'agit, soit de sommes forfaitaires appliquées pour tout recours à certains services ou dispositifs médicaux, soit de sommes variables appliquées dans le cas d'un comportement jugé néfaste pour les finances de la Sécurité sociale.

A- Les restes à charge collectifs

135. La participation de l'assuré social au redressement des finances de l'assurance maladie – En 2016 la consommation de soins et biens médicaux était évaluée à 198,5 milliards d'euros, soit plus de 2 970€ par habitant⁴³⁶. En 2022, la consommation de soins et de biens médicaux atteint 235,8 milliards d'euros, soit 8,9 % du produit intérieur brut et 3 475 euros par habitant⁴³⁷. Dans sa volonté de rationaliser les dépenses de santé, le législateur souhaite faire prendre conscience aux assurés sociaux du coût suscité par leur recours au système de santé⁴³⁸. L'objectif est d'inspirer

⁴³⁴ A-C DUFOUR, « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055 ; J-M AUBERT, « La construction du reste à charge », *in* Dossier « Santé et restes à charge », *RDSS* 2017, p. 33.

⁴³⁵ D. TABUTEAU, « Reste à charge et politique de santé », *in* Dossier « Santé et restes à charges », *RDSS* 2017, p. 19 ; A-C DUFOUR, « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055 ; P-L. BRAS, « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. soc.* 2004, p. 645 ; A. LAUDE, « Le patient entre la responsabilité et la responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n°41, p. 79.

⁴³⁶ DREES, « Les dépenses de santé en 2016 », 2017.

⁴³⁷ <https://www.insee.fr>.

⁴³⁸ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 381, n°341 ; J-P LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, « Thémis droit public », 2005, n°593.

un devoir de modération, mais aussi et surtout de les faire participer à l'effort national de redressement des comptes de la Sécurité sociale. C'est à ce titre que tous les assurés sociaux sont concernés, sans distinction selon leur comportement, et que ces participations sont forfaitaires. Elles ne varient pas selon les prestations médicales ou le comportement de l'assuré social. Le montant est invariable. Ces participations sont plurielles et attachées à des prestations jugées trop coûteuses.

136. *Le forfait journalier hospitalier* – La première a été créée par la loi du 9 janvier 1983⁴³⁹. Il s'agit du forfait journalier hospitalier, codifié aux articles L. 174-4 et R. 174-3 du Code de la Sécurité sociale, qui fait participer l'assuré social aux frais d'hébergement et d'entretien par son hospitalisation. Pour tout séjour de plus de 24 heures, l'assuré social doit s'acquitter d'un forfait journalier, fixé par arrêté ministériel, dont le montant s'élève à 20€ et 15€ pour un séjour psychiatrique⁴⁴⁰.

137. *La franchise médicale* – A été instaurée, ensuite, en 2008, une franchise médicale annuelle pour responsabiliser les assurés sociaux dans leur consommation médicamenteuse⁴⁴¹. Selon l'article L. 160-15, il s'agit d'une somme laissée à la charge des assurés sociaux pour certains frais relatifs à des dispositifs médicaux désignés, à des actes effectués par un auxiliaire médical et à des transports sanitaires⁴⁴². Le montant est fixé à 1€ par boîte de médicament et pour chaque acte paramédical pratiqué en ville ou en établissement de santé, dans la limite de 4€ par jour⁴⁴³. Il est de 4€ pour chaque transport sanitaire effectué en véhicule sanitaire léger ou en taxi, dans la limite de 8€

⁴³⁹ L. n°83-25, 1 janv. 1983 portant diverses mesures relatives à combler le déficit de la sécurité sociale, art. 4.

⁴⁴⁰ Arrêté du 21 décembre 2017 fixant les montants du forfait journalier hospitalier prévu à l'article L. 174-4 du Code de la sécurité social, JO du 24 décembre 2017.

⁴⁴¹ Loi n°2007-1786 du 19 décembre 2007 de financement de la sécurité sociale pour 2008, JO du 21 décembre 2007.

⁴⁴² CSS, art. L. 160-15 et D. 160-9 et s.

⁴⁴³ CSS, art. L. 160-13, III et, pour les prestations en nature AT-MP, art. L. 432-1 et L. 160-6 et s.

par jour. Le montant global de la franchise médicale est plafonné à 50 € par an et par personne. La franchise est due sauf cas d'urgence ou d'exonération ⁴⁴⁴.

138. La contribution forfaitaire de deux euros – La contribution forfaitaire d'un euro a été créée par la loi du 13 août 2004 pour faire participer les assurés sociaux au redressement des finances de la Sécurité sociale⁴⁴⁵. Depuis le 15 mai 2024, cette participation a été relevée à 2€. Elle concerne les consultations chez le médecin, les examens de radiologie et les analyses de biologie médicale. Pour préserver l'effet utile de ces participations, ne peuvent être prises en charge par les contrats responsables et solidaires la contribution forfaitaire d'un euro et la franchise médicale annuelle.

139. Le forfait patient urgences – Le forfait patient urgences (FPU) a été créé par l'article 38 de la loi n°2021-1754 du 23 décembre 2021 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Il est codifié à l'article L. 160-13 I) alinéa 4 du Code de la Sécurité sociale. Il consiste en une participation forfaitaire dont le patient devra s'acquitter à chaque passage non programmé aux urgences qui ne serait pas suivi d'une hospitalisation dans un service de médecine, de chirurgie, d'obstétrique ou d'odontologie au sein de l'établissement⁴⁴⁶. Pour que ce forfait soit applicable, les soins doivent être inopinés et ne pas conduire à une hospitalisation au sein de l'établissement de visite. L'objectif est de faire prendre conscience aux individus du coût de leurs passages aux urgences et de réduire les recours injustifiés, à l'image du décret du 6

⁴⁴⁴ Les transports sanitaires sont considérés comme une dépense souvent superflue. C'est pourquoi la pratique de la télémedecine est accueillie favorablement en milieu hospitalier et que les caisses de sécurité sociale traquent les prescriptions abusives. V. : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 364, n°330.

⁴⁴⁵ CSS, art. L. 160-13, II.

⁴⁴⁶ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 20^e éd., 2024, p.607, n°748. A. BOURDENX, « Le forfait patient urgences », *RDSS* 2023, p. 75 ; Le montant de cette participation est défini par arrêté des ministres chargés de la santé et de la Sécurité sociale, pris après avis de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire.

mars 2021 relatif à l'expérimentation du forfait de réorientation urgences⁴⁴⁷. Ce forfait, versé aux urgences, vise à réorienter le patient vers une consultation de ville à une date compatible avec son état de santé. La réorientation peut être réalisée vers un praticien de ville, une maison de santé, une maison médicale de garde. L'objectif de l'expérimentation est de pouvoir toucher 5 à 10 % des passages au sein des urgences hospitalières sans hospitalisation à travers l'expérimentation d'un forfait de réorientation des patients. L'objectif est de faire prendre conscience aux individus du coût de leur recours aux urgences de manière plus lisible, en substituant à l'ensemble des tickets modérateurs des différents actes dispensés un montant forfaitaire⁴⁴⁸. Depuis le 1er janvier 2022, le forfait patient urgences remplace ce calcul complexe et le montant à payer n'est plus incertain⁴⁴⁹. Le même montant unique et fixe de 19,61 € est facturé au patient, quelle qu'ait été sa prise en charge lors de son passage. Le FPU rend donc le montant d'un passage aux urgences sans hospitalisation plus lisible et compréhensible pour les patients et les usagers. Sa facturation est aussi plus simple pour les équipes hospitalières. On peut escompter une réduction des impayés et un recouvrement facilité pour les établissements. Seuls 33% des passages aux urgences non suivis d'une hospitalisation sont recouverts⁴⁵⁰.

B- Les restes à charges ciblés

⁴⁴⁷ Arrêté du 23 février 2021 abrogeant l'arrêté du 27 décembre 2019 relatif à l'expérimentation du forfait de réorientation des patients dans les services d'urgence et fixant la liste des établissements de santé expérimentateurs, JORF, n°0056, 6 mars 2021.

⁴⁴⁸ Forfait patient urgences : un tarif unique plus lisible et plus équitable à partir du 1er janvier 2022 – Ministère des Solidarité et de la Santé *in* <https://sante.gouv.fr>.

⁴⁴⁹ Le montant était auparavant différent à chaque passage aux urgences et pouvait varier de 10 à 60 € environ précise le communiqué de presse « Forfait patients urgences : un tarif unique plus lisible et plus équitable à partir du 1er janvier 2022 » publié le 31 janvier 2021, *in* <https://sante.gouv.fr>.

⁴⁵⁰ Les passages aux urgences non suivis d'hospitalisation s'élèvent à 213 millions d'euros, précise le communiqué de presse « Forfait patients urgences : un tarif unique plus lisible et plus équitable à partir du 1er janvier 2022 » publié le 31 janvier 2021 *in* <https://sante.gouv.fr>.

140. Plan – Les participations dites ciblées sont appliquées pour éviter un comportement déterminé, notamment pour favoriser le respect du parcours de soins coordonné (A) grâce à la création du dossier médical personnel (B).

1- Le parcours de soins coordonné

141. Rationaliser le recours au système de santé et aiguiller – L'exposé des motifs de l'article 5 du projet de loi relatif à l'assurance maladie, devenue la loi n°2004-810 du 13 août 2004, souligne que « les assurés bénéficient aujourd'hui d'une liberté totale dans l'accès et le parcours au sein du système de soins. Cette liberté est parfois en contradiction avec la nécessité de coordination des soins qui est une des conditions de la qualité des soins ». Toutefois, la qualité n'est pas le seul objectif poursuivi par l'instauration du parcours de soins coordonné à l'article L. 162-5-3 du Code de la Sécurité sociale. La loi du 13 août 2004 souhaite aussi rationaliser le recours au système de santé et lutter contre le nomadisme médical, estimé trop coûteux⁴⁵¹. Le remboursement automatique par l'assurance maladie combiné à la liberté d'accès au système de santé permet aux individus de multiplier les consultations médicales sans certitude de leur nécessité ou de leur pertinence.

Le dispositif français s'inspire du *managed care* américain apparu dans les années 1990 qui, pour maîtriser les dépenses de santé, instaure un système de *gatekeeping*, ou « gardien d'entrée ». Il s'agit d'un professionnel de santé qui a pour rôle d'aiguiller les assurés sociaux dans leur usage au système de santé. Développés dans d'autres pays comme le Royaume-Uni ou encore la Suède, les systèmes de *gatekeeping* auraient des dépenses inférieures de 18%⁴⁵². Il convient de préciser que le parcours de soins coordonné doit permettre de rationaliser le recours au système de santé, c'est-à-dire

⁴⁵¹ X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020, p. 87 ; T. TAURAN et S. CENTONZE, « La « réforme » de l'assurance maladie par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 », *Travail et Protection sociale* 2004, n°12, étude 22, p. 91 ; M. HARICHAUX, « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *RDSS* 2006, p. 109 ; M. HARICHAUX, « Vers un tournant de la médecine libérale en France ? », *RDSS* 1994, p. 226 ; M-L MOQUET-ANGER, « Les obligations du patient et l'assurance maladie : les exemples du carnet de santé et du médecin référent », *RGDM* 2003, p. 49 ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 382, n°342.

⁴⁵² P-L. BRAS, « Le médecin traitant : raisons et déraison d'une politique publique », *RDSS* 2006, p. 59 ; B. COZZAROLO, E. JALON et G. SARLAT, « Rapport d'enquête sur la régulation de la médecine de ville : les enseignements des expériences étrangères, Inspection générale des Finances », mars 2003, p. 109 ; U-G GERDTAM et B. JÖNSSON, « International comparisons of health expenditure : theory, data and econometric analysis », in A-J CULYER, J-P NEWHOUSE (eds) *Handbook of health economics*, Elsevier 2000.

d'encourager un usage raisonné et réfléchi et non de réduire arbitrairement les consultations, ni même de porter atteinte au libre choix du médecin.

142. Le médecin traitant – En France, le *gatekeeping* est incarné par le médecin traitant, consacré par la loi du 13 août 2004 et codifié à l'article L. 162-5-3 du Code de la Sécurité sociale ⁴⁵³. Son rôle est double. Il a pour fonction d'assurer la coordination des soins et d'orienter le patient dans le système de santé vers le spécialiste adéquat. La loi utilise indistinctement les expressions « *parcours de soins coordonnés* » et « *parcours de soins coordonné* » au sein de la loi du 13 août 2004. Ces deux éléments sont interdépendants et connexes ; la coordination du parcours de soins contribue à la coordination des soins. Seul un médecin, consulté fréquemment, peut remplir ce rôle ; il s'agit, dans la grande majorité des cas, d'un médecin généraliste, quand bien même il peut s'agir d'un médecin spécialiste ou même d'un médecin salarié appartenant à un centre de santé, comme le précise l'article L. 162-5-3 du Code de la Sécurité sociale⁴⁵⁴. Le médecin traitant est l'héritier du médecin référent qui était nécessairement un médecin généraliste. Les deux dispositifs sont proches dans leurs finalités puisqu'il s'agit, dans les deux cas, d'institutionnaliser une relation de fidélité entre le patient et son médecin et de faire jouer à ce dernier un rôle de « filtre », de « guide », pour l'accès à la médecine de spécialité. Toutefois, la loi de 2004 entend généraliser et rendre obligatoire le nouveau dispositif⁴⁵⁵. Si la désignation du médecin

⁴⁵³ Le dispositif du médecin traitant a été mis en place par la convention médicale du 12 janvier 2005 approuvée par décret le 3 février entre l'UNCAM et les trois syndicats médicaux que sont CSMF, SML, Alliance. Sur le dispositif du médecin traitant v. : M. BORGETTO, « Le médecin traitant », *RDSS* 2005, p. 897 ; P-L BRAS, « Le médecin traitant : Raisons et déraison d'une politique publique », *Dr. soc.* 2006, p. 59 ; Ministère de la santé, « Plaquette de présentation de la réforme de l'assurance maladie », sept. 2004, p. 2 ; M. HARICHAUX, « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *RDSS* 2006, p. 109 ; T. TAURAN et S. CENTONZE, « La « réforme » de l'assurance maladie par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 », *Travail et Protection sociale* 2004, n°12, étude 22.

⁴⁵⁴ Dans les faits, le médecin traitant est bien souvent un médecin généraliste, car celui-ci doit constituer un relai lors de l'adressage à d'autres médecins spécialistes.

⁴⁵⁵ La coordination des soins est un enjeu ancien, déjà prévu par la loi du 4 janvier 1993 et par la sixième convention médicale de 1993, mais seulement pour les malades atteints de polyopathologies résultant de deux affections nécessitant un suivi médical de plus de six mois. La loi du 13 août 2004 souhaite généraliser cet objectif. Sur l'ancienneté du dispositif de coordination des soins v. : Convention du 21 octobre 1993, approuvée par arrêté du 25 nov. 1993, Titre V art. 21 al 4. et 19.

réfèrent n'était pas obligatoire et ne valait que pour un an, tout assuré de plus de seize ans doit désormais désigner un médecin traitant et l'indiquer à son organisme d'assurance maladie⁴⁵⁶. Sont concernés tous les assurés sociaux et leurs ayants-droit de plus de 16 ans, y compris les bénéficiaires de la PUMA. Seuls sont exclus du dispositif les migrants de passage⁴⁵⁷, les bénéficiaires de l'aide médicale d'État (AME) et les ressortissants de la caisse de Sécurité sociale de Mayotte. La coordination des soins est désormais l'affaire de tous les assurés sociaux.

143. Majoration du ticket modérateur – Afin d'assurer l'effet utile du parcours de soins coordonné, le législateur souhaite rendre financièrement avantageux le respect de celui-ci par l'assuré social. Les articles L. 162-5-3 alinéa 5 et R. 160-6 du Code de la Sécurité sociale ont prévu la majoration du ticket modérateur, c'est-à-dire la somme laissée à la charge de l'assuré social après consultation, dans deux cas. La première hypothèse est celle où l'assuré social ne désigne pas de médecin traitant. Pour la consultation d'un médecin généraliste au tarif conventionnel de 26,50€, le taux de remboursement applicable est de 70% avec un ticket modérateur de 30%⁴⁵⁸. La caisse de Sécurité sociale rembourse donc 16,55€ et il restera à la charge de l'individu 7,95€⁴⁵⁹. Toutefois, si l'individu consulte un médecin généraliste qui n'est pas son médecin traitant, la majoration du ticket modérateur est portée à 70%, de sorte que l'assurance maladie ne rembourse plus que 5,95€ à l'assuré social⁴⁶⁰. La deuxième hypothèse de majoration du ticket modérateur est celle de la consultation d'un médecin spécialiste sans adressage préalable par le médecin traitant. Pour ce type de consultation médicale, la base de remboursement est de 23€ quand bien même les

⁴⁵⁶ Pour information sur la contestation qui a eu lieu sur le formulaire de désignation du médecin traitant, v. : P. LOKIEC, « La contestation du formulaire de déclaration de choix du médecin traitant devant le Conseil d'État », *RDSS* 2005, p. 934.

⁴⁵⁷ A l'inverse, les migrants permanents titulaires d'une carte vitale doivent respecter le parcours de soins.

⁴⁵⁸ Il s'agit du tarif conventionnel en vigueur depuis le 1er mai 2017 en application de la convention médicale du 25 août 2016.

⁴⁵⁹ Les 7,95€ de reste à charge n'incluent pas le forfait de deux euros à la charge de l'assuré.

⁴⁶⁰ Le taux de majoration du ticket modérateur est fixé par l'UNCAM dans une fourchette réglementaire fixée à l'article R. 162-5-3 al 5 et R. 160-6 du Code de la sécurité sociale.

honoraires sont libres en secteur 2⁴⁶¹. Avec un taux de remboursement de 30%, l'assuré se verra rembourser seulement 5,90€ et le reste de la somme restera à sa charge sans intervention possible de l'assurance complémentaire santé s'il s'agit d'un contrat responsable et solidaire⁴⁶². Pour préserver l'utilité du reste à charge, les assurances complémentaires ont été associées au dispositif avec la création des « contrats responsables et solidaires »⁴⁶³. Définis à l'article L. 871-1 du Code de la Sécurité sociale, ceux-ci ne couvrent pas certains restes à charge, comme le ticket modérateur majoré en cas de consultation d'un médecin spécialisé sans adressage préalable du médecin traitant⁴⁶⁴. Pour favoriser le développement de ces contrats, le législateur a octroyé des exonérations fiscales et sociales⁴⁶⁵. L'employeur voit sa participation au financement de la couverture santé collective exonérée de charges sociales et le taux de la taxe sur les conventions d'assurance est réduit. Les salariés assurés sont eux aussi incités à souscrire à ce type de contrat grâce à la déduction de leur cotisation sur le revenu imposable, mais seulement pour les contrats responsables à caractère collectif et obligatoire.

⁴⁶¹ Pour plus d'exemples selon les différents niveaux tarifaires issus de la convention médicale, v. : Rubrique consultation en métropole : prise en charge *in* <https://www.ameli.fr> ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 319, n°287.

⁴⁶² Le taux de majoration est fixé par décret après avis de l'UNCNAM. V. : CSS, art. R. 160- 21.

⁴⁶³ L'article 57-1 de la loi du 13 août 2004 introduit un titre septième dans le livre VIII du Code de la sécurité sociale intitulé « Allocations aux personnes âgées – Allocation aux adultes handicapés – Allocation de logement sociale- Aides à l'emploi pour la garde des jeunes enfants – Aide aux collectivités et organismes logeant à titre temporaire des personnes défavorisées ou gérant des aides d'accueil des gens du voyage – Protection complémentaire en matière de santé ». Les règles spécifiques de prise en charge des frais de santé ont été complétées par le décret n°2005-1226 du 29 sept. 2005 relatif au contenu des dispositifs d'assurance maladie complémentaire bénéficiant d'une aide et modifiant le Code de la sécurité sociale. Pour approfondir le sujet des contrats responsables et solidaires, v. : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 1312, n°1270; I. VACARIE, A. ALLOUACHE, A-S GINON, Y. FERKANE et S. LEROY, « Crise de l'État-providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2008, p. 1103.

⁴⁶⁴ L'article L. 871-1 du Code de la sécurité sociale fait référence à l'hypothèse visée à l'article L. 162-5 18° du même Code.

⁴⁶⁵ CGI, art 83,1° Quater ; CSS, art. L. 871-1, art. R. 871-1, R. 871-2 et L. 242-1.

2- Le dossier médical personnel

144. Un dossier électronique global – Dès les années 1980, l'idée d'un dossier patient informatisé apparaît en France, sans être clairement nommée⁴⁶⁶. Des associations de patients, relayées par des professionnels de santé, réclament la mise en place de dossiers médicaux pour améliorer la qualité de la prise en charge et des soins⁴⁶⁷. Alors que germe l'idée d'un dossier patient et l'accès à son contenu par le patient, sur le plan pratique, l'informatisation des hôpitaux est réalisée en France par la circulaire n°16 du 18 novembre 1982 qui prévoit une mise en place de nombreux systèmes d'information de santé, aux fonctionnalités différentes et traitant divers dossiers médicaux⁴⁶⁸. Se multiplient les supports, comme les dossiers de santé alimentés par le médecin et centrés sur sa spécialité médicale, les dossiers hospitaliers, les dossiers des réseaux de santé, ou encore le dossier numérique dressant les données de remboursements tirés de la carte Sesam vitale 2⁴⁶⁹. Toutefois, ces dossiers ne sont pas interopérables et répondent chacun à une problématique différente. Dans sa démarche de modernisation du système de santé, la loi du 13 août 2004, en son article

⁴⁶⁶ Le DMP est le successeur du carnet de santé institué par un décret du 2 mai 1939. En 1994, Yves Saint-Jours proposait de faire jouer au carnet de santé un rôle préventif, en permettant de coordonner le suivi médical. V. : D. TRUCHET, « Quelques problèmes juridiques posés par le carnet de santé », *Dr. soc.* 1997, p. 56 ; A. MONNIER, *Le Dossier Médical personnel : histoire, encadrement juridique et perspectives*, RDSS 2009, p. 625. ; M. FIESCHI, *Vers le dossier médical personnel*, *Dr. soc.* 2005, p. 80 ; www.dmp.fr.

⁴⁶⁷ M. FIESCHI, « Vers le dossier médical personnel, Les données du patient partagées un atout à ne pas gâcher pour faire évoluer le système de santé », *Dr. soc.* 2005, p. 80.

⁴⁶⁸ Circulaire n°16 du 18 novembre 1982 supprimée et remplacée par la circulaire n°275 du 6 janvier 1989 relative à l'informatisation des hôpitaux publics pour accélérer cette transition numérique.

⁴⁶⁹ Le « dossier santé » alimenté par le médecin, comporte uniquement des données médicales et ne sont pas partagées par le professionnel de santé, qui est le seul à gérer les droits d'accès à celui-ci. Ce dossier est singulièrement différent du dossier hospitalier qui contient des données médicales, mais aussi financières et qui a pour but d'être partagé par l'ensemble de l'échelle de l'établissement, à la différence des dossiers patients créés par les réseaux de santé, qui sont partageables à l'échelle de la région. Le dossier médical personnel se distingue davantage des dossiers contenant des données sanitaires et administratives comme le dossier pharmaceutique, ou encore du dossier web médecin qui quant à lui a pour objectif de constituer un historique informatisé des remboursements des actes réalisés à chaque patient. Sur les ancêtres du DMP, v. : S. ODEH, « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les cahiers du numériques* 2016, n°12, p. 31 ; M. FIESCHI, « Vers le dossier médical personnel », *Dr. soc.* 2005, p. 80.

4, instaure le dossier médical personnel (DMP) qui vient réunir l'ensemble de ces dossiers, comme l'indique l'article L. 1111-8 du Code de la santé publique⁴⁷⁰. Il s'agit d'un dossier dématérialisé et partagé entre les professionnels de santé, contenant un ensemble d'informations et de documents de santé utiles à la coordination des soins entre les professionnels de santé. Loin de renier ses fondements, le dossier médical personnel n'a pas pour finalité de remplacer les précédents dossiers médicaux, mais d'assurer un échange d'informations entre les différents acteurs de santé grâce à l'interopérabilité qu'il met en place. Selon une définition générique donnée par la National Alliance for Health Information Technology en 2008, le dossier médical personnel est un dossier électronique d'information relatif à la santé d'un patient, compatible avec les standards d'interopérabilité reconnus nationalement et qui peut être extrait de sources multiples⁴⁷¹. Il centralise alors un certain nombre de dossiers déjà créés, de manière à constituer un outil rendant effective une prise en charge sanitaire globale tournée vers le patient, et non ponctuelle ou spécifique. Chaque médecin prenant en charge un patient peut consulter et alimenter le dossier médical personnel, s'il y a été autorisé par ce dernier. Parmi ces professionnels de santé, le médecin traitant joue un rôle primordial dans la tenue du DMP dans la mesure où il assure une transmission exacte du parcours de soins dans le dossier médical de son patient.

⁴⁷⁰ M. FIESCHI, « Vers le dossier médical personnel, Les données du patient partagées un atout à ne pas gâcher pour faire évoluer le système de santé », *Dr. soc.* 2005, p. 80 ; A. MONNIER, « Le dossier médical personnel : histoire, encadrement juridique et perspectives », *RDSS* 2009, p. 625 ; V. MESLI, « La transmission d'informations via le dossier médical personnel : quel partage de données médicales ? », *RGDM* 2014 ; S. ODEH, « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les Cahiers du numérique* 2016, vol. 12, p. 31 ; X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2007, p. 87.

⁴⁷¹ S. ODEH, « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les Cahiers du numérique* 2016, vol. 12, p. 31. La National Alliance for Health Information Technology, (Alliance nationale pour les technologies de l'information sanitaire) a été créée en 2002 dans le but de promouvoir l'utilisation de l'informatique dans le domaine de la santé. Ses membres étaient des fournisseurs de soins de santé, des payeurs, des sociétés pharmaceutiques et d'autres organisations de l'industrie. Ce groupe privé a cessé ses activités en 2009, *in* <https://searchhealthit.techtarget.com/definition/National-Alliance-for-Health-Information>.

Le dossier médical personnel (DMP) poursuit la même finalité que le parcours de soins coordonné : il cherche à assurer une prise en charge globale et continue des soins⁴⁷². Selon l'article L. 1111-14 du Code de la santé publique, le DMP a été mis en place « *afin de favoriser la coordination, la qualité et la continuité des soins, gages d'un bon niveau de santé [...]* »⁴⁷³. Le rapport de l'OCDE « *Vers des systèmes de santé plus performants* », adressé aux ministres de la Santé en 2004, démontre que, dans l'ensemble des pays où des systèmes de traitement de l'information ont été mis en place, un impact positif a pu être relevé sur la qualité des soins⁴⁷⁴. En Angleterre, l'utilisation du dossier informatisé de santé a permis de réduire de 30% les hospitalisations⁴⁷⁵. De fait, l'exploitation d'un tel dossier médical joint à un outil d'aide à la décision réduit le risque d'erreurs médicales et de prescriptions sans effet thérapeutique. L'enjeu est aussi économique. Comme il a été vu précédemment, l'efficacité thérapeutique permet de rationaliser les dépenses de santé. Ainsi, la coordination des soins permise par le DMP doit réduire les interactions médicamenteuses et les doubles consultations, qui représentaient environ 15% des dépenses de Santé en 2004⁴⁷⁶. Les économies attendues lors de l'adoption du DMP étaient de 3,5 milliards d'euros⁴⁷⁷.

145. La tentative d'une incitation financière au profit de l'assuré social – Afin d'assurer le respect de la vie privée et la protection des données personnelles, consacrés comme des droits fondamentaux par la loi du 4 mars 2002, le contrôle des informations de santé est passé de la main du professionnel de santé au

⁴⁷² D. TABUTEAU, « La politique de santé, des lois d'août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 595 ; A. MONNIER, « Le Dossier Médical, Personnel : histoire, encadrement, juridique et perspectives », *RDSS* 2009, p. 625.

⁴⁷³ Cette rédaction est celle de l'ancien article L. 161 – 36-1 du Code de la sécurité sociale qui a été transféré par la loi n° 2009 -879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires dans le Code de la santé publique à l'article L. 1111-14 du Code de la santé publique.

⁴⁷⁴ S. ODEH, « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les Cahiers du numérique* 2016, vol. 12, p. 31.

⁴⁷⁵ T. TAURAN et S. CENTONZE, « La réforme de l'assurance maladie par la loi n°2004-810 du 13 août 2004, *Travail et protection sociale* 2003, n°12, étude n°22, p. 91.

⁴⁷⁶ M. FIESCHI, « Vers le dossier médical personnel », *Dr. soc.* 2005, p. 80.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

patient qui décide de la création, de la consultation et de l'alimentation de son dossier. De surcroît, chacune de ces autorisations est autonome. Le patient autorise chaque professionnel de santé et autorise l'inscription de chaque donnée de santé. Le patient peut refuser qu'une donnée soit inscrite dans son dossier. Enfin, il peut en consulter le contenu à tout moment via un portail accessible par Internet, tout comme la liste des professionnels de santé qui l'ont consulté et complété⁴⁷⁸. Le patient peut occulter certaines informations aux yeux des professionnels de santé de son choix, faisant du DMP un outil à géométrie variable dont la performance et l'utilité pour le système de santé dépendent de chaque individu⁴⁷⁹. Les effets positifs sur le plan thérapeutique et économique sont conditionnés par l'autorisation du patient qui, désormais, contrôle son DMP à toutes les étapes du processus⁴⁸⁰. C'est pourquoi la loi du 4 mars 2002 avait prévu un dispositif financier pour inciter l'assuré social à ouvrir et alimenter son DMP en faveur de l'efficience du système de santé. L'article L.161-36-2 alinéa 2 ancien du Code de la Sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi du 13 août 2004, précisait que le niveau de prise en charge des actes et prestations de soins prévu à l'article L. 322-2 était subordonné à l'autorisation que donne le patient, lors de chaque consultation ou hospitalisation, aux professionnels de santé auxquels il a recours, d'accéder à son dossier médical personnel et de le compléter⁴⁸¹. Le professionnel de santé était tenu d'indiquer lors de l'établissement des documents nécessaires au remboursement ou à la prise en charge, s'il avait été en mesure d'accéder au dossier. Toutefois, cette mesure, qui devait être applicable dès le 1^{er} juillet 2017, n'a jamais vu le jour et l'article L. 161-36-2 a été abrogé par la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

⁴⁷⁸ Ce dossier est consultable par les seuls médecins conventionnés.

⁴⁷⁹ L. MORLET-HAÏDARA, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658.

⁴⁸⁰ S. ODEH, « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les Cahiers du numérique* 2016, vol. 12, p. 31 ; A. MONNIER, « Le Dossier Médical personnel : histoire, encadrement juridique et perspectives », *RDSS* 2009, p. 625. Il convient de préciser que le consentement portait aussi sur l'hébergement des données de santé sachant que l'hébergeur devrait être agréé par l'Asip-santé.

⁴⁸¹ M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

§2. La distinction avec le mécanisme de responsabilité

146. Plan – À la différence de la responsabilité, la responsabilisation de l'individu dans le recours au système de santé poursuit une finalité uniquement morale (A) et emprunte la voie de l'incitation financière plutôt que celle de la sanction (B).

A- Une finalité morale

147. Protéger les ressources collectives – L'article L. 111-2-1 du Code de la Sécurité sociale bien qu'affirmant l'attachement de la Nation au caractère universel et solidaire de la prise en charge des frais de santé assurée, apporte une nuance : « *Chacun contribue, pour sa part, au bon usage des ressources consacrées par la Nation à l'assurance maladie* ». L'assuré social doit contribuer au bon usage des fonds de l'assurance maladie pour pérenniser le système collectif⁴⁸². Dès 1945, le Conseil national de la résistance alertait sur la nécessité de faire prendre conscience aux individus de faire un usage pertinent des ressources de l'assurance maladie dont les ressources ne constituent pas une manne inépuisable. C'est dans cette perspective et sur ce fondement que le législateur a développé la responsabilisation des assurés sociaux. Le législateur souhaite que l'individu prenne conscience de l'état financier de l'assurance maladie et de l'influence que son comportement peut avoir sur celui-ci, de sorte à adopter une attitude responsable dans son recours au système de santé. Cela signifie que l'individu doit recourir au système de santé quand cela est nécessaire et non de manière superfétatoire, autrement les finances de ce système pourraient être dégradées au point que la solidarité et la qualité du système de santé français soient remises en cause. Le remboursement automatique des prestations médicales en nature

⁴⁸² Selon l'IGAS, « *notre système de protection sociale entend apporter la plus grande protection possible à chaque assuré face au risque entraîné par la maladie. Dans ces conditions, il peut paraître logique qu'en contrepartie chaque assuré adopte un comportement qui n'accroît pas inutilement la charge qui pèse sur la solidarité collective. Le patient pourrait donc être appelé à faire preuve de responsabilité, s'il entend par ailleurs bénéficier pleinement de l'effort de solidarité fait par la collectivité en faveur de la santé de chacun* », in D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), Dalloz, 2016, p. 233, spé. p. 247.

ne doit pas être un facteur de consommation irréfléchie du système de soins. La généralisation du tiers-payant, en les dispensant d'avance de frais, est perçue comme déresponsabilisant les individus à l'égard des ressources de l'assurance maladie⁴⁸³. La responsabilisation cherche ainsi à lutter contre, ce que les économistes nomment, l'aléa moral. Il peut être défini comme le risque de comportement insouciant ou imprévoyant de l'individu dans son recours au système de santé, généré par une prise en charge collective et automatique de ses frais de santé⁴⁸⁴. Ainsi, l'aversion au risque diminue et favorise l'émergence de comportements insoucians que les individus n'auraient pas adoptés s'ils avaient dû en supporter seuls les conséquences financières. Le devoir de modération vise à limiter les conséquences de cet aléa moral. La responsabilisation cherche donc à influencer la perception du système de santé et de ses ressources par l'individu, au travers de diverses mesures que Didier Tabuteau regroupe sous le devoir de modération.

148. La coloration morale de la modération recherchée par la responsabilisation – La responsabilisation poursuit une finalité uniquement morale, contrairement aux responsabilités pénale et civile qui poursuivent des finalités principalement punitive et indemnitaire, quand bien même leur dimension morale est

⁴⁸³ Le rapport sur les orientations de la politique de santé et l'équilibre financier qui accompagne le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2003. Ce rapport pointe la grande liberté dont bénéficient les individus dans leur usage du système de soins. Rapport sur les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier, annexe du projet de loi de financement de la Sécurité sociale pur 2003, Ass. nat., n°250, 9 oct. 2002 p. 66-67 ; Proposition de loi visant à responsabiliser les assurés sociaux sur leurs dépenses personnelles de santé et à les informer sur les budgets des établissements publics de santé, Ass. nat., n°1193, 4 nov. 2003.

⁴⁸⁴ P-L BRAS, « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. soc.* 2004, p. 645 ; P. BATIFOULIER, « De la responsabilité individuelle aux priorités collectives. Une analyse institutionnaliste des politiques de la demande en santé », *Ethique et économique* 2012, n°9, p. 25.

indéniable⁴⁸⁵. La responsabilisation incite les individus à adopter un comportement vertueux et, plus spécifiquement au sein de l'assurance maladie, elle cherche à influencer la perception qu'ont les assurés sociaux du système de santé et de ses ressources afin qu'ils fassent preuve de modération. La modération désigne un comportement éloigné de tout excès, qui fait preuve de pondération⁴⁸⁶. Elle fait écho au standard juridique du raisonnable qui désigne la « mesure normale ». Le critère du raisonnable renvoie à l'attitude générale, dans la norme statistique, de tout individu placé dans une situation déterminée⁴⁸⁷. Mais il renvoie ici plus exactement à une normalité souhaitée, guidée. Il existe donc une distinction entre le raisonnable de conformité et le raisonnable de modulation qui correspond au standard juridique abandonné du « bon père de famille »⁴⁸⁸. Cette référence est utilisée pour qualifier un comportement jugé

⁴⁸⁵ Sur la fonction répressive et éducative de la responsabilité pénale, v. notamment : E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 7^e éd., 2024, p. 8, n°14 et p. 38, n°56 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 28^e éd., 2023, p. 529 et s. et p.587 ; p. 439 et s. ; J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 10^e éd., 2024, p. 69 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, éd. Cujas, coll. « Référence », 22^e éd., 2019, p. 552 et s. ; E. BONIS et V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, 4^e éd., 2023, p. 228 et s. . Sur la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, v. : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t.4, PUF, 1^{ère} éd., 1956, p. 26 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n°14 et s. ; R. SAVATIER, *Des effets et des sanctions du devoir moral*, Thèse, Université de Poitiers, 1916. Le principe de réparation intégrale empêche toute allocation pécuniaire supplémentaire pour sanctionner une faute morale, mais une partie de la doctrine française milite aujourd'hui pour la transposition du modèle anglo-saxons des dommages et intérêts punitifs., v. : B. STARCK, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, 1947 ; S. CARVAL, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, (Préface G. Viney), LGDJ, 1995 ; S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », RCA hors-série juin 2001, p. 68 ; G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, Colloque, LPA n° spécial nov. 2002.

⁴⁸⁶ L'expression de modération est reprise à Didier Tabuteau qui l'emploie in « Santé et devoirs sociaux », *RDSS* 2009, p. 42. Toutefois, l'étude ne partage par le champ d'application de cette étude. Tabuteau identifie un devoir de modération dans les mesures de contrôle de caisses, or il s'agit de mesures destinées à engager ou non la responsabilité de l'assuré social (v. *supra* n°119). L'auteur cite aussi l'entente préalable comme traduction du devoir de modération, or il s'agit d'un devoir à la charge du médecin et non de l'assuré social, (v. *infra* n°217).

⁴⁸⁷ C. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit » : *Arch. Phil. Dr.*, t. XXIII, 1978, p. 35 et s. ; G. KHAIRALLAH, « Le « raisonnable » en droit privé français développements récents », *RTD civ.* 1984, p. 439.

⁴⁸⁸ La notion du bon père de famille a disparu avec la loi du 5 août 2014 relative à l'égalité hommes-femmes et se trouve remplacée par la notion de « raisonnable ». V. : G. VINEY et J. GHESTIN (sous la dir.), *Les obligations. La responsabilité : conditions*, *Traité de droit civil*, Economica, 1982, n°462 et s. ; N. DEJEAN de LA BATIE, « *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français* », *Revue internationale de droit comparé* 1966, n°1 vol. 18, p. 293.

souhaitable de la part des sujets de droit, sans que leur soient attribuées des qualités supérieures à celles qui sont généralement requises dans un milieu social déterminé. C'est dans cette logique que s'inscrit le devoir de modération qui invite l'individu à faire davantage preuve de calcul et d'anticipation lors de son recours au système de soins. Il s'agit là d'un idéal moral vers lequel il convient de tendre sans que la nécessité sociale n'en fasse une obligation juridique. La responsabilisation cherche à lutter contre ce que les économistes appellent l'aléa moral, à savoir le risque d'un comportement insouciant ou imprévoyant de l'individu dans son recours au système de santé ⁴⁸⁹. Avec la prise en charge collective et automatique des frais de santé, ainsi que la dispense de frais due au tiers-payant, l'aversion au risque diminue, favorisant l'émergence de comportements insouciantes que les individus n'auraient pas adoptés s'ils avaient dû en supporter seuls les conséquences financières⁴⁹⁰. L'aléa moral doit disparaître au profit d'un acteur plus rationnel et éclairé par la mise en place d'un devoir de modération, selon l'expression de Didier Tabuteau⁴⁹¹. Cependant, la modération ne doit pas être confondue avec un devoir d'économie. La responsabilisation ne cherche pas à réduire la consommation des individus, mais à maîtriser les dépenses de santé pour qu'elles soient justifiées et utiles. L'individu doit recourir au système de santé quand cela est nécessaire et non de manière superfétatoire. La responsabilisation cherche à orienter les individus vers un comportement vertueux, socialement préférable, non à sanctionner une faute, à la différence de la notion d'abus de droit.

⁴⁸⁹ P-L BRAS, « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. soc.* 2004, p. 645 ; P. BATIFOULIER, « De la responsabilité individuelle aux priorités collectives. Une analyse institutionnaliste des politiques de la demande en santé », *Ethique et économique* 2012, n°9, p. 25.

⁴⁹⁰ Proposition de loi visant à responsabiliser les assurés sociaux sur leurs dépenses personnelles de santé et à les informer sur les budgets des établissements publics de santé, Ass. nat., n°1193, 4 nov. 2003 ; Rapport sur les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier, annexe du projet de loi de financement de la Sécurité sociale pur 2003, Ass. nat., n°250, 9 oct. 2002 p. 66-67. Ce rapport pointe la grande liberté dont bénéficient les individus dans leur usage du système de soins.

⁴⁹¹ D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », *RDSS* 2009, p. 42 ; R. LAFORE, « Ajuster ou réinventer la protection sociale : la place de l'individu », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 349.

149. La distinction entre modération et abus de droit – Responsabiliser une personne, « c'est lui faire prendre conscience de la nécessité d'utiliser les droits qui lui sont accordés avec discernement, autrement dit sans abus »⁴⁹². Cette définition pourrait conduire à penser que le devoir de modération constitue une transposition de la théorie de l'abus de droit dans la Sécurité sociale. Il n'en est rien. L'abus évoqué ici est celui du langage courant et en aucun cas celui qui engage la responsabilité civile de son auteur. L'abus de droit désigne une situation dans laquelle une personne use légalement de son droit subjectif tout en dépassant sa finalité. Le droit est « mal utilisé », sans pour autant que ses limites légales soient dépassées⁴⁹³. Il peut s'agir d'une fraude en cas de tromperie ou falsification de la réalité afin de contourner l'application d'une loi et obtenir un avantage indu⁴⁹⁴. Mais l'abus de droit est aussi caractérisé lorsque le droit est exercé à des fins antisociales pour nuire à autrui ou sans égard pour autrui⁴⁹⁵. « *Les droits ne peuvent être utilisés qu'en vue de certains buts, de certaines fins. C'est la fin qui justifie l'emploi des moyens. Mais les moyens n'immunisent pas la fin en vue de laquelle ils sont utilisés* »⁴⁹⁶. Le droit serait utilisé de manière abusive lorsqu'il sert un but antisocial. Dans la conception finaliste de Josserand, l'abus de droit dépend des

⁴⁹² A. LAUDE, « Le patient entre la responsabilité et la responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n°41, p. 79 ; M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

⁴⁹³ A. SERIAUX, « Abus de droit », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 2 ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365 ; « Abus de droit », in L. CADIER et PH. LE TOURNEAU, *Rép. Civ.*, Dalloz 2017, n°19-31 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité- Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927, p. 292, 341 et 348 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 1931 ; H et L MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 1965.

⁴⁹⁴ Tout détournement du droit subjectif de sa finalité est nécessairement une fraude à la loi et par conséquent un abus de droit. La fraude constitue un abus de droit, mais tout abus de droit n'est pas assimilable à la fraude.

⁴⁹⁵ Seuls les droits subjectifs peuvent faire l'objet d'un abus de droit. Un droit subjectif est un droit qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son intérêt ou celui d'autrui. V. : D. GUTMANN, « Droits subjectifs », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 529 ; J. ROCHFLED, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 1^{ère} éd., 2011, p. 150 et s. ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002 (rééd. 1948).

⁴⁹⁶ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité- Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927, p. 341.

droits, de leur finalité et de leur esprit⁴⁹⁷. À l'inverse, selon la conception individualiste de Ripert, l'abus requiert l'intention de nuire⁴⁹⁸. La jurisprudence, qui n'est pas uniforme, ne permet pas de trancher ce débat doctrinal. Se référant parfois à l'intention de nuire, comme en matière immobilière⁴⁹⁹, le juge se réfère aussi au détournement de la fonction du droit⁵⁰⁰, à l'anormalité du comportement ou encore à la simple mauvaise foi⁵⁰¹.

Néanmoins, quelle que soit l'acception doctrinale adoptée, aucun abus de droit ne peut être caractérisé dans le recours au système de santé. En premier lieu, le détournement du droit de sa finalité ne peut jamais être qualifié. L'accès à la santé constitue un droit fondamental réalisé au travers d'un système de Sécurité sociale. Recourir au système de santé, même de manière frénétique, ne peut détourner la finalité de ce droit qui est justement de donner accès à la santé. De surcroît, l'ampleur de la notion de santé, que l'OMS définit comme un *état de complet bien-être*, est antinomique avec l'idée d'abus de droit d'accès au système de santé. Le devoir de modération ne cherche pas à limiter ou réduire la consommation des assurés sociaux, mais à éviter un usage irrationnel du système de santé, à lutter contre l'aléa moral. En second lieu, lorsqu'un assuré recourt de manière immodérée au système de santé, l'intention de nuire ne peut être qualifiée. Ce comportement ne suffit pas à mettre en péril les finances de l'assurance maladie. De plus, sont en jeu les finances publiques et donc l'intérêt collectif, non un rapport

⁴⁹⁷ Pour les droits-pouvoirs d'esprit égoïste comme le droit de propriété, l'intention de nuire est requise, tandis que l'intention égoïste suffit à qualifier un abus de droit quand c'est un droit-fonction d'esprit altruiste. Jossierand fait le lien entre les deux critères en prenant la notion de motif légitime. En ce sens, v. : L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité- Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927, p. 292, 341 et 348 ; « Abus de droit » in L. CADIER et PH. LE TOURNEAU, *Rép. Civ.* Dalloz, 2017, n°19-31.

⁴⁹⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949 ; « Abus de droit » in L. CADIER et PH. LE TOURNEAU, *Rép. Civ.* Dalloz, 2017, n°19-31.

⁴⁹⁹ Req. 3 août 1915, arrêt Clément Bayard, D. 1917, 1, 79 ; GAJC, n°62 obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE Clément Bayard.

⁵⁰⁰ En matière de conflits d'intérêts dans le droit des sociétés concernant l'abus de majorité, v. : Com. 18 avr. 1961, D. 1961. 661 ; S. 1961. 257, note DALSACE ; JCP 1961. II. 12164, note D. B.

⁵⁰¹ En matière contractuelle, v. notamment : Civ 1ère, 6 janv. 1998, JCP 1998. II. 10066, note B. FAGES, DEFRENOIS 1998, p. 743, obs. D. MAZEAUD ; Com., 22 fev 1994, B IV, n°79, *RTD civ.* 1994, p. 849, obs. J. MESTRE (prolonger une négociation dont on sait qu'elle ne peut aboutir) ; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

individuel. C'est à ce titre qu'il convient de parler d'un devoir de modération et non d'une obligation. L'abus de droit et le devoir de modération constituent bien des notions qui tendent toutes deux à préserver les finances de l'assurance maladie, mais n'en demeurent pas moins distinctes. L'une est juridique, l'autre est morale.

150. Absence d'obligation stricto sensu – La responsabilisation tend à assurer le respect d'un devoir et non d'une obligation civile⁵⁰². Sans susciter l'unanimité, plusieurs critères ont été proposés par la doctrine pour distinguer obligation et devoir⁵⁰³. Le critère couramment invoqué réside dans la nature morale et philosophique du devoir, longtemps délaissé à ce titre par le droit. Cette coloration morale peut expliquer la nature morale de la responsabilisation, mais le droit civil est aussi vecteur de morale, comme le montre la responsabilité pour faute⁵⁰⁴. Celui qui cause consciemment par sa faute un dommage à autrui est tenu d'en assurer la réparation. Ce

⁵⁰² P-M. DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 1342 ; D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 233 ; M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

⁵⁰³ En ce sens, v. : N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2017. Même si cette théorie ne sera pas développée, doit être mentionnée la théorie selon laquelle le devoir serait d'origine uniquement légale alors que l'obligation trouverait sa source dans le contrat, le délit, le quasi-contrat, le quasi-délit et la loi. La distinction selon laquelle le devoir serait d'origine légale tandis que l'obligation serait contractuelle, à l'image du droit suisse et québécois, est à écarter en droit français. Il existe bien des obligations en dehors du contrat ; Pour plus de précisions en ce sens, v. : N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 32.

⁵⁰⁴ F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 16^e éd, 2024, p.86, n°65 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n°14 et s. ; R. SAVATIER, *Des effets et des sanctions du devoir moral*, Thèse, Université de Poitiers, 1916 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t.4, PUF, 1^{re} éd., 1956, p. 26 ; N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2017, p. 28 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.*, 1998, p. 6 ; M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, p. 4. Au-delà de cette doctrine classique, une partie de la doctrine française milite aujourd'hui pour la transposition du modèle anglo-saxons des dommages et intérêts punitifs., v. : B. STARCK, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, 1947 ; S. CARVAL, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, (Préface G. Viney), 1995 ; S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *RCA hors-série* juin 2001, p. 68 ; G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, Colloque, LPA n° spécial nov. 2002.

mouvement s'accroît aujourd'hui avec l'essor de la responsabilité sociale des entreprises⁵⁰⁵. Pourtant, la responsabilisation repose bien sur un devoir et non une obligation. L'étymologie du terme obligation est « *ob* », qui signifie de *façon étroite*, et « *ligare* » qui se traduit par *lier*⁵⁰⁶. L'obligation est caractérisée, selon le doyen Carbonnier, par le *vinculum juris* c'est-à-dire le lien de droit qu'elle établit entre plusieurs personnes et plus spécifiquement entre plusieurs patrimoines⁵⁰⁷. L'obligation se définit comme un lien de droit en vertu duquel le créancier peut exiger du débiteur qu'il accomplisse une prestation en sa faveur⁵⁰⁸. À l'inverse, le devoir s'appliquerait à tous sans lien de droit corrélatif. Le devoir désigne, selon le « Vocabulaire juridique », « des obligations préétablies que la loi impose, non envers une personne déterminée, mais d'une manière générale, soit à une personne en raison de ses fonctions ou de sa profession soit à tout homme envers ses semblables »⁵⁰⁹. La distinction tient donc au

⁵⁰⁵ V. G. PEVTCHIN, « Les Codes de bon comportement, notamment dans la gestion des sociétés multinationales », in *L'hypothèse du non-droit*, Séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'université de Liège, 1978, p. 43 et s.

⁵⁰⁶ P. MALAURIE, « Obligations », in D. ALLAND ET S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 1097 ; V. Obligation in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Assoc. Henri Capitant ; J. FRANCOIS (sous la dir. de C. LARROUMET), *Traité de droit civil, Les obligations régime général*, t.4, Economica, 4^e éd., 2017, p. 1 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation privé*, th. Université François Rabelais, (Préface F. LEDUC), Dalloz 2012 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2019, p. 1.

⁵⁰⁷ Sur les origines historiques de la notion d'obligation, v. : J. GAUDEMET, « Naissance d'une obligation juridique. Les débuts de l'obligation » dans le droit de la Rome antique » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz 2000, t. t. LXII, p. 33 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 13^e éd., 2024, p. 15 ; J-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 1^{ère} éd., 2002, n°440. Une partie de la doctrine se fonde sur cette conception pour s'opposer à la contractualisation des comportements qui existent en dehors du contrat. En ce sens v. : T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t.7, Paris, Librairie Cotillon, 1894 ; DEMOLOMBE *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.1. Année ?? ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t.4., Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », rééd. 2004, p. 26. Contra v. : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1986, t.1, n°2158.

⁵⁰⁸ Sur la définition de l'obligation, v. : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Th. Université François Rabelais, (Préface F. LEDUC), Dalloz 2012 ; J. FRANCOIS (sous la dir. De F. LARROUMET) *Les obligations Régime Général*, 4^e éd., Economica, 2017, p. 1.

⁵⁰⁹ « Devoir », in G. CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^e éd., 2020, p. 341 ; Y. PICOD, *Répertoire de droit civil. Obligations*, Dalloz, 2017, n°16 à 32 ; F. TERRE, « L'obligation » : *Arch. phil. Dr.*, Dalloz, 2000, t. XLIV, p. 19.

lien juridique créé⁵¹⁰. Carbonnier prend l'exemple du devoir qu'ont les parents de surveiller l'enfant mineur qui habite avec eux. Ce devoir est établi dans l'intérêt de tous et il ne s'agit d'une obligation que si ce devoir est violé et qu'il en résulte un dommage pour une personne. Une obligation véritable naîtra alors, celle de réparer le dommage. Selon le doyen Carbonnier, « *dans toute obligation il y a un devoir, mais tout devoir n'est pas une obligation* »⁵¹¹. Le devoir possède une coloration morale et s'adresse à chacun, car il régit le rapport des individus avec la collectivité.

151. L'absence de *vinculum juris* avec la collectivité – Le *vinculum juris* évoqué par Carbonnier ne peut être identifié dans le devoir de modération, car aucun rapport patrimonial ne peut être établi. Ce devoir ne s'impose pas dans le cadre de la relation que l'individu entretient avec sa caisse d'assurance maladie, mais dans la relation de chacun avec la collectivité. « *En matière individuelle, les devoirs sont ceux*

⁵¹⁰ Deux théories de distinction doivent être réfutées. La première distingue le devoir qui serait le genre et l'obligation l'espèce, c'est-à-dire une norme précise qui concrétiserait la finalité morale poursuivie par le devoir. Telle est la position de Madame Marion Girer, qui prend pour exemple la consultation préalable du médecin traitant et l'ouverture du dossier médical personnel qui constituent des prestations suffisamment précises et qui présentent un intérêt financier pour la caisse d'assurance maladie permettant de les qualifier d'obligations. V. : M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45. La seconde théorie est la conception dualiste proposée par l'allemand Brinz en 1874 qui distingue le lien et le bien qui composent l'obligation. Le bien constitue le *Schuld*, soit le devoir du débiteur d'accomplir une prestation, tandis que le lien, *Haftung*, constitue le pouvoir de contrainte. Selon la conception dualiste, il s'agit de deux composantes autonomes qui peuvent être dissociées. Par exemple, l'obligation naturelle comporterait le devoir, mais pas le pouvoir de contrainte. Néanmoins, cette conception dualiste ne s'est jamais imposée en droit français qui retient une conception moniste selon laquelle le *debitum* et l'*obligatio* sont confondus dans l'obligation. Il ne peut y avoir de contrainte sans dette et de dette sans contrainte. L'obligation, même naturelle, comporte un pouvoir de contrainte. Sur la conception allemande de l'obligation v. : J- PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2002, p. 644 ; C. KRAMPE, « Obligation comme bien. Droit français et allemand » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 2000, t. XLIV, p. 205 ; MAILLET, *La théorie du Schuld et du Haftung en droit romain*, thèse Aix, 1944. Sur le refus de la théorie dualiste, v. : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 23 et 237.

⁵¹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », rééd., 2004, p. 1920.

*de tout citoyen, ils existent dès lors que l'on fréquente une structure collective »*⁵¹². Le devoir de modération a pour objectif de préserver les finances de la Sécurité sociale tout en assurant le droit fondamental de chacun d'accéder à la santé. Le devoir de modération n'est pas personnel au débiteur ; il présente un intérêt utile pour la collectivité dans son ensemble et non pour la caisse d'assurance maladie⁵¹³. Il n'y a donc pas de corrélation entre le devoir imposé à l'assuré social et un quelconque intérêt protégé. Il est plus aisé d'identifier des obligations issues de la relation que le patient entretient avec une personne, physique ou morale, elle-même identifiée ou identifiable⁵¹⁴. Peut être identifiée l'obligation de paiement à la charge du patient à l'égard de son médecin en échange des soins prodigués, ou encore l'obligation de cotisation de l'assuré social envers la caisse d'assurance maladie qui a pour contrepartie le versement de prestations en nature ou en espèces lorsque le risque social se réalise⁵¹⁵. Cette réciprocité d'obligations établit un lien entre le patrimoine et l'assuré et celui de la caisse d'assurance maladie, car les CPAM, bien qu'assurant une mission de service public, sont des personnes de droit privé disposant d'un patrimoine. Parce qu'elles disposent de ce patrimoine et qu'elles sont créancières d'une obligation, elles peuvent agir en justice pour en obtenir l'exécution forcée auprès de l'assuré social responsable⁵¹⁶. Comme l'affirme Planiol, l'obligation constitue « *un rapport juridique entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, appelée créancier, a le droit*

⁵¹² Citation d'Etienne Caniard, in A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n°41, p. 79. Léon Bourgeois admet aussi qu'il est impossible de réaliser une stricte réciprocité en la matière, in G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 23.

⁵¹³ Contra, v. : M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

⁵¹⁴ D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », *RDSS* 2009, p. 42 ; M. CORMIER, « » L'obligation de payer », *RGDM* 2003, p. 69 ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n°41, p. 79 ; D. THOUVENIN, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligation », *RGDM* 2004, p. 94 ; M-L MOQUET-ANGER, « Les obligations du patient et l'assurance maladie : les exemples du carnet de santé et du médecin référent », *RGDM* 2003, p. 49.

⁵¹⁵ Le patient est aussi tenu d'une obligation de collaborer, de révéler tous les symptômes de l'affection ainsi que l'ensemble des informations pertinentes pour élaborer le diagnostic. Il doit informer aussi précisément que possible ses antécédents médicaux et familiaux. En cas de violation de cette obligation, il commet une faute qui peut exonérer le médecin de sa responsabilité.

⁵¹⁶ V. *supra* n°125.

*d'exiger un certain fait de l'autre, appelé débiteur »*⁵¹⁷. L'atteinte portée au droit et au patrimoine d'autrui fait naître l'intérêt de l'action en justice et permet au créancier de contraindre le débiteur à s'exécuter, comme le précise l'article 1341 du Code civil⁵¹⁸. À l'inverse, l'absence de *vinculum juris* empêche l'assurance maladie d'obtenir l'exécution forcée du devoir de modération devant les tribunaux. La responsabilité de l'assuré social au titre du devoir de modération ne peut être engagée, ce qui constitue une deuxième caractéristique de la responsabilisation : l'absence de sanction.

B- La distinction entre incitation et sanction

152. Plan – La distinction entre incitation et sanction répond à une distinction théorique (1) et a une qualification juridique reconnue par le Conseil constitutionnel et la jurisprudence administrative (2).

1- Distinction théorique

153. Le critère de la coercition – La distinction entre incitation et sanction tient à la nature coercitive ou non de la mesure. Le terme de sanction vient du latin *sancire* « qui signifie faire que quelque chose devienne réel », « prescrire une peine en garantie de ce qui est établi »⁵¹⁹. Si la sanction ne fait pas l'objet d'une définition

⁵¹⁷ M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, t. I., LGDJ, 1ère éd., 1900, p. 678.

⁵¹⁸ L'article 1341 du Code civil dispose que par l'exécution forcée, le créancier met en œuvre le pouvoir de contrainte dont le lien d'obligation l'investit. Sans dommage subi par autrui la responsabilité civile ne se déclenche pas, à la différence du droit pénal qui réprime les tentatives d'infraction. V. : P. MALAURIE, « Obligations » in D. ALLAND ET S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1ère éd., 2003, p. 1097 ; P-M. DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1342 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 5e éd., 2007, p. 1 et 3 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, t. IV, PUF, 22e éd., 2000, n°7.

⁵¹⁹ L-A BARRIERE, « Propos introductifs », in *La sanction*, (Préface B. Mallet-Bricout), Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 8.

unanime, son caractère coercitif est un élément constant⁵²⁰. Elle désigne « *tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* »⁵²¹. La sanction désigne le pouvoir de contrainte exercé à l'égard des individus, qui perdent ainsi une part de leur liberté, pour assurer le respect de l'obligation primaire ou réprimer sa violation⁵²². La contrainte ne permet pas aux individus d'agir pleinement selon leur volonté, mais les contraint à respecter la règle de droit primaire, qu'elle soit de droit civil ou pénal⁵²³.

Plusieurs auteurs identifient dans la sanction une seconde obligation générée par la violation de la première⁵²⁴. Santo Ramoni, Michel Virally, Hans Kelsen dans son ouvrage la *Théorie générale des normes*, ou encore Léon Duguit distinguent

⁵²⁰ C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. I*, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012, p. 3 et s ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. CH. EISENMANN, Bruylant-LGFJ, 1999, p. 41 ; CH. AUBRY et CH. RAU, *Droit civil français*, t. I., p. 1 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2e éd., 1951, rééd. 2005, p. 32 ; M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, 1976, p. 51 ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Thémis, 1978, p. 200 ; P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 3 et s. L'incitation pourrait être assimilée à la sanction qui dans son acception extensive, désigne tous les moyens de contrainte ou, *lato sensu*, d'incitation qui accompagnent la règle de droit comme les mesures préventives ou encore les sanctions « positives ». Néanmoins, une définition aussi large comprend de manière indifférenciée des éléments très hétérogènes et dilue la notion de sanction au détriment de la distinction entre responsabilisation et responsabilité. En ce sens v. : C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique » in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. I*, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012, p. XXI.

⁵²¹ « Sanction » in G. CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 12e éd., 2018, p. 943 ; L-A BARRIERE, « Propos introductifs », in *La sanction*, (Préface B. Mallet-Bricout), Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 13 ; F. ROUMY, « Les origines romano-germaniques du concept moderne de sanction », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. I*, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012, p. 3 et s.

⁵²² Définition donnée par Marion GIRER in « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, n°39, p. 45.

⁵²³ A. LAQUIEZE, « Sanction » in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 1381 ; S. VAN DER VLIST, *La participation des salariés à la direction de l'entreprise, étude critique*, Thèse de droit, Université Paris II, 2019, p. 196.

⁵²⁴ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1998, p. 69 ; P-M DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 1343 ; R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 69 et p. 327 et s ; C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 199 et s.

l'obligation primaire qui édicte le comportement à tenir et l'obligation secondaire assortie d'une force exécutoire, qui correspond à la sanction. L'obligation primaire tirerait son efficacité de la menace de la mise en œuvre de la seconde obligation⁵²⁵. Cette dernière serait secondaire en ce qu'elle serait implicite dans la norme édictant la sanction, qui est principalement perçue par le citoyen comme une atteinte à ses intérêts⁵²⁶. Léon Duguit opposait les règles de droit normatives et les règles de droit constructives ou techniques⁵²⁷. Les premières imposent à tout homme vivant en société une certaine abstention ou action ; les secondes créent les voies de droit tendant à sanctionner directement ou indirectement les obligations négatives ou positives résultant de la norme et fixent également les conditions sous lesquelles le détenteur de la force peut intervenir. La sanction serait la voie ultime permettant la réalisation du comportement attendu lorsque l'obligation primaire n'est pas exécutée, contrairement à l'incitation⁵²⁸. La sanction permet en droit civil de rétablir le patrimoine lésé par une obligation de faire ou l'allocation de dommages-intérêts⁵²⁹. L'individu est dépossédé de sa liberté pour exécuter l'obligation primaire. Il en est de même en droit pénal quand bien même celui-ci poursuit une finalité punitive plutôt qu'indemnitaire⁵³⁰. À titre d'exemple extrême, la peine d'emprisonnement ôte à l'individu sa liberté pour

⁵²⁵ Il convient de préciser que la forme de la sanction, c'est-à-dire l'obligation secondaire, dépend du contenu et de la finalité de l'obligation primaire.

⁵²⁶ Ici intervient la fonction préventive de la sanction, mais cet effet n'est pas principal, mais incident. V. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, 1979, (trad. par O. Beaud et F. Malkani), PUF, 1996, p. 189, cité in L-A Barrière, « Propos introductifs » in *La sanction*, (Préface B. Mallet-Bricout), Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 16.

⁵²⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t.1., Paris, De Boccard, 3e éd., 1927.

⁵²⁸ A. Laquieze, « Sanction » in D. Alland et S. Rials (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1381.

⁵²⁹ « Sanction » in G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 12^e éd., 2018, p. 943 ; A. Laquieze, « Sanction », in D. Alland et S. Rials (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1381, précise que la sanction « désigne toute mesure, même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation ». La violation de la légalité a été privilégiée par la définition, car la violation d'obligation peut produire des effets qui ne sont pas des sanctions, comme la nullité.

⁵³⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 7^e éd., 2024, p. 8, n°14 et p. 38, n°56 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 28^e éd., 2023, p. 470 et s. ; J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ, 10^e éd., 2024, p. 69 et s. ; J. Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, coll. « Référence », 22^e éd., 2019, p. 552 et s. ; E. Bonis et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 4^e éd., 2023, p. 228 et s.

préserver la société de toute atteinte à l'ordre public. À l'inverse, la responsabilisation dans le cadre de l'assurance maladie ne contraint pas à réaliser une obligation primaire. Comme il a été vu précédemment, aucune équivalence entre la mesure incitative et l'obligation ne peut être caractérisée, car est en jeu le respect d'un devoir dans le rapport que l'assuré social entretient avec la collectivité⁵³¹. La responsabilisation a une coloration morale et encourage l'individu à adopter un comportement socialement préférable en recourant à l'incitation, non à la sanction.

154. Définition de l'incitation – La responsabilisation peut être définie comme une technique législative qui consiste en « *l'instauration de normes d'encouragement à suivre une conduite déterminée, soit par le rattachement à cette conduite de conséquences positives, soit par la mise en œuvre de conditions favorables fonctionnant comme motivation* »⁵³². Deux éléments caractéristiques de l'incitation sont à tirer de cette définition. D'abord, l'incitation vient du latin *incitatio* qui signifie *élan, impulsion*, ce qui signifie qu'elle est tournée vers le futur alors que la sanction est tournée vers le passé, intervenant pour réprimer l'illégalité avérée⁵³³. Elle est destinée à créer des conditions favorables à la modification d'un comportement, sans corrélation avec les notions de dommage et de faute. Il pourrait être objecté que la sanction joue un rôle préventif, dont la crainte conduit les individus à adopter le comportement attendu ; mais celle-ci se concrétise une fois que le dommage est réalisé pour punir ou réparer la violation d'une obligation. Le terme de responsabilité trouve

⁵³¹ V. *supra* n°151.

⁵³² « Incitation » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13e éd., 2020, p. 529 ; A-J ARMAUD (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 294 et s. ; I. VACARIE, A. ALLOUACHE, A-S GINON, Y. FERKANE et S. LEROY, « Crise de l'État-providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2008, p. 1103.

⁵³³ C'est à ce titre que les définitions trop générales de la sanction qui incluent l'incitation doivent être exclues au risque de diluer trop fortement la notion et son utilité qualificative. Certaines mesures interviennent en amont pour assurer le respect de la légalité ou encourager la tenue de comportements vertueux, tandis que d'autres interviennent en aval pour sanctionner l'illégalité avérée. En ce sens, v. C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. I*, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012, p. 3 et s.

sa racine dans le terme latin *respondere*, qui renvoie au fait de se *porter garant*, plus précisément *répondre de* ⁵³⁴.

Ensuite, l'incitation désigne toute mesure destinée à orienter l'assuré social vers un comportement jugé vertueux sans le punir ni le réprimer. À la différence de la recommandation, l'incitation rend avantageux et attractif le comportement souhaité et indésirable le comportement socialement défavorable, sans que celui-ci soit prohibé⁵³⁵. Il peut s'agir d'une incitation positive qui accorde un avantage en contrepartie de la réalisation du comportement souhaité ou d'une incitation négative qui ajouterait un obstacle, souvent financier, à la non-réalisation du comportement espéré⁵³⁶. Si cette contrainte peut laisser à penser qu'il s'agit d'une sanction, pour une partie de la doctrine, une telle analogie est erronée, car la majoration est fixée « *selon un pourcentage relativement faible* »⁵³⁷. Selon Gilles Huteau et Isabelle Vacarie, il ne

⁵³⁴ *Respondere* renvoie à « sponsio » et à « spondere ». Le *sponsor* était un débiteur et le *responsor* visait la caution. V. : M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 45 ; P-M DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1341 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 604 ; G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 8.

⁵³⁵ N. BOBBIO, *De la structure à la fonction, Nouveaux essais de la théorie du droit*, Dalloz, 2012, p. 5. ; P. COPPENS, « La sanction de la règle juridique : de la contrainte à l'incitation », in Y. CHAPUT (sous la dir.), *La sanction : la lecture des économistes et des juristes*, Brylant, 2011, p. 27, spé. 43 et s. ; L. PERDRIC, « Les sanctions en droit des assurances. De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. I* p. 328, spé. p. 352.

⁵³⁶ Peuvent être cités du côté des professionnels de santé les recommandations de bonnes pratiques adressées aux professionnels de santé, qui peuvent percevoir une rémunération pour leur respect. V. : « Recommandation » in G. CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 13^e éd., 2020, p. 854 ; P. LOISEAU, « La force normative des recommandations de bonnes pratiques médicales », in C. THIBIERGE, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 613 ; E. CANIARD, « Les recommandations de bonnes pratiques : un outil de dialogue, de responsabilisation et de diffusion de l'innovation », rapport remis à M. B. KOUCHNER, avr. 2002.

⁵³⁷ M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

s'agit pas « *vraiment d'une sanction* » dans la mesure où le patient ne perd pas totalement accès aux prestations en nature⁵³⁸.

Cette opinion peut s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle « *le montant de la franchise et le niveau des plafonds devraient être fixés de façon telle que ne soient pas remises en cause les exigences du 1^{er} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* »⁵³⁹. Le législateur a compétence pour instaurer des mesures à destination des assurés sociaux pour préserver les finances de la Sécurité sociale, mais la baisse des remboursements ne pas pour autant être substantielle⁵⁴⁰. L'incitation doit être suffisamment gênante pour impulser un comportement sans priver l'individu de l'accès aux soins au risque de transformer la gêne de l'incitation en une contrainte privative de liberté. Lors de l'adoption de chaque reste à charge, que ce soit dans le cadre du parcours de soins coordonné, du DMP ou encore des participations forfaitaires collectives, le Conseil constitutionnel veille à ce que l'incitation financière ne dégénère pas en sanction⁵⁴¹.

⁵³⁸ « Les nouvelles dispositions n'imposent pas à l'assuré un parcours de soins [...]. Il n'en serait autrement que si l'assuré social perdait le bénéfice de toute prestation en nature, au motif qu'il n'a pas désigné le médecin traitant [...]. Or seuls varient le taux de prise en charge par l'assurance maladie et, éventuellement, le tarif de la consultation » précise Isabelle Vacarie *in* « Les tensions entre le droit de la santé et le droit de la sécurité sociale », *RDSS* 2005, p. 473. En ce sens, v. aussi : G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 324 ; D. GUEVEL, « Le médecin traitant : Droit civil et Droit de la Sécurité sociale : De l'influence du choix du patient en droit de la sécurité sociale sur la présomption de captation de l'article 909 du Code civil », *Gaz. Pal.* 16-18 janv. 2005 ; D. THOUVENIN, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligation », *RGDM* 2004, p. 94 ; M-L MOQUET-ANGER, « Les obligations du patient et l'assurance maladie : les exemples du carnet de santé et du médecin référent », *RGDM* 2003, p. 49.

⁵³⁹ Cons. const., 12 août 2004, déc. n°2004-504 DC portant sur la loi relative à l'assurance maladie ; Cons. const., 13 déc. 2007, déc. n°2007-558 DC, décision relative à la LFSS pour 2008 ; Cons. const., 29 déc. 2009, déc. n°2009-599 DC, consid. 80, D. 2010. 1508, obs. L. Gay ; A. Laude, « Le comportement du patient : une condition du remboursement des soins ? », D. 2014, p. 936.

⁵⁴⁰ Cons. const., 23 janv. 1987, déc. n°86-225 DC ; Cons. const., 29 janv. 1991, déc. n°91-296 DC ; Cons. const., 22 janv. 1996, déc. n°89-269 DC ; Cons. const., 27 nov. 2001, déc. n°2002-451 DC.

⁵⁴¹ Expression de Bruno Genevois.

155. *Soft law* – Le doyen Carbonnier se posait la question de l'effectivité de la décision prise par un tiers, un juge d'État ou un arbitre si elle n'est pas appuyée par la contrainte⁵⁴². Une sanction sans contrainte constitue un « non-sens » pour une part importante de la doctrine, qui y voit une mesure morale plutôt que juridique⁵⁴³. « *Tandis que les règles morales commandent in foro interno et font du devoir un mobile suffisant de l'action, les règles de droit commandent in foro externo et n'intégrant pas le mobile du devoir à la loi, s'assortissent de contraintes* »⁵⁴⁴. La contrainte permettrait donc de distinguer le droit de la morale⁵⁴⁵. Pourtant, des mesures de responsabilisation produisent bien des effets sur le plan juridique et sont adoptées par le législateur, à la

⁵⁴² E. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Paris, Alcan 3e, 1927, p. 51 cité in L-A BARRIERE, « Propos introductifs » in *La sanction*, (Préface B. MALLET-BRICOUT), Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3.

⁵⁴³ C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol.1*, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012, p.XXX ; L-A BARRIERE, Propos introductifs in *La sanction*, (Préface B. Mallet-Bricout), Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 15.

⁵⁴⁴ S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992, p. 7 et s.

⁵⁴⁵ D'autres ordres normatifs recourent au pouvoir de contrainte sans être assimilés à du droit. Il s'agit par exemple des organisations délinquantes et mafieuses. Ils ne peuvent être assimilés à du droit en ce qu'ils ne sont pas sanctionnés par des tribunaux étatiques." Certains ajouteraient que ces normes ne sont pas légitimes, conformément à la vision hégélienne qui identifie la justice dans l'État-Nation qui est seul garant de la paix et de l'intérêt collectif. V. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. LAROCHE ET V. FAURE, LGDJ, coll « Brylant », 1997 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. CH. EISENMANN, Bruylant-LGFJ, 1999, p. 3 ; CH. AUBRY et CH. RAU, *Droit civil français*, t.I., p. 1. ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd. 2004, p. 323 et s. ; G. GENY, *Science et technique en Droit privé positif*, t.1, Sirey, 1943, p. 47 ; P. GOTHOT, « Le non-droit : précautions introductives », in *L'hypothèse du non-droit*, Séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'université de Liège, 1978, p. 14 et s.18 ; A. LAQUIEZE, « Sanction », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1381. *Contra*, v. : D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Ed. Odile Jacob, 1997, p. 67 et s. ; R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 69 et p. 327 et s. ; C. THIBIERGE, « Le concept de force normative », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 821 et s. ; F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 16^e éd., 2024, p. 122 et s. ; C. LARROUMET et A. AYNES, *Introduction à l'étude du droit*, Economica, 6^e éd., 2013, p. 18. Pour cette partie de la doctrine, la sanction ne fait pas le droit. Pour Philippe Jestaz on peut admettre que la sanction soit le critère du droit si on redéfinit ce concept. Initialement conçue comme un mal répressif infligé à celui qui a commis un acte illicite, la sanction devrait être considérée comme l'ensemble des conséquences précises attachées à la règle ; la sanction ne serait donc pas uniquement la contrainte. Philippe Jestaz parle de « tarification » qui caractérise le droit à la différence de la morale ou de la religion.

différence de la morale. La responsabilisation ne pourrait-elle alors être qualifiée de droit souple (*soft law* » en anglais) ? Cette expression désigne des règles de droit dont la force normative est discutée, mais les effets juridiques ne sont pas pour autant inexistant⁵⁴⁶. Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour identifier les instruments de droit souple, selon les critères dégagés par le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2013⁵⁴⁷. Premièrement, les instruments de droit souple présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit dur. Toutefois, il convient de ne pas s'y méprendre : deux autres critères permettent d'opérer une distinction concrète. Deuxièmement, les outils de droit souple ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion. Tel est l'enjeu de la responsabilisation au sein de l'assurance maladie, qui ne cherche pas à faire renoncer l'assuré social à des comportements proscrits par les lois ou règlements, mais de l'amener à faire un usage approprié de la marge de liberté dont il dispose dans l'exercice de ses droits à prestations⁵⁴⁸. Troisièmement, les mesures de droit souple ne

⁵⁴⁶ Sur la notion de soft-law, v. : R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 69 et p. 333 ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986 ; S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit, A propos des sources étatiques non contraignantes*, (Préface N. MOLFESSIS), Economica, 2012, p. 9 et p. 157 et s. ; K. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? » in J. CLAM et F. MARTIN, (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p. 21 ; C. THIBIERGE, « Le droit souple (Réflexions sur les textures du droit) » », *Rev. trim. Dr. civ.* 2003, p. 599 ; P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 275 ; F. OSMAN, « Avis, directives, Codes de bonne conduite, recommandations, déontologie éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, p. 509 ; J-M JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double », *Mél. B. OPPETIT*, p. 331 ; M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, t. XII, Dalloz, 2009, p. 1 ; L. SENDEN, *Soft Law in EUROPEAN COMMUNITY LAW*, Hart Publishing, 2004, p. 3.

⁵⁴⁷ V. : Conseil d'État, « Etude annuelle 2013 : Le droit souple », oct. 2013. Le Conseil d'État dresse une liste des sept principaux domaines dans lesquels le droit mou est de plus en plus utilisé, y est mentionné les bonnes pratiques médicales et la responsabilité sociale des entreprises par exemple. V. G. PEVTCHIN, « Les Codes de bon comportement, notamment dans la gestion des sociétés multinationales », in *L'hypothèse du non-droit*, Séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'université de Liège, 1978, p. 43 et s. Sur la supplétivité des règles de droit, v. : C. PERES DOURDOU, *La règle supplétive*, (Préface G. VINEY), LGDJ, 2004.

⁵⁴⁸ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 293.

créent pas par elles-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires. Aucun droit actionnable par l'assuré social n'est créé par la responsabilisation ni aucune obligation. La responsabilisation ne repose pas sur des obligations, car les mesures précises désignées pour atteindre le comportement global attendu ne sont pas sanctionnées. Ainsi, la responsabilisation est assimilable à du droit souple.

2- Qualification juridique

Les décisions constitutionnelles comme administratives ont qualifié ces mesures d'incitation financière et non de sanction, correspondant au mécanisme de la responsabilisation et non de la responsabilité bannie de l'assurance maladie.

156. *L'incitation du parcours de soins coordonné qualifiée* – Au même titre que le droit d'accès à la santé, la maîtrise des dépenses de santé constitue un objectif constitutionnel. Le Conseil constitutionnel admet à ce titre, qu'il soit laissé à la charge des assurés sociaux une part des sommes de santé sans qu'il soit porté atteinte à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, à condition que cette somme ne soit pas excessive, de telle sorte que l'accès aux soins soit préservé⁵⁴⁹. Telle est la position adoptée par le Conseil constitutionnel, amené à se prononcer sur le RAC mis en place dans le cadre du parcours de soins, dans une décision du 12 août 2004⁵⁵⁰. Le montant bien que dissuasif n'est pas assez élevé pour constituer un obstacle aux soins. De plus, aucune pénalité financière n'est appliquée aux bénéficiaires d'une

⁵⁴⁹ Cons. const., 12 déc. 2002, déc. n°2002-463 DC portant sur la LFSS pour 2003. Cette décision aurait opéré, selon une partie de la doctrine qu'approuve la présente étude, une relecture des principes directeurs de la Constitution. L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 semblait de nature à faire obstacle à toute atteinte portée aux principes fondateurs de l'assurance maladie, notamment l'universalité et le droit fondamental d'accès à la santé. Pourtant en se prononçant sur la constitutionnalité de la loi du 13 août 2004, les diverses mesures destinées à agir sur le comportement des assurés sociaux, dans un sens dissuasif afin de limiter les dépenses de santé, n'ont pas été déclarées inconstitutionnelles. En ce sens, v. : I. VACARIE, A. ALLOUACHE, A-S GINON, Y. FERKANE et S. LEROY, « Crise de l'État-providence ou crise de la régulation économique ? », *Dr. soc.* 2008, p. 1143.

⁵⁵⁰ Cons. const., 12 août 2004, déc. n°2004-504 DC portant sur la loi relative à l'assurance maladie.

complémentaire santé solidaire (C2S) lorsqu'ils ne respectent pas le parcours de soins coordonné. « *Ces dispositions ne remettent pas en cause les modalités de prises en charge des dépenses de santé des personnes bénéficiant, en raison de leurs faibles ressources, d'une protection particulière* »⁵⁵¹. Enfin, de nombreuses dérogations au parcours de soins coordonné ont été prévues aux articles L. 162-5-3 et D. L. 162-1-6 du Code de la Sécurité sociale. Tout d'abord, l'assuré social est exonéré de ticket modérateur dans l'hypothèse de séquences de soins nécessitant l'intervention de plusieurs spécialités pour une même pathologie. L'assuré social peut consulter directement le médecin correspondant sans consulter systématiquement son médecin traitant au préalable. Aussi, dans le cadre d'un protocole de soins itératifs, convenu entre le médecin traitant et le médecin correspondant, pour un patient atteint d'ALD, ce dernier peut s'adresser directement au médecin correspondant sans passer par le médecin traitant⁵⁵². Ensuite, l'assuré social n'a pas à consulter son médecin traitant pour être exonéré de ticket modérateur s'il consulte un médecin en cas d'urgence médicalement constatée ou dans l'hypothèse d'une consultation en dehors de son lieu de résidence. Aussi, plusieurs médecins spécialistes peuvent être consultés sans que l'assuré ait besoin d'avoir été adressé par son médecin traitant au préalable. Sont visés les spécialités de gynécologie⁵⁵³, ophtalmologie, neuropsychiatrie, neurologie et de certains actes courants ou périodiques exigés par le protocole ALD. Enfin, sont exclus du parcours de soins les consultations hospitalières de tabacologie, alcoologie ou encore de lutte contre la toxicomanie⁵⁵⁴. Dans l'ensemble de ces hypothèses, le recours de l'assuré

⁵⁵¹ Cons. const., 12 août 2004, déc. n°2004-504 DC portant sur la loi relative à l'assurance maladie ; Cons. const. 25 janv. 2007, déc. n°2007-546 DC portant sur la loi ratifiant l'ordonnance n°2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé (art. 24).

⁵⁵² Pour éviter tout retard dans la prise en charge à 100% du patient nécessitant des soins au titre d'une ALD, le protocole de soins peut être élaboré par le praticien hospitalier, que le patient ait ou non désigné un médecin traitant. Le patient est exonéré du ticket modérateur pour une durée de 6 mois et doit mettre à profit cette période pour faire établir un protocole de soins par son médecin traitant, qu'il l'ait déjà choisi ou qu'il doive encore le faire. A l'issue de cette période de 6 mois, s'il n'a pas pu effectuer ces démarches, cette procédure dérogatoire est renouvelée.

⁵⁵³ Sont spécifiquement concernés les consultations relatives à la contraception, l'IVG, les frottis, ou encore la prévention.

⁵⁵⁴ Bien que résiduelles, doivent aussi être mentionnées comme exceptions au parcours de soins, la consultation pour la vaccination contre la fièvre jaune et la consultation d'un médecin de remplacement lorsque médecin traitant est indisponible.

social au système de santé est présumé réfléchi, nécessaire, voire préventif ; la rationalisation n'a pas lieu d'être. L'ensemble de ces exonérations n'empêche pas l'accès aux soins et ôte ainsi tout caractère coercitif à la mesure qui n'atteint pas cette liberté.

L'accès aux soins n'est pas la seule liberté prise en considération par le Conseil constitutionnel pour écarter la coercition de la mesure. Le « *libre choix du médecin traitant prévaut comme la possibilité d'en changer à tout moment* »⁵⁵⁵. Le principe de libre choix du médecin fait l'objet d'une consécration large et ancienne, car il est jugé essentiel dans les rapports de confiance existant entre le malade et son médecin. Depuis 1941, le Code de déontologie médicale reconnaît cette liberté et la loi du 31 juillet 1971 en a fait un principe déontologique fondamental. Le Code de la santé publique affirme aussi son attachement à ce principe en son article L. 1110-8, rappelé à l'occasion de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, tout comme le Code de la Sécurité sociale à l'article L. 162-2. Largement consacré, ce principe fait l'objet d'une protection jurisprudentielle constante⁵⁵⁶.

Ensuite, la part des dépenses de santé laissée à la charge de l'assuré social n'est pas assimilée à une sanction par le Conseil constitutionnel, car elle ne porte pas atteinte aux libertés constitutionnellement garanties, révélant l'absence du caractère coercitif de la mesure. En outre, selon le Conseil, « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général,*

⁵⁵⁵ Cons. const., 12 août 2004, déc. n°2004-504 DC portant sur la loi relative à l'assurance maladie ; CE, 14 avr. 1999, note L. DUBOIS, *RDSS* 1999, p. 511 ; Le Conseil d'État avait considéré pour sa part, à propos du médecin référent, qu'il n'y avait pas d'atteinte au libre choix dès lors que le choix était fait pour un an et n'était pas irrévocable.

⁵⁵⁶ Cons. const. 22 janv. 1990, déc. n°89-269, *RDSS* 1990, p. 637, note L. DUBOIS ; Ch. Ré., 16 mai 1963, Bull. 3, n°4 ; Civ. 1ère, 31 déc. 1989, n°88-15352. Il s'agit d'un principe d'ordre public pour la Cour de cassation. Sur le libre choix du médecin, v. : G. MEMETEAU, *Cours de droit médical*, 2e éd., Les Etudes hospitalières 2003, p. 235. Pour une étude critique des limites portées au principe de libre choix du médecin, v. : M. HARICHAUX, « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *RDSS* 2006, p. 109.

pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »⁵⁵⁷.

157. L'incitation dans le cadre du DMP qualifiée – L'incitation financière mise en place pour favoriser l'alimentation du DMP a été validée par le Conseil constitutionnel avec la même méthode d'analyse que celle appliquée dans le cadre du parcours de soins coordonné. Dans la mesure où la somme laissée à la charge des assurés sociaux n'était pas de nature à bloquer leur accès aux soins et se trouvait justifiée par la poursuite de l'objectif constitutionnel de maîtrise des dépenses de santé, il a été jugé qu'une telle mesure n'était pas inconstitutionnelle⁵⁵⁸. De plus, le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles est respecté dans la mesure où le consentement de l'individu est requis pour toute action relative à son DMP. Toutefois, ces dispositions, qui devaient être applicables dès le 1^{er} juillet 2017, n'ont connu aucune précision quant aux sanctions applicables. Les décrets du 23 août 2005 et du 20 août 2009, jalonnant la longue mise en œuvre du DMP, ont énuméré certaines sanctions financières parmi lesquelles le refus d'accès au DMP ne figure pas⁵⁵⁹. Par la suite, l'évolution de la législation encadrant la mise en œuvre du DMP a accentué ce courant en disposant à l'article L. 1111-15 alinéa 2 du Code de la santé publique que l'accès au DMP, mais aussi sa création sont soumis à l'autorisation du patient. Finalement, l'article L. 161-36-2 du Code de la Sécurité sociale a été abrogé par la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009.

158. Des participations forfaitaires assimilées à des incitations – Ces restes à charge collectifs se sont vus reconnaître la qualité d'incitation et non de sanction par le Conseil d'État, qui a fait sienne la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans une

⁵⁵⁷ Cons. const., 28 déc. 2000, n° 2000-441 DC, D. 2001. 1842, obs. D. Ribes ; Cons. const. 29 déc. 2003, n° 2003-488 DC, D. 2004. 1277, obs. D. Ribes ; Cons. const. 12 août 2004, n°2004-504 DC ; Cons. const., 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC, consid. 80, D. 2010. 1508, obs. L. Gay ; AJDA 2010. 4, et 277, note W. Mastor ; RFDA 2010. 627, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier.

⁵⁵⁸ Cons. const., 12 août 2004, n°2004-504 DC portant sur la loi relative à l'assurance maladie.

⁵⁵⁹ M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

série de six décisions portant en 2007 sur la fixation à 18 € du forfait à la charge des personnes hospitalisées dans certaines situations⁵⁶⁰, en 2009 sur le montant des franchises établies par la LFSS pour 2008⁵⁶¹, en 2011 sur la revalorisation à 18 € montant du forfait journalier hospitalier⁵⁶² et, en 2012, sur le remboursement des frais de transport sanitaire⁵⁶³, la liste des ALD⁵⁶⁴ ainsi que sur le relèvement de certains seuils tarifaires⁵⁶⁵. Cette position a été réitérée par le Conseil constitutionnel le 13 décembre 2007, à l'occasion de l'étude de la LFSS pour 2008 instituant une franchise sur les boîtes de médicaments, les actes effectués par un auxiliaire médical et les transports sanitaires⁵⁶⁶.

Le faible montant a encore une fois été apprécié par les juges pour juger de la constitutionnalité de la mesure ainsi que le nombre conséquent d'exceptions. Concernant tout d'abord le forfait journalier hospitalier, en sont exemptés les enfants et adolescents handicapés hébergés dans des centres spécialisés, les victimes d'AT-MP, les femmes enceintes, les titulaires d'une pension militaire et enfin les bénéficiaires de la complémentaire santé solidaire (C2S)⁵⁶⁷. De plus, ce forfait peut être pris en charge par les contrats d'assurance complémentaire responsables. Ensuite, la franchise médicale n'est pas exigée dans plusieurs cas comme celui d'une hospitalisation ou encore pour les titulaires de la C2S⁵⁶⁸, et elle se trouve plafonnée. Le montant maximum annuel ne peut dépasser 50€ ; le plafond journalier est de 2€ pour les actes accomplis

⁵⁶⁰ CE, 2 juill. 2007, n° 295685.

⁵⁶¹ CE, 6 mai 2009, n° 312462, Lebon ; AJDA 2010. 283, note H. Rihal ; ibid. 2009. 956.

⁵⁶² CE, 26 juill. 2011, n°337065, Lebon ; obs. V. VIJOUAS, *RDSS* 2011, p. 957 ; CE, 7 déc. 2012, n°348600.

⁵⁶³ CE, 27 juill. 2012, n° 349173, au Lebon.

⁵⁶⁴ CE, 26 oct. 2012, n° 352210, au Lebon ; *RDSS* 2012. 1137, obs. V. Vioujas ; ibid. 2013. 111, concl. A. Lallet.

⁵⁶⁵ CE, 7 déc. 2012, n° 348600.

⁵⁶⁶ Cons. const., 13 déc. 2007, n°2007-558 DC, décision relative à la LFSS pour 2008.

⁵⁶⁷ CSS, art. L. 174-4. La C2S regroupe aujourd'hui l'ancienne CMU-C et l'ACS, qui a été supprimée le 1er novembre 2019. La C2S bénéficie à un plus grand nombre de personnes. Pour plus de renseignements sur la C2S, v. : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 343, n°313.

⁵⁶⁸ Toutefois, les assurés reconnus en ALD paient la participation forfaitaire, la franchise médicale annuelle et le forfait journalier hospitalier. Ils sont toutefois exonérés du ticket modérateur et bénéficient du tiers payant.

par un auxiliaire médical et de 4€ pour les transports sanitaires réalisés au cours d'une même journée. Enfin, concernant la contribution forfaitaire d'un euro, n'y sont pas soumis les actes réalisés au cours d'une hospitalisation, hors consultation externe et urgences. Sont aussi exonérés les personnes mineures ainsi que les bénéficiaires de la C2S. Le total des participations forfaitaires est limité à 50€ par année et par assuré social. De plus, un même individu ne peut pas supporter plus de quatre participations au cours d'une même journée quand les actes sont réalisés par un même professionnel de santé.

Concernant, le FPU, celui-ci apparaît difficilement attaquant pour les mêmes arguments qui ont permis de prononcer la constitutionnalité des autres restes à charges collectifs. Dans un premier temps, le montant est faible et fixe : 19,61 € sont facturés au patient et ce quelle qu'ait été sa prise en charge lors de son passage aux urgences. Dans un deuxième temps, ce montant fait l'objet de minorations et de nombreuses exemptions. Le FPU est minoré à 8,49 € pour les patients placés en affection de longue durée ou rattachés au régime des AT-MP avec une incapacité inférieure à 2/3⁵⁶⁹. Il ne s'applique pas aux assurés rattachés au régime AT-MP avec une incapacité au moins égale à 2/3, aux assurées maternité et aux nouveau-nés de moins de 30 jours, aux mineurs victimes de violences sexuelles pour des soins consécutifs aux sévices subis, aux donneurs d'organe pour les actes en lien avec leur don, aux pensionnés militaires ou pour invalidité et aux victimes d'actes de terrorisme⁵⁷⁰. Dans un troisième temps, le FPU sera pris intégralement en charge par les complémentaires santé.

159. Conclusion de section - Dans le domaine de la Sécurité sociale, l'assuré est invité à respecter un devoir de modération pour éviter toute sollicitation superflue du système de santé, par les sommes qui restent à sa charge. Bien que contraignantes, ces incitations financières ne sont pas censées priver l'individu de l'accès aux soins afin que l'incitation ne dégénère pas en sanction. Les sommes laissées à la charge de l'assuré social ne sont pas jugées comme étant suffisamment élevées pour le priver de

⁵⁶⁹ CSS, art. L. 160-14 et D. 160-4 3°.

⁵⁷⁰ Dérogations à R. 160-17-1 du Code de la sécurité sociale.

son accès aux soins et de nombreuses dérogations sont mises en place, notamment pour préserver les personnes aux faibles revenus. La responsabilisation constitue une mesure de *soft law* qui ne peut être assimilée à la responsabilité, mécanisme de droit dur. Toutefois, l'analyse des outils et dispositifs de responsabilisation mis en place révèle plusieurs écueils qui illustrent toute la difficulté de réaliser une responsabilisation efficace et étanche de la responsabilité en pratique. La mise en pratique de la responsabilisation a subi de nombreuses déconvenues qui conduisent à douter qu'elle puisse se montrer à la fois efficace et conforme aux principes directeurs de la Sécurité sociale.

Section II : Dévoiement factuel

160. Plan – La responsabilisation par voie incitative connaît deux types de limites. Dans un premier temps, sa distinction théorique avec la responsabilité est contestable. La responsabilisation par voie incitative est en réalité une responsabilité déguisée (§1). Dans un second temps, la responsabilisation peine à atteindre son objectif de moralisation. La responsabilisation par voie incitative est manquée (§2).

§1. Une responsabilité déguisée

161. Plan -. La responsabilisation par voie incitative est une responsabilité déguisée. La qualification des restes à charges en incitation est contestable (A). Ils pourraient être qualifiés de sanction (B).

A- La possible qualification de sanction

162. La sanction peut être qualifiée, même si minime – La qualification de sanction ne dépend pas uniquement de l'importance de sa coercition et de la privation de liberté qu'elle engendre. La sanction est une notion polymorphe, surnommée « *la*

grande inconnue du droit » par Philippe Jestaz⁵⁷¹. Elle peut être entendue largement. Le législateur la mobilise notamment pour désigner soit la mesure intervenant en cas d'irrespect de la règle de droit, soit la mesure défavorable s'appliquant à une personne qui a violé la loi⁵⁷². Il s'agit de « *la peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir* »⁵⁷³ peu important la privation effective de liberté. Quand bien même le reste à charge n'empêcherait pas l'individu d'accéder aux soins, il s'agit bien d'une mesure négative infligée à l'individu qui ne respecterait pas le devoir mis en place. Tout supplément de participation financière dans le cas du non-respect du parcours de soins constitue une sanction. Le caractère coercitif de la sanction n'est pas à confondre avec l'enjeu de son efficacité⁵⁷⁴. La contrainte existe par le caractère obligatoire de payer ce tarif non par la privation de liberté réalisée par la sanction. La sanction ne se caractérise pas nécessairement par son efficacité. La simple gêne est assimilable à une sanction, car il s'agit d'une réaction négative à un acte considéré comme fautif. La sanction ne doit pas être comprise trop strictement. Philippe Jestaz prône une redéfinition qui prend en considération ses évolutions et l'entendue de ses contours. Il la définit comme le « tarif » applicable à la

⁵⁷¹ P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197 ; H.L.A HART, *Le concept de droit*, trad. par M. VAN DE KERCHOVE, 2e éd., Bruxelles, Publications de Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005, p. 58 ; M. VAN DE KERCHOVE, « L'hypothèse de la flexibilité affecte-t-elle la nature et les fonctions des sanctions », in D. KAMINSKI (sous la dir.), *La flexibilité des sanctions, XXIes journées juridiques*, Bruylant, 2013, p. 53 ; L-A BARRIERE, « Propos introductifs » in *La sanction*, (Préface B. Mallet-Bricout), Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 13.

⁵⁷² C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique » in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. I*, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012, p. XVIII et s ; D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON, F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 233.

⁵⁷³ V. not. : J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004, p. 330 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 28^e éd., 2023, p. 474 ; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, 1975, p. 209 et s.

⁵⁷⁴ Sur le caractère utilitariste de la sanction, v. notamment : C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. I* p.LI ; J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Mélanges Julliot de La Morandière*, Dalloz, 1974, p. 457 ; J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.

violation d'une obligation, sans référence à la coercition⁵⁷⁵. Une telle définition permet alors d'effectuer un distinguo explicite entre incitation et sanction, en considérant que l'incitation positive doit être exclue de cette conception de « tarif » au risque de dénaturer la notion⁵⁷⁶.

163. L'apparition d'une nouvelle faute éclectique ? – L'existence d'une sanction, si minime soit-elle, révèle l'existence d'une responsabilité qui, toutefois, a un contour atypique. La nouvelle responsabilité dans l'assurance maladie aurait une coloration éclectique, empruntant des caractéristiques aux responsabilités pénale et administrative, sans se réduire à l'une ou à l'autre. Le droit pénal est un droit d'exception et ne peut exister sans le principe de légalité tandis que la responsabilité administrative existe dans la relation qu'entretient un administré avec l'administration publique. C'est pourquoi il convient de parler de coloration à la fois pénale et administrative. La coloration administrative trouve la même justification que la responsabilité reconnue dans le fonctionnement de l'assurance maladie. La responsabilisation revendiquée existe dans le recours des assurés sociaux au service public de la santé et son objectif est de garantir son fonctionnement dans l'intérêt général. Il ne s'agit pas de protéger l'ordre social, à la différence du droit pénal⁵⁷⁷. La coloration pénale tient à la fonction morale et éducative de la responsabilisation. L'intimidation, la rétribution et la réinsertion sont les fonctions de la sanction pénale, nommée peine. La dissuasion et l'éducation sont des fonctions partagées avec la

⁵⁷⁵ P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197 ; C. THIBIERGE, « Le concept de force normative », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 821 et s.

⁵⁷⁶ C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol.1*, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012, p.XXI ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Thémis, 1978, p. 200.

⁵⁷⁷ Sur le de protection de l'intérêt général par le droit pénal, v. notamment : E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 7^e éd., 2024, p. 1, n°2 et s. ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 28^e éd., 2023, p. 10 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 10^e éd., 2024, p. 15.

responsabilisation par voie financière dans la prise en charge du risque maladie⁵⁷⁸. Derrière la mise en place d'une incitation et la promotion d'un devoir se cache en réalité la sanction d'un acte jugé fautif. Le cloisonnement des responsabilités s'amoindrit désormais pour laisser place à une influence réciproque. Le Conseil constitutionnel admet que des sanctions répressives extrapénales soient prononcées par des autorités administratives indépendantes (AAI)⁵⁷⁹, ouvrant la voie à une nouvelle responsabilité au sein de l'assurance maladie. Il s'agirait d'une responsabilité civile dont la fonction morale, longtemps oubliée au profit de sa fonction indemnitaire, rejaillirait quand bien même la répression et la coercition seraient minimales.

B- La qualification contestable de l'incitation

164. Une appréciation floue du caractère « substantiel » du RAC – Il est permis de rester sceptique, à plusieurs titres, face au discours selon lequel il n'y aurait pas de sanction dans la responsabilisation. Tout d'abord, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas fourni de critères clairs et stables pour apprécier une augmentation « *substantielle du reste à charge* » qui porterait atteinte au droit d'accès à la santé⁵⁸⁰. De plus, le Conseil se réfugie souvent derrière des réserves d'interprétation et n'a jamais déclaré inconstitutionnelle une loi au motif qu'en mettant en place des dispositifs limitant la prise en charge des dépenses de santé par l'assurance

⁵⁷⁸ Sur les fonctions dissuasive et préventive de la peine, v. notamment : E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 7^e éd., 2024, p. 1139, n°1515 et s ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Référence, éd. CUJAS, 22^e éd., 2019, p. 552 et s. ; E. BONIS et V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, 4^e éd., 2023, p. 228 et s. ; BECCARIA, *Des délits et des peines*, Garnier-Flammarion, 1991, [1794] ; F. DIGNEFFE et T. MOREAU, *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, éd. Larcier, coll. Perspectives criminologiques, 2006. Sur le caractère dissuasif, v. : Cons. const., 7 janv. 2016, n°2015-510 QPC, Ass. ECM §6 ; Cons. const., 27 sept. 2013, n°2013-341 QPC, Smaïn Q., §5. Le Conseil se sert du caractère dissuasif prêté à la peine, au-delà de son caractère douloureux, pour identifier les sanctions ayant un caractère de punition qui complètent la « matière pénale ».

⁵⁷⁹ Cons. const., 30 déc. 1982, *rec.*, 88, *R.J.C.*, I. 152 ; Cons. const., 30 déc. 1987, *R.I.C.*, I. 324. Ces décisions visent « toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité non judiciaire ». Sur la sanction pénale, v. notamment : Dossier « les sanctions administratives » in *Courrier juridique des affaires sociales et des sports*, n°88 2011.

⁵⁸⁰ En ce sens, v. : F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 6^e éd., 2017, p. 218 ; R. PELLET, A. SKZRYERBAK, *Droit de la protection sociale*, PUF, 1^{ère} éd., 2017, p. 336.

maladie, elle porterait atteinte au droit individuel à la protection de la santé⁵⁸¹. Enfin, le juge semble apprécier largement l'absence de contrainte dans l'accès à la santé, ce qui permet de donner aux autorités une large marge de manœuvre. Par exemple, le Conseil d'État a constaté, en 2012⁵⁸², à propos du relèvement de 50 à 60% du coefficient de l'article R. 322-8 du Code de la Sécurité sociale et de 91 € à 120 € du seuil tarifaire pour les dispositions sur la réduction ou la suppression du ticket modérateur à l'hôpital⁵⁸³, que même moins favorable, le décret avait toujours pour effet de diminuer le reste à charge.

165. La prise en considération de l'intervention de l'assurance maladie complémentaire – Le juge administratif et le Conseil constitutionnel apprécient le niveau du RAC en prenant en considération les assurances complémentaires. Cette hybridation entre régimes de base et complémentaire a été entérinée par le Conseil d'État dans une décision du 26 juillet 2011 énonçant que la conformité aux exigences du Préambule de la Constitution de 1946 d'une « *mesure qui accroît le montant laissé à la charge des assurés sociaux* [devait être analysée] *en tenant compte, d'une part, de l'ensemble des autres dispositions en vertu desquelles des frais de soins sont déjà susceptibles d'être laissés à la charge des assurés sociaux et, d'autre part, du coût et des effets, sur ces restes à charge, de la souscription d'un contrat d'assurance complémentaire de santé* »⁵⁸⁴. Le juge administratif a confirmé cette position dans une décision du 7 décembre 2012 portant sur le forfait hospitalier, considérant que l'accroissement du RAC était acceptable « *compte tenu notamment des remboursements susceptibles d'être obtenus par une assurance complémentaire et du coût prévisible de*

⁵⁸¹ T. GRÜNDLER, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS* 2010, p. 835.

⁵⁸² CE, 7 déc. 2012, n° 348600.

⁵⁸³ Pour les actes inscrits sur la liste mentionnée à l'article R. 162-52, le ticket modérateur forfaitaire (TMF) de 18 € remplace, depuis le 1er septembre 2006, le dispositif d'exonération totale du ticket modérateur qui était applicable aux actes diagnostiques ou thérapeutiques, dont le tarif est égal ou supérieur à 91€ dans la classification commune des actes médicaux (CCAM) ou dont le coefficient est égal ou supérieur à 50 dans la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP). Désormais, une participation de 18 € est mise à la charge des assurés sociaux lorsque ces actes leur sont dispensés, en soins externes ou au cours d'une hospitalisation. Le décret n°2011-2119 du 30 décembre 2011, en son article 5, a relevé le coefficient passant de 50 à 60 et le seuil tarifaire passant de 91€ à 120€.

⁵⁸⁴ CE, 26 juill. 2011, n°337065, Lebon ; *RDSS* 2011.957, obs. V. VIJOUAS.

cette assurance »⁵⁸⁵. L'assurance complémentaire visée était celle d'un contrat collectif souscrit par l'employeur, mais aussi l'ancienne CMU-C. Le juge semble donc distinguer le reste à charge au sens strict, qui constitue la somme laissée à la charge de l'assuré social après intervention de l'assurance maladie obligatoire, et le reste à charge final après intervention de l'assurance maladie complémentaire⁵⁸⁶. Pourtant, selon Didier Tabuteau, la logique de protection obligatoire et le principe d'universalité invitent à apprécier le niveau de remboursement par la Sécurité sociale, indépendamment des initiatives susceptibles d'être prises par les assurés sociaux⁵⁸⁷. De plus, les niveaux de prise en charge complémentaire s'avèrent encore aujourd'hui inégalitaires en dépit des efforts menés en vue de la généralisation et de l'uniformisation des complémentaires santé.

166. La persistance du renoncement aux soins – En France, le reste à charge ultime est le plus faible des pays de l'OCDE, après les Pays-Bas. Le taux français est de 7% contre 5% aux Pays-Bas et au moins 10% dans l'ensemble des autres pays. Pourtant, le baromètre du renoncement aux soins (BRS) conçu par l'observatoire de non-recours aux droits et aux services (ODENORE) a révélé en 2017 qu'un répondant sur quatre avait renoncé à un ou plusieurs soins au cours des 12 derniers mois. Parmi eux 30,1% énonçaient avoir été découragés par l'avance de frais et 57% des personnes

⁵⁸⁵ CE, 7 déc. 2012, n° 348600.

⁵⁸⁶ D. TABUTEAU, « Reste à charge et politique de santé », in Dossier « Santé et restes à charges », *RDSS* 2017, p. 19 ; J-M AUBERT, « La construction du reste à charge », in « Dossier : Santé et restes à charge », *RDSS* 2017, p. 33.

⁵⁸⁷ Selon Didier Tabuteau, l'hybridation est confirmée allant vers une dénaturation de l'assurance maladie obligatoire, V. : D. TABUTEAU, « Reste à charge et politique de santé », in Dossier « Santé et restes à charges », *RDSS* 2017, p. 19.

citaient les RAC comme cause de leur renoncement aux soins⁵⁸⁸. Le RAC ultime des patients est relativement faible, mais il est concentré sur certaines activités et populations, provoquant leur renoncement aux soins⁵⁸⁹. Il s'agit des chômeurs, des travailleurs précaires, des individus aux faibles revenus ne bénéficiant pas de la C2S ou encore d'individus qui, certes, bénéficient d'une complémentaire santé par l'entreprise, mais dont la performance relative ne peut être compensée par des revenus suffisants. Si une faible part de la population ne dispose pas d'une couverture complémentaire ou même d'une couverture de base, cela ne signifie pas que l'ensemble de la population dispose d'une couverture maladie complémentaire adéquate⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Le BRS est un outil barométrique qui mesure et caractérise statistiquement le renoncement aux soins auprès des publics des institutions sanitaires et sociales. L'enquête de 2017 a été menée auprès de plus de 29 000 personnes. V. : H. REVIL (avec S. BAILLY) « Diagnostic descriptif de renoncement aux soins des assurés des CPAM de la 1^{re} vague de généralisation des PFIDASS », *Odenore*, Programme de recherche LIFE/UGA, 2017 ; H. REVIL, « Le renoncement aux soins : ses conséquences sur les personnes et sur le coût de la santé », *RDSS* 2017, p. 111 ; R. MARIE, « Financement des dépenses de santé et accès aux soins », *RDSS* 2011, p. 312 ; C. DESPES, P. DOURGNON, R. FANTIN, « Le renoncement aux soins pour raisons financières : une approche économétrique », *Questions d'économie de la santé* Irdes, nov 2011, p. 170 ; DREES, « La complémentaire santé. Acteurs, bénéficiaires et garanties », 2019, p. 72 et s.

⁵⁸⁹ V. en ce sens : J-P CHAUCHARD, « Les querelles de ménage de l'assurance maladie et de la solidarité », *RDSS* 2006, p. 288 ; D. LE SCORNET, « Les complémentaires n'aggravent-elles pas les inégalités ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie de la protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, éd. Liaisons, 2000, p. 1494 ; J-M AUBERT, « La construction du reste à charge », in « Dossier : Santé et restes à charge », *RDSS* 2017, p. 33 ; R. MARIE, « Reste à charge et régimes légaux : encore des disparités », in « Dossier : Santé et restes à charge », *RDSS* 2017 ; P-L BRAS, « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. Soc.* 2004, p. 645. La tendance selon laquelle les RAC se concentrent et pénalisent les populations aux plus faibles revenus s'est aussi confirmée aux États-Unis, et au Québec où ils concernent principalement des personnes âgées, alors que la population mondiale est de plus en plus vieillissante.

⁵⁹⁰ La PUMA ne donne accès qu'au panier de soins et n'intègre pas de prise en charge complémentaire, devant être complétée par la C2S. Ce dispositif regroupe l'ancienne CMU-C qui était attribuée gratuitement pour les personnes disposant de très faibles ressources, soit environ 746€ pour une personne seule ou un couple avec enfant aux revenus inférieurs à 1343€ par mois. En revanche, une condition de participation est imposée aux personnes dont les revenus ne dépassent pas le plafond de la CMU-C majoré de 35%, soit moins de 1 007 euros pour un célibataire et 1 813 euros pour un couple avec enfant. Il s'agit de l'ancien dispositif de l'aide complémentaire santé (ACS). Pour cette dernière catégorie, pour qui la C2S n'est pas gratuite, l'instauration d'une responsabilité comportementale pourrait avoir un effet de non-recours. Sur l'ACS, v. : CSS, art. L., R. et D. 861-1 et s ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd. 2023, p. 343, n°313.

En 2017, le ticket modérateur variait autour de 20% du tarif pour les prestations hospitalières et de 85% pour certains médicaments⁵⁹¹. Les produits et prestations délivrés en ville ont un ticket modérateur en général compris entre 30% et 40%⁵⁹². Or, les contrats complémentaires santé rendus obligatoires ne prennent en charge qu'un panier de soins et sont standardisés⁵⁹³. Les individus recourent donc de plus en plus à des surcomplémentaires santé pour bénéficier d'une meilleure prise en charge⁵⁹⁴. Il s'agit toutefois d'un coût supplémentaire ; le montant des cotisations n'est pas calculé proportionnellement aux revenus de sorte que tous les individus n'ont pas les moyens de les assumer, ce qui rend d'autant plus contestable l'appréciation de la constitutionnalité des restes à charge par le Conseil constitutionnel⁵⁹⁵.

167. Les faibles revenus doublement sanctionnés – Le renoncement aux soins est concentré sur une partie de la population aux faibles revenus, mettant à mal l'objectif d'universalisation de la Sécurité sociale. L'analyse des réformes de responsabilisation des assurés sociaux au travers de diverses mesures financières, menées aux Pays-Bas, en Allemagne et en France a révélé qu'elles s'accompagnaient d'effets anti-redistributifs, car elles réduisent l'équité verticale au travers d'un financement régressif, mais aussi l'équité horizontale en instaurant des barrières à

⁵⁹¹ DREES, « La complémentaire santé. Acteurs, bénéficiaires et garanties », 2019, p. 18. Lors de la création des complémentaires en 1945, le ticket modérateur était de 20%.

⁵⁹² J-M AUBERT, « La construction du reste à charge », in « Dossier : Santé et restes à charge », RDSS 2017, p. 33 ; A-C DUFOUR, « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », RDSS 2018, p. 1055.

⁵⁹³ Le principe du panier de soins est fixé à l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale et décrit aux articles R. 871-1 et R. 871-2 du même Code. Depuis 2016, les employeurs du secteur privé ont l'obligation de proposer à leurs salariés une complémentaire de santé dans le cadre d'un contrat collectif et obligatoire et de participer à son financement à hauteur de 50% minimum. Le salarié ne peut refuser d'adhérer au dispositif de complémentaire santé ou de prévoyance complémentaire obligatoire de l'employeur uniquement dans certains cas, comme l'hypothèse où l'individu possède déjà une mutuelle en tant qu'ayant droit ou encore si l'individu est salarié à temps partiel. V. : Quelles obligations pour l'employeur en matière de mutuelle ? – professionnels | service-public.fr.

⁵⁹⁴ 2,37 millions de personnes ont souscrit un contrat de surcomplémentaire en 2016. V. : DREES, « La complémentaire santé. Acteurs, bénéficiaires et garanties », 2019, p. 34 et p. 83.

⁵⁹⁵ D. TABUTEAU, « Reste à charge et politique de santé », in Dossier « Santé et restes à charges », RDSS 2017, p. 19.

l'entrée des soins pour les patients les moins aisés⁵⁹⁶. Ce constat est illustré par le taux de renoncement aux soins qui persiste. Les bénéficiaires de la CMU-C y renoncent 5 fois moins que les personnes sans complémentaire santé. Or, le renoncement aux soins provoqué par les restes à charge présente des dangers en matière de santé publique. En pratique, bien souvent, les médecins déclarent certaines personnes en affection de longue durée pour des raisons tant médicales que sociales⁵⁹⁷. De surcroît, les personnes financièrement défavorisées cumulent souvent pauvreté monétaire et exclusion sociale. Elles ne disposent pas de toutes les clés afin d'utiliser de manière optimale le système de soins⁵⁹⁸. L'existence de ce gradient socio-économique⁵⁹⁹ s'explique bien souvent par un manque d'informations sur le fonctionnement de ce système, des droits et un manque d'éducation à la santé. Ainsi, « *transférer la responsabilité financière sans tenir compte des multiples déterminants de la santé renforcerait ces inégalités* »⁶⁰⁰.

§2. Une responsabilisation manquée

168. Plan – Au-delà de la faiblesse conceptuelle qui marque la responsabilisation financière au sein de l'assurance maladie, le but visé par le législateur n'est pas atteint. Les incitations sont inefficaces (A) et les dispositifs mis

⁵⁹⁶ P. TURQUET, « Health insurance system financing reforms in the Netherlands, Germany and France : Répercussions for coverage and redistribution », *International Social Security Review* », 2012, t. 65 n°1, p. 29 ; F. JUSOT, A. LOUVEL, R. LEGAL R., POLLAK, A. SHMUELI, « À quoi tient la solidarité de l'assurance maladie entre les hauts revenus et les plus modestes en France ? », *Revue française d'économie* 2017, n°4, p. 23.

⁵⁹⁷ E. RENAHY, I. PARIZOT, J. VALLEE et P. CHACUN, « Le renoncement aux soins pour raisons financières dans l'agglomération parisienne : déterminants sociaux et évolution entre 2005 et 2010 », Rapport de recherche pour la DREES, 2011, in H. REVIL, « Le renoncement aux soins : ses conséquences sur les personnes et sur le coût de la santé », *RDSS* 2017, p. 111.

⁵⁹⁸ C. LEONARD, « L'équité dans les approches post-welfaristes de la justice et la responsabilité individuelle du patient. Vers une « responsabilisation capacitante », *Revue des Questions Scientifiques* 2009, t. 180 n°2, p. 173.

⁵⁹⁹ C. LEONARD, « Le care capacitant. Une alternative au paradigme néoclassique de la responsabilité individuelle », *Revue du MAUSS* 2013, n°41, p. 191 ; DREES, « Renoncement aux soins : la faible densité médicale est un facteur aggravant pour les personnes pauvres », juill. 2021, n°1200.

⁶⁰⁰ C. LEONARD, « Le care capacitant. Une alternative au paradigme néoclassique de la responsabilité individuelle », *Revue du MAUSS* 2013, n°41, p. 191.

en place, c'est-à-dire le parcours de soins coordonné et le médecin traitant, sont inopérants (B).

A- Des incitations inefficaces

169. *Absence d'impact moral* – Les incitations mises en place par le législateur ne permettent pas d'exercer une pression morale qui responsabilise les assurés sociaux. Plusieurs observations le confirment. Tout d'abord, affirmer qu'un individu respecte une règle par crainte de la sanction est partiellement erroné tant les motifs déterminant cette décision peuvent être nombreux, comme le manque d'information sur l'état de sa propre santé et du système de santé.

Ensuite, concernant les incitations forfaitaires, celles-ci ne responsabilisent pas les assurés sociaux dans la mesure où le montant du reste à charge ne dépend pas du comportement adopté par l'assuré social⁶⁰¹. Il est automatique et ne possède par conséquent aucun caractère moral. Les participations forfaitaires peuvent être analysées davantage comme une participation à la dette nationale que comme une mesure éducative. Dans le même sens, les incitations mises en place ne font pas l'objet d'informations quant à leur finalité et leur raison d'être, particulièrement les participations forfaitaires. Si, en théorie, le parcours de soins coordonné doit être expliqué par le médecin traitant qui constitue la porte d'entrée du système de santé, il n'en est pas de même pour le forfait hospitalier ni même pour la participation forfaitaire d'un euro. Le défaut d'information sur la raison d'être de ces incitations, ajouté à la prise en charge par les complémentaires santé, les rend indolores pour les assurés sociaux.

Aussi, la responsabilisation occulte la part des dépenses de santé cristallisante. Selon la DREES, en 2012, le reste à charge des ménages les plus aisés est 1,7 fois plus élevé que celui des plus modestes et cette différence semble se concentrer sur les dépenses ambulatoires sans influencer sur les dépenses hospitalières prises en charge par la Sécurité

⁶⁰¹ En ce sens, v. : M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

sociale⁶⁰². Les assurés sociaux ne recourent pas à l'hospitalisation de gaité de cœur. Au sein même des dépenses ambulatoires, l'effet dissuasif ne serait significatif que pour les dépenses de spécialistes⁶⁰³, les médicaments⁶⁰⁴ et les dépenses au titre de la liberté tarifaire (dépassements d'honoraires et prix libres notamment en optique⁶⁰⁵, audioprothèses, et soins prothétiques dentaires) qui sont croissantes en fonction du revenu⁶⁰⁶. Pour ces dernières dépenses, la responsabilisation ne permet pas réellement d'améliorer l'usage du système de santé.

Enfin, concernant spécifiquement le FPU, le patient-assuré social est incité à être un acteur économique et rationnel en mesure de calculer le coût de son passage aux urgences alors qu'il peut aussi être un individu qui se sent en danger et qui l'amène à demander des soins en urgence. La relation aux urgences et plus généralement aux soins est radicalement modifiée : « *la participation du patient devient la norme ; l'absence de celle-ci restant limitée à des situations exceptionnelles* »⁶⁰⁷. Ce nouveau forfait risque de constituer une cause de non-recours aux soins et de banaliser le refus de soins par les services d'urgence dans le cas où la personne ne serait pas en mesure de faire l'avance de frais ou qu'elle ne serait pas couverte par une complémentaire. En

⁶⁰² DREES, « La complémentaire santé. Acteurs, bénéficiaires et garanties », 2019, p. 79.

⁶⁰³ Les dépassements d'honoraires des consultations de spécialistes sont en général mieux pris en charge par les contrats collectifs que par les contrats individuels. En 2016, pour une consultation dans le cadre du parcours de soins facturée 60 euros auprès d'un spécialiste, seulement un bénéficiaire de contrats collectifs sur dix ne dispose d'aucune prise en charge des dépassements par son assurance complémentaire, contre cinq bénéficiaires de contrats individuels sur dix. Pour plus de précisions, v. : DREES, « La complémentaire santé. Acteurs, bénéficiaires et garanties », 2019, p. 101.

⁶⁰⁴ Les études postérieures à l'étude de référence de la Rand corporation ont nuancé la démonstration qu'un aléa exemple-post existait. Celui-ci est moins important que présenté, car dans de nombreuses hypothèses, les assurés sociaux recourent au système de soins pour des raisons médicales justifiées ou alors les patients avaient une perception du risque santé exacerbée.

⁶⁰⁵ La réforme dite du « reste à charge zéro » est donc entrée en vigueur le 1er janvier 2021 afin de limiter les dépassements d'honoraires et permettre l'accès de tous à ces dispositifs, peu important leur niveau de garantie complémentaire. Malgré le plafonnement des prix par le passé, la hausse des prix en optique continuait.

⁶⁰⁶ J-M AUBERT, « La construction du reste à charge » in « Dossier : Santé et restes à charge », RDSS 2017, p. 33 ; R. MARIE, « Vers un changement de paradigme pour la couverture des risques maladie et vieillesse », JCPS 2011, p. 1039 ; A-S GINON, « Le médecin traitant, révélateur des nouvelles fonctions de la protection sociale complémentaire », RDSS 2005, p. 907.

⁶⁰⁷ A. BOURDENX, « Le forfait patient urgences », RDSS 2023, n°894, p. 75.

augmentant les risques de prises en charge tardives, le coût financier, mais aussi sanitaire et social, pourrait s'avérer plus important que les économies envisagées.

170. Absence d'impact financier – Le concept de responsabilisation financière s'avère irréaliste, car antinomique avec l'efficacité qui devrait caractériser l'incitation. Les individus ne supportent pas une pression économique qui aurait pour effet de réduire l'aléa moral, à plusieurs titres. Tout d'abord, le remboursement de la quasi-totalité des restes à charge par les complémentaires santé ne fait pas peser financièrement sur les assurés sociaux le poids de ces mécanismes prétendument incitatifs. Seule la contribution forfaitaire d'un euro et la franchise médicale annuelle sont d'ordre public. Le forfait hospitalier, qui représente l'incitation la plus coûteuse, peut à l'inverse être pris en charge, tout comme le RAC en cas de non-respect du parcours de soins dans le cadre de contrats non responsables. L'intervention systématique des organismes complémentaires dans la prise en charge des frais de santé se produit au détriment d'une responsabilisation des individus. Les modalités de recours aux soins de la majorité de la population ne seraient pas fondamentalement modifiées par la mise en place d'une responsabilité financière⁶⁰⁸, selon plusieurs études, dont celle (de référence) menée par la Rand Corporation en 1993 aux États-Unis⁶⁰⁹. Le déremboursement n'impacterait la consommation des soins que pour les personnes aux revenus modestes, sans couverture complémentaire ou avec un niveau de recouvrement faible de la part de leur complémentaire⁶¹⁰. Cette large étude expérimentale, menée sur une durée de trois à cinq ans, a révélé des différences significatives dans les dépenses de santé entre des ménages dotés aléatoirement de couvertures maladie avec une prise en charge intégrale à 75 %, à 50 % ou à 5 %. Les dépenses par rapport à la prise en charge intégrale étaient diminuées respectivement de

⁶⁰⁸ P-L. BRAS, « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. Soc.* 2004, p. 645 ; D. POLTON, « Reste à charge, la situation paradoxale de la France », in Dossier « Santé et restes à Charges », *RDSS* 2017, p. 7.

⁶⁰⁹ Rapport de la Rand Corporation, « Newhouse et l'Insurance Experiment Group », 1993.

⁶¹⁰ L'étude de la Rand Corporation a mis en évidence l'existence d'un *aléa moral ex-post* qui désigne l'hypothèse où, lorsqu'une dépense de santé est assurée, les patients se mettraient à consommer des actes qu'ils ne consommeraient pas si l'ensemble du coût était à leur charge.

20 %, 25 % et 30 %. Dans le même sens, la DREES constatait en 2012 que le reste à charge des ménages les plus aisés était 1,7 fois plus élevé que celui des plus modestes⁶¹¹. Il convient d'ajouter que les nombreuses exonérations dont sont assortis ces dispositifs, afin d'éviter la qualification de sanction, diminuent le spectre de la responsabilisation. Pour être réellement responsabilisants, les RAC devraient être d'ordre public et ne pas être d'un montant symbolique comme la participation forfaitaire d'un euro. Un RAC de faible montant constitue davantage une participation financière qu'un instrument de responsabilisation. La majoration du ticket modérateur appliquée en cas de non-respect du parcours de soins coordonné n'a pas pour effet de responsabiliser les assurés sociaux à hauts revenus qui peuvent absorber de tels montants. Alors que pour certains, les RAC constituent un obstacle aux soins, pour d'autres, ils sont indolores. Mais augmenter le montant des RAC et les réputer d'ordre public expose au risque d'invalidation au regard de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution. Une telle conception des RAC ne serait plus responsabilisante, mais aurait pour effet d'entraver de manière beaucoup plus massive l'accès aux soins au point d'être assimilé à une sanction. Responsabiliser par voie financière est une contradiction dans les termes.

B- L'échec des dispositifs mis en place

171. Plan – Peuvent être qualifiés d'échec le dispositif du parcours de soins coordonné par l'instauration d'un médecin traitant (1) et le dispositif du DMP (2).

1- L'échec du parcours de soins coordonné

172. L'échec du médecin traitant – La responsabilisation dans le cadre du dispositif du parcours de soins coordonné et du médecin traitant est un échec⁶¹². Elle n'a pas eu pour effet de modifier significativement le comportement des assurés

⁶¹¹ DREES, « La complémentaire santé. Acteurs, bénéficiaires et garanties », 2019, p. 79.

⁶¹² En ce sens, v. G. HUTEAU, « Vers quel pacte de responsabilité pour l'assuré social ? », *Gaz. Pal.*, août 2014, p. 235.

sociaux. Déjà en 2002, 90% des personnes interrogées déclaraient avoir un médecin généraliste habituel⁶¹³. De plus, 96% des personnes consultaient plutôt d'abord un médecin généraliste avant de consulter un médecin spécialiste⁶¹⁴. Les habitudes attendues de la mise en place du dispositif de responsabilisation en 2004 étaient donc déjà adoptées, mais l'hypothèse de changements répétitifs de médecin traitant n'a pas été envisagée. Ensuite, favoriser le recours systématique à un généraliste avant l'accès au spécialiste ne fait pas consensus au sein du corps médical. Ce dispositif n'est pas étayé par une estimation positive de ses effets économiques et sanitaires, car le nomadisme médical est, en réalité, d'ampleur limitée⁶¹⁵. Parmi les assurés, il y aurait seulement 0,47% de présumés nomades et leur sollicitation d'un médecin autre que le médecin traitant est justifiée soit médicalement soit par l'indisponibilité de leur médecin traitant au moment requis⁶¹⁶. Il convient d'ajouter à cela que 60% des consultations directes de médecins spécialistes sont autorisées, car adressées à des pédiatres, ophtalmologistes, gynécologues et dermatologues⁶¹⁷.

Cette contestation n'est pas une spécificité française. Le dispositif de gatekeeping est en recul dans les organisations de *managed care*, comme aux États-Unis, où les études empiriques n'ont pas validé le retour économique attendu⁶¹⁸. Cela serait dû à la configuration du système de santé américain qui permet la prise en charge des

⁶¹³ L. AUVRAY, A. DOUSSIN, P. LE FUR, « Santé, soins et protection sociale en 2002 », CREDES, *Question d'économies de la santé* déc. 2003, n°78.

⁶¹⁴ Sondage de l'organisme TNS-SOFRES du 13 au 14 octobre 2004.

⁶¹⁵ P-L BRAS, « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. soc.* 2004, p. 645.

⁶¹⁶ P. BREUIL-GENIER, « Comportements opportunistes des patients et des médecins : l'apport d'analyses par épisodes de soins », *Economie et prévisions* 2000-1, n°142; CNAMTS « Typologie des consommateurs de soins ambulatoires dans le secteur libéral en 1995 », *Bloc-notes statistiques*, 1996, n°80 ; P. BOHET, « Quelques aspects du nomadisme de la clientèle des omnipraticiens », Service d'études et de réalisations statistiques (CNAMTS) déc. 1992, n°21 ; G. BARTHE, « Les consultations et visites des médecins généralistes, un essai de typologie », DREES, *Etudes et résultats* juin 2004, n°315.

⁶¹⁷ P-L BRAS, « Le médecin traitant : raisons et déraison d'une politique publique », *Dr. soc.* 2006, p. 59.

⁶¹⁸ O. CARRASQUILLO, S.PATI, S. SHEA, D. RABINOWITZ, « Health expenditures for privately insured adults enrolled in managed care gatekeeping vs indemnity plans », *American journal of public health*, fév 2005 ; T-G FERRIS Y. CHANG, D. BLUMENTHAL, D-D PEARSON, « Leaving gatekeeping behind effects of opening access for adults in a health maintenance organization », *New England Journal of Medicine*, nov. 2001.

consultations auprès d'un large éventail de spécialités, comme en France, tandis que le médecin généraliste anglais, dans le cadre des *primary care trust*, est incité à réduire le recours à un spécialiste⁶¹⁹. Des enveloppes sont allouées aux *primary care trust*, qui sont des structures déconcentrées du NHS dont le rôle est d'acheter les soins hospitaliers et d'organiser les soins primaires. La contractualisation avec les services étatiques limite les dépassements d'honoraires et la logique de marché. Le *gatekeeping* a donc toute sa place au sein du système anglais. Mais cette logique ne peut pas être transposée à l'identique dans des systèmes qui recouvrent des réalités différentes. Ce dispositif n'y produit pas les mêmes effets, comme l'illustre le cas français.

173. Le coût exorbitant du dispositif du médecin traitant – L'efficiences économique de la responsabilisation n'est pas non plus établie au regard du coût exorbitant de la mise en place du parcours de soins coordonné, soit environ 500 millions d'euros⁶²⁰. Ce montant se décompose de la manière suivante. Les médecins traitants généralistes ont reçu une rémunération spécifique de 40€ pour tout patient inscrit auprès d'eux relevant d'une ALD. À raison de 150 patients en ALD en moyenne par médecin généraliste, le surcroît d'honoraires s'est élevé en moyenne à 6 000€ par généraliste. La confédération des syndicats médicaux français (CSMF) souligne que ce surcroît de rémunération est acquis sans aucune modification des pratiques. De plus, en cas de non-respect du parcours de soin, le reste à charge bénéficie au spécialiste, alors qu'il n'a assumé aucun travail supplémentaire ou obligation nouvelle. Si la consultation d'un généraliste le conduit à prescrire la consultation d'un spécialiste, le dispositif s'avère inflationniste, puisque les tarifs des consultations prescrites par le médecin traitant sont augmentés de 2€ pour le généraliste et pour le spécialiste en cas de soins itératifs, et même de 15€ en cas de consultation d'un spécialiste pour avis ponctuel. L'investissement qu'a nécessité la mise en place du parcours de soins

⁶¹⁹ IGAS, Rapport « Le système de santé et d'assurance maladie en Angleterre, Juin 2002, 2 Actions concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire », p. 30.

⁶²⁰ Rapport de la commission des comptes de la sécurité sociale, juin 2005, fiche 9-1 ; Cour des comptes, « La sécurité sociale », sept. 2005, p. 153 à 228. Au sein de ce dernier la Cour des comptes dresse la liste des accords signés avec les professionnels de santé qui, censés produire des économies, se traduisent par des dépenses supplémentaires.

apparaît disproportionné par rapport à la rentabilité économique permise par cette mesure. La mise en place du dispositif du *gatekeeping*, a en réalité, été poussée par les syndicats pour revaloriser la fonction de médecin généraliste, occultée par la médecine spécialiste⁶²¹. En contrepartie, les médecins spécialistes se sont vu accorder la réouverture du secteur 2 (à honoraires libres).

2- L'échec du dossier médical personnel

174. L'échec du DMP – Le DMP peut être considéré, au même titre que le dispositif du médecin traitant, comme un échec tant au regard de son objectif de responsabilisation de l'assuré social que de son objectif de coordination du parcours de soins. Créé par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'Assurance maladie, sa mise en place était prévue pour 2007⁶²². Certains hommes politiques ont alerté sur la brièveté du délai prévu pour la mise en place d'un projet d'une telle envergure⁶²³. La France projetait une généralisation du DMP en trois ans, alors que le Royaume-Uni et les États-Unis, précurseurs en matière de systèmes d'information, avaient prévu un plan de déploiement sur 10 ans⁶²⁴. Or, en France, l'état des systèmes d'information des établissements et professionnels de santé ne garantissait pas l'interopérabilité requise. De plus, l'adhésion des professionnels de santé à ce dispositif n'était pas acquise et la

⁶²¹ Il s'agissait surtout d'une revendication de la Fédération française des médecins généralistes MG France. Sur ce point, v. : P-L BRAS, « Le médecin traitant : raisons et déraison d'une politique publique », *Dr. soc.* 2006, p. 59.

⁶²² S. ODEH, « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les Cahiers du numérique* 2016, n°12, p. 31 ; G. REBECQ, « Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après », *RDSS* 2009, p. 610 ; M-L MOQUET-ANGER, « Les obligations du patient et l'assurance maladie : les exemples du carnet de santé et du médecin référent », *RGDM* 2003, p. 49

⁶²³ Le Sénateur UDF Jean-Jacques Jégou du Val-de-Marne s'est prononcé sur le sujet : « la généralisation du DMP d'ici à juillet 2007 était irréaliste ». Propos rapportés in « Xavier Bertrand : Non, le DMP n'a pas changé », *Protection Sociale Informations* n° 542, 17 mai 2006.

⁶²⁴ Marius Fieschi, qui est un des initiateurs du DMP, précise que « si 85% des cabinets médicaux disposent d'un ordinateur, le nombre des médecins gérant un dossier est de 25% selon les enquêtes les plus optimistes. Un effort important doit donc être fait pour que les professionnels utilisent plus et mieux l'informatique dans leur pratique », in « Vers le dossier médical personnel », *Dr. soc.* 2005, p. 80.

gouvernance du projet était modifiée à chaque changement de ministre. Le projet a donc été interrompu une première fois en 2007 pour des problèmes de gestion, avant d'être relancé sur de nouvelles bases en 2009 par la ministre de la Santé et des Sports, Madame Roselyne Bachelot⁶²⁵. La loi HPST du 21 juillet 2009 confia la gestion du projet à l'Agence des systèmes d'information partagés de santé (Asip-santé)⁶²⁶ qui en a fait le cœur de son activité. Le DMP a été lancé en mars 2011 dans quatre régions pilotes⁶²⁷. Si 180 000 dossiers ont été créés pour la seule année 2012, ce nombre était encore trop faible au regard du coût exorbitant de 210 millions d'euros entre 2004 et 2011, d'autant plus que les quelques dossiers ouverts étaient peu alimentés⁶²⁸. Une énième version fut lancée par la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016⁶²⁹. Cette fois-ci, l'accent fut mis sur la nécessaire alimentation du dossier médical personnel qui est devenu le dossier médical partagé⁶³⁰. Un travail a alors été mené pour obtenir l'adhésion des professionnels de santé. Cette nouvelle version est gérée par la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) qui constitue un acteur stratégique afin de susciter l'adhésion des médecins au dispositif, en raison de

⁶²⁵ Le projet a été relancé pour donner suite aux préconisations du rapport de mission dit Gagneux, remis en 2008, qui appelait à de nouvelles bases. Sur la nouvelle mouture du projet, v. : « DMP : généralisation annoncée pour 2012 », *Protection Sociale Informations*, juin 2008, n° 647 ; « DMP : la relance sous le signe du réalisme », *Protection sociale Informations*, n° 684, avril 2009.

⁶²⁶ L'ASIP-Santé regroupe le groupement d'intérêt public (GIP) GIP-DMP ainsi que GIP gérant la carte professionnelle de santé et celui en charge de la modernisation du système d'information hospitalier.

⁶²⁷ Les quatre régions pilotes sont l'Alsace-Lorraine, la Picardie, l'Aquitaine et la Franche-Comté. V. : « DMP : l'Asip-santé fait le pari de la simplicité », *Protection Sociale Informations*, nov. 2010, n° 759.

⁶²⁸ S. ODEH, « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les Cahiers du numérique* 2016, n°12, p. 31.

⁶²⁹ J-N CABANIS, « La loi du 26 janvier 2016 relative à la modernisation de notre système de santé : une nouvelle étape pour la santé publique », *RDSS* 2016, p. 599.

⁶³⁰ CSP, art. L. 1111-1-4 et R. 1111-26 et s. Pour étudier l'évolution du dossier médical personnel au dossier médical partagé, ses enjeux économiques et politiques, v. : M. FIESCHI, « Vers le dossier médical personnel, Les données du patient partagées un atout à ne pas gâcher pour faire évoluer le système de santé », *Dr. soc.* 2005, p. 80 ; A. MONNIER, « Le dossier médical personnel : histoire, encadrement juridique et perspectives », *RDSS* 2009, p. 625 ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 320, n°288.

son réseau de délégués déployés auprès des professionnels de santé⁶³¹. Pour leur offrir un gain de temps et faciliter l'usage de ce nouvel outil, le consentement de l'assuré peut être recueilli via le site « Améli », de sorte que cette formalité administrative est épargnée au médecin. Du côté du patient, est désormais inscrite automatiquement chaque consultation ou information. Mais l'ouverture du DMP reste facultative et ne se voit assortie d'aucune incitation financière. Bien qu'annoncée, celle-ci n'a jamais été déployée ni mise en œuvre par le gouvernement, craignant sans doute que la mesure soit considérée comme une atteinte excessive au respect des données personnelles, sujet sensible.

175. L'espoir de l'espace numérique de santé – À la suite de l'adoption du règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD), qui a fait passer la législation sur le traitement des données personnelles d'une logique d'autorisation à une logique de conformité et créé des cas dérogatoires de collecte des données personnelles sensibles dès lors que celle-ci est effectuée dans un objectif d'intérêt général, le législateur est passé à une logique « opt-out » à partir du 1^{er} janvier 2022, avec l'ouverture de l'espace numérique de santé⁶³². Celui-ci est ouvert automatiquement, sauf opposition de la personne concernée, et les données sont plus nombreuses⁶³³. Outre le DMP, qui connaît une véritable extension depuis l'épidémie

⁶³¹ L. MORLET-HAÏDARA, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658 ; « Après la tourmente, la nouvelle feuille de route de l'Asip Santé », *Protection sociale Informations*, n° 1060, 8 février 2017 ; « La Cnamts reprend le dossier médical », *Protection sociale Informations* n° 935, 25 juin 2014 : « Il est apparu plus opérationnel de lui confier la gestion de ce dossier, compte tenu de sa force de frappe territoriale et de proximité » ; Cette passation correspond de manière cohérente à la place croissante de l'assurance maladie dans le développement de la télémédecine en 2017. L'assurance maladie en 2017 déploie la télémédecine dans 9 départements.

⁶³² Article 9 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données). Pour approfondir la philosophie du RGPD, v. : J. BOSSI, « Le règlement européen et la protection des données de santé », *D. IP/IT* 2017, p. 260 ; L. MARINO, « Le règlement européen sur la protection des données personnelles : une révolution ! », *JCP G* 2016, p. 628 ; C. CASTETS-Renard « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », *D. IP/IT* 2016, p. 331.

⁶³³ CSP, art. L. 1111-13-1 ; V. : monespacesante.fr.

de la Covid-19⁶³⁴, cet espace numérique contient les données relatives au remboursement des dépenses de santé, une messagerie sécurisée permettant aux professionnels de santé et aux établissements d'échanger entre eux, des services de télésanté, l'accès à des applications voire les constantes de santé du patient produites par les objets connectés⁶³⁵. Ce site sera compatible avec tous les terminaux (smartphones, tablettes et ordinateurs) et une application mobile sera disponible. Le dispositif a été conçu pour permettre à l'assuré de mieux se soigner ou de mieux être soigné en s'impliquant dans la gestion et le partage de ses informations et documents. *« Dès à présent, l'ensemble des acteurs de la santé sont co-responsables de la réussite »*⁶³⁶. L'idée de coresponsabilité revient avec la volonté de mettre l'individu, cette fois-ci, au cœur du dispositif et non plus de le réduire au rôle d'initiateur. L'individu sera responsabilisé à l'égard de sa santé par l'usage de l'espace numérique de santé et non plus responsabilisé dans son usage du système de santé, comme le sous-entendait le DMP. La responsabilisation financière à l'égard du système de santé n'est plus la voie privilégiée. Le législateur préfère responsabiliser l'individu à l'égard de sa santé et opter pour une approche plus éducative, comme le montrent les sites de la Caisse d'assurance maladie ou encore de l'Agence du numérique en santé qui multiplient les supports informatifs à destination des assurés sociaux⁶³⁷. L'avenir permettra de confirmer, ou non, si ce nouvel outil permet de responsabiliser davantage l'assuré social, qui peut toujours s'opposer au versement de documents au sein de son DMP.

⁶³⁴ 10 millions de DMP ont été ouverts en 2021, 11 100 médecins généralistes l'utilisent désormais et chaque dossier contient en moyenne 20 documents.

⁶³⁵ Pour une étude critique des limites portées au droit au secret de la personne malade, v. M. HARICHAUX, « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *RDSS* 2006, p. 109 ; C. LE GOFFIC, « Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine », *RDSS* 2011, p. 987. Sur la raison d'être et la philosophie du secret médical, v. : J. LAGREE, « Ethique et partage du secret professionnel », *RDSS* 2015, p. 465.

⁶³⁶ Ministère des Solidarités et de la santé et l'assurance maladie, Dossier d'information, « Réussir ensemble mon espace santé », p. 13.

⁶³⁷ esante.gouv.fr ; ameli.fr.

176. Conclusion de section – La distinction entre la responsabilisation par voie incitative et la responsabilité est critiquable sur plusieurs points. Dans un premier temps, la distinction théorique est bancale à deux titres. Tout d’abord, prendre en considération l’intervention des complémentaires santé pour apprécier la conformité d’une incitation aux exigences constitutionnelles de libre accès à la santé a pour effet de biaiser l’appréciation de son importance quantitative. Une telle analyse n’apprécie pas le RAC en lui-même et pénalise les populations qui ne bénéficient pas d’une complémentaire ou dont le niveau de prise en charge est faible. Dans ces hypothèses, le reste à charge ne constitue plus une incitation, mais un obstacle dans l’accès aux soins. Or, la responsabilisation se distingue de la responsabilité si et seulement si elle ne vide pas de sa substance le droit d’accès aux soins. Ensuite, la définition et l’identification de la sanction sont relatives et plurielles. Entendue largement, l’existence d’une sanction peut être retenue en présence d’une mesure négative attachée au manquement à une obligation ou à un devoir. Ces deux arguments permettent de conclure que la responsabilisation constituerait en réalité une responsabilité morale déguisée sous le prétexte de la faiblesse de la sanction. Dans un second temps, la construction de la responsabilisation par voie incitative est mise à mal, car cette modalité ne permet pas d’atteindre les objectifs économiques et moraux visés par la responsabilisation. Tout d’abord, les incitations mises en œuvre ne sont pas efficaces en raison soit de leur faible montant, soit de l’absence de corrélation avec un comportement jugé néfaste, soit de leur prise en charge par les organismes complémentaires de santé. Les incitations ne pèsent donc pas toujours, ni moralement ni financièrement, sur les individus, ce qui altère leur efficacité et leur raison d’être. Ensuite, les dispositifs mis en place que sont le parcours de soins coordonné avec son *gatekeeping*, et le DMP n’ont pas permis d’opérer des changements de comportements de la part des assurés sociaux en raison d’une mauvaise conception pratique, dont le coût exorbitant vient assombrir davantage encore le bilan mitigé de ces outils de responsabilisation.

177. Conclusion de chapitre – Afin de responsabiliser l’assuré social dans son recours au système de santé et réduire les sollicitations superflues du système de santé, est laissé à la charge de l’assuré social une part du montant de ses dépenses de santé. Il s’agit soit de sommes variables imposées en cas de comportement spécifique jugé néfaste pour les finances de la Sécurité sociale, soit de sommes forfaitaires appliquées à tous. Ces mesures financières sont des incitations visant à pousser les assurés sociaux à adopter un comportement vertueux dans leur recours au système de santé. Il ne s’agit pas de sanction, car il n’est pas porté atteinte au droit fondamental d’accéder aux soins. Elles ne sont pas coercitives selon le Conseil constitutionnel, permettant de qualifier le mécanisme de responsabilisation et non de responsabilité. Pourtant, cette construction théorique connaît de nombreuses failles qui font douter d’une réelle distinction entre la responsabilisation par voie incitative et la responsabilité. Tout d’abord, le critère de distinction entre incitation et sanction est fortement contestable. Des restes à charges modestes peuvent constituer un obstacle dans l’accès aux soins pour une partie de la population. Indépendamment de cette appréciation quantitative, la distinction entre sanction et incitation porte à débat. La sanction constitue une notion aussi large et mouvante que la responsabilité. La qualification de sanction peut être retenue dès qu’il existe une contrainte, une mesure négative imposée après la réalisation d’un acte fautif. Sous couvert d’une incitation minime serait réintroduite en réalité une responsabilité à caractère moral. La finalité morale de cette responsabilité n’est, elle-même, pas certaine. La faiblesse du montant des incitations et le remboursement par les organismes complémentaires privent de toute efficacité les mesures incitatives. Les supports logistiques à la responsabilisation, spécifiquement le parcours de soins coordonné et dossier médical personnel, n’ont pas été conçus de manière à modifier le comportement des individus dans leur recours au système de santé.

En conclusion, la voie incitative de la responsabilisation est distincte de la responsabilité sur le plan théorique, mais son application relève les limites de cette distinction. Il s’agit en réalité d’une responsabilité déguisée dont l’objectif de responsabilisation est de surcroît manqué. Une autre modalité est à envisager pour réaliser une responsabilisation réellement distincte de la responsabilité. La seconde voie de la responsabilisation, par voie éducative, pourrait constituer une véritable responsabilisation.

Chapitre II : La voie de l'éducation thérapeutique dans la survenance du risque maladie

178. Plan – La seconde voie de la responsabilisation est celle de l'éducation thérapeutique. À la différence de la responsabilisation incitative, l'objet porte ici sur la réalisation du risque social et emprunte la voie de l'éducation et plus spécifiquement celle de l'éducation thérapeutique du patient (ETP). Comme pour la responsabilisation financière, cette voie de la responsabilisation est théoriquement distincte de la responsabilité (**Section 1**). Elle constituerait même la voie la plus respectueuse des principes fondamentaux de l'assurance maladie. Toutefois, un dévoiement sans précédent vers la responsabilité comportementale a été évité de justesse (**Section 2**).

Section I : Distinction théorique

179. Plan – Le développement de l'ETP (§1) se distingue théoriquement du mécanisme de responsabilité (§2), conformément aux principes directeurs de l'assurance maladie.

§1. Le développement de l'ETP

180. Plan – Il est nécessaire d'identifier l'ETP (A) pour comprendre la pluralité de formes qu'elle emprunte (B).

A- Identification de l'ETP

181. Plan – Les causes qui ont conduit au développement de l'ETP (1) conduisent à appréhender sa définition et la distinguer de notions limitrophes (2).

1- Causes

182. Le développement des ALD – En France, en 2014, les ALD représentaient 16% de la population couverte. Il s'agit en majorité de personnes âgées et la durée moyenne de leur prise en charge est de 6 ans. En 2025, les maladies prévalentes seront le cancer, l'Alzheimer, les affections cardiovasculaires, l'obésité, le

diabète et la dépression⁶³⁸. Selon les projections de l'Institut de Veille Sanitaire (InVS), il y avait en France en 2016 un million de diabétiques supplémentaires par rapport à 1999, augmentation due pour moitié à l'augmentation du nombre de personnes obèses ou en surpoids⁶³⁹. La maladie a donc changé de physionomie depuis la création de la Sécurité sociale. Les pathologies d'aujourd'hui et de demain sont des pathologies chroniques essentiellement liées au vieillissement, à l'environnement des individus, à leurs comportements et à leurs modes de vie. De plus, ces pathologies sont de longue durée ce qui signifie que leur prise en charge perdurera dans le temps. Encourager une gestion active et préventive de la santé permettra d'améliorer la prise en charge voire de réduire la survenance de ces pathologies. La forme la plus élevée de sécurité réside dans la prévention du risque⁶⁴⁰. Assurer l'indemnisation des victimes n'assure qu'une prise en charge imparfaite comme le soulignaient Lord Beveridge et Paul Durand lors de la création des systèmes européens de Sécurité sociale⁶⁴¹. Selon ce dernier, « *une politique sociale efficace devrait tendre à des modifications de structure destinées à prévenir les risques sociaux. Il s'agit alors de concevoir une organisation économique, sociale, technique, telle que l'on parvienne à rendre plus rare, sinon impossible la réalisation du risque* »⁶⁴². Outre l'aspect sanitaire et social d'une gestion active et préventive de la santé, ce nouveau mode de gestion constitue une nécessité économique pour l'assurance maladie.

⁶³⁸ Rapport « France 2025 – Diagnostic stratégique : État des lieux 2008 », Premier ministre, Secrétariat d'état à la prospective, à l'évaluation des politiques publiques et au développement de l'économie numérique avr. 2008.

⁶³⁹ *Ibidem*.

⁶⁴⁰ Si nécessaire qu'elle soit, l'indemnisation des risques ne peut constituer que l'un des aspects de la politique de sécurité sociale, surtout face au besoin, ressenti, de plus en plus croissant de sécurité des sociétés modernes. Toutefois, il convient de souligner que l'indemnisation et la prévention ne sont pas des modes de prise en charge concurrents, mais « se prêtent un soutien mutuel » précise P. DURAND, in *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 23.

⁶⁴¹ P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 23 ; F. GUIOMARD, « Prévenir et/ou réparer ? La place de la prévention dans le droit de la protection sociale », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD, *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016 p. 193 ; Y-SAINT JOURS, « La sécurité sociale et la prévention des risques sociaux », *Dr. soc.* 1994, p. 594.

⁶⁴² P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, 1953, p. 23.

183. L'important coût de l'incompréhension thérapeutique – Si les ALD touchent environ 16% de la population couverte par l'assurance maladie, elles représentent 60% des dépenses de santé⁶⁴³. En 2014, la dépense moyenne remboursée par personne en ALD était de 6 600€, soit près de 9 fois plus que pour les autres assurés. L'importance des coûts est liée à l'allongement de la durée des traitements, mais aussi à une incompréhension et des prescriptions médicales qui empêchent une prise en charge optimale. En 2012, 46,3% des dépenses étaient affectées à l'hospitalisation contre 25,7% dédiées aux soins ambulatoires et 18,7% aux médicaments⁶⁴⁴. La part majoritaire des dépenses d'hospitalisation est révélatrice des carences du système de santé en matière de prévention. Le recours aux services hospitaliers et d'urgence est souvent dû à une méconnaissance du professionnel de santé adéquat à consulter ou encore aux états de décompensation dans l'hypothèse d'une pathologie chronique mal gérée. La moitié des patients comprennent mal les propos de leur médecin à la suite de la consultation, ce qui les amène à recourir aux services hospitaliers pour un épisode aigu⁶⁴⁵. Parmi les renonçants aux soins, 4,8% estiment les soins peu ou pas urgents, 30,1% sont découragés par l'avance de frais, 6,2% ne réalisent pas certains soins par négligence, 3,5% en raison de démarches trop compliquées et enfin 2,6% en raison d'un manque

⁶⁴³ Rubrique affection de longue durée (ALD) in <https://assurance-maladie.ameli.fr> ; B. GRENIER, F. BOURDILLON et R. GAGNAYRE, « Le développement de l'éducation thérapeutique en France : politiques publiques et offres de soins actuelles », *Santé Publique*, vol. 19, 2007, p. 283 ; V. VIOUJAS « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517. Certaines affections de longue durée (ALD) sont dites « exonérantes ». Il s'agit d'affections dont la gravité et/ou le caractère chronique nécessitent un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse, et pour lesquelles le ticket modérateur est supprimé. Cette exonération bénéficie aux patients atteints d'une affection inscrite sur la liste (ALD 30) ; ou d'une affection dite « hors liste » (ALD 31), c'est-à-dire d'une forme grave d'une maladie ou d'une forme évolutive ou invalidante d'une maladie grave ne figurant pas sur la liste des ALD 30, comportant un traitement prolongé d'une durée prévisible supérieure à six mois et une thérapeutique particulièrement coûteuse ; ou de plusieurs affections entraînant un état pathologique invalidant (ALD 32).

⁶⁴⁴ J-J DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 2015, 18e éd., p. 69. Il convient de souligner la faible part de la consommation de médicaments qui relativise l'image populaire d'un assuré social consommateur excessif et irresponsable du système de santé. Plus précisément sur le diabète la part hospitalière des coûts représentait environ 46%, donc avant même les dispositifs médicaux et pharmaceutiques précise l'étude *Entred* 2001 actualisée en 2003, in <https://www.santepubliquefrance.fr>.

⁶⁴⁵ Rapport de l'Institute of Medicine, « Crossing the quality chasm: a new health system for the 21st century », Washington: National Academies, 2001.

d'informations sur le système de santé⁶⁴⁶. La perception de la santé paraît donc très différente chez les renonçants et les non-renonçants. Les premiers ont une perception plus négative de leur état de santé, puisque 42% des renonçants estiment leur état de santé comme « moyen », contre 35% des non-renonçants. Certains soins prescrits ne sont pas réalisés, car perçus comme « périphériques » au traitement de la pathologie chronique de l'assuré social⁶⁴⁷. C'est donc un véritable travail d'éducation de l'assuré social qui est nécessaire pour améliorer la prise en charge, mais aussi l'allocation des dépenses de santé. De manière plus générale, le système de santé doit améliorer la prise en charge des pathologies chroniques qui représentent la moitié des dépenses de santé. Le simple contrôle de l'accès aux soins ne constitue pas un modèle de gestion efficace pour transformer l'assurance maladie en un payeur actif.

184. Le disease management : un mode de gestion tourné vers le patient –

Le modèle du *disease management* apparaît pour la première fois aux États-Unis dans les années 1990. Les entreprises pharmaceutiques souhaitent améliorer l'utilisation des médicaments par les patients puis certains acteurs privés développent l'accompagnement du patient au travers de programmes ciblés sur certaines pathologies⁶⁴⁸. Ce modèle a ensuite été généralisé par les assurances santé, en réaction aux politiques de *managed care* qui n'avaient pas démontré leur efficacité

⁶⁴⁶ H. REVIL, « Le renoncement aux soins : ses conséquences sur les personnes et sur le coût de la santé » in « Dossier : Santé et restes à charges », RDSS 2017, p. 111.

⁶⁴⁷ *Ibidem*.

⁶⁴⁸ P-L. BRAS, G. DUHAMEL et E. GRASS, « Améliorer la prise en charge des malades chroniques : les enseignements des expériences étrangères de *disease management* », Rapport pour l'IGAS, sept. 2006, p. 8 et s. ; F. GALVIS-NARINOS et A. MONTELMARD, « Le système de santé des États-Unis », *Pratique et organisation des soins*, vol. 40, oct-déc. 2009, p. 311 ; S. CHAMBARETAUD et D. LEQUET-SALMA, « Managed care et concurrence aux États-Unis, évaluation d'un mode de régulation », RFAS 2002, p. 11 ; N. LEMAIRE et F. VON LENNEP, « Le *disease management*, une réponse au défi des maladies chroniques » in P-L BRAS et al., *Traité d'économie et de gestion de la santé*, Presses de Science po, « Hors collection », 2009, p. 225.

thérapeutique et n'étaient plus acceptées par les populations⁶⁴⁹. Bien qu'il vise à limiter l'accroissement des dépenses de santé, le *managed care* contrôle et limite l'accès aux soins, mais ne permet pas leur amélioration. Lorsque la sanction financière prend pour cible l'accès aux soins inutiles, elle ne donne pas à l'assuré social les informations élémentaires lui permettant d'appréhender son état de santé et de recourir de manière plus appropriée au système de santé. Mettre à la charge de l'assuré social une somme forfaitaire parce qu'il va aux urgences sans que cela soit justifié médicalement ne lui apprend pas à utiliser correctement le système de santé. L'assuré social est aussi un patient qui, sans devenir un professionnel de santé, a besoin d'avoir des connaissances minimales en matière de santé et sur sa pathologie afin de recourir de manière adéquate au système de santé. Sans cette éducation, une meilleure allocation des ressources ne sera pas possible. L'association américaine du *disease management* (DMAA) propose la définition suivante : « le *disease management* est un système coordonné d'intervention et de communication en matière de soins, dirigé vers les populations pour lesquelles les efforts des patients eux-mêmes ont un impact significatif ». Ce mode de gestion prône une prise en charge tournée vers le patient, l'associer à celle-ci et cibler plus précisément les interventions sur les pathologies chroniques. Le *disease management* est « une démarche centrée sur les malades chroniques qui, pour l'essentiel, par des interventions directes auprès des patients (aide, suivi, conseil),

⁶⁴⁹ Les *managed care organizations* (MCO), réseaux de soins coordonnés qui cumulent fonction d'assurance et de production de soins, offrent un partenariat entre financeurs et fournisseurs de soins pour allouer les ressources de façon optimale. L'idée est de promouvoir une gestion plus rationnelle du système de santé en instaurant une concurrence entre les fournisseurs de soins et de mieux maîtriser les coûts. Les professionnels de santé offrent des tarifs préférentiels en échange d'une fidélisation des clients et les patients sont encouragés à consulter parmi les professionnels conventionnés. Plusieurs modèles de MCO existent selon le rôle des assureurs dans la gestion des soins médicaux. Les HMO offrent un réseau de praticiens et d'hôpitaux moyennant un budget fixé préalablement et indépendamment du recours aux services effectifs. Les HMO utilisent une série de mécanismes pour maîtriser l'accès aux soins et le nombre d'actes réalisés tels que le médecin référent et l'autorisation de prise en charge de certains traitements. Toutefois, la préférence est désormais portée sur un certain type de MCO, nommé les *Preferred Providers Organizations* (PPO) qui développent le *disease management*, car la politique de réduction des dépenses faisait douter de la qualité des soins. Dans les PPO, une plus grande liberté est laissée à l'assuré social dans le recours au système de santé. Par exemple il n'est pas obligé de consulter le médecin de premier recours pour accéder à un médecin spécialiste.

visent à accroître leurs capacités à gérer leur maladie dans la perspective d'améliorer les résultats sanitaires et de réduire les dépenses »⁶⁵⁰. Les objectifs sont de favoriser une meilleure prise en charge, par les malades eux-mêmes, de leur pathologie au travers de diverses actions comme la coordination des soins et le monitoring à domicile.

185. Les composantes du disease management – Le *disease management* repose sur trois piliers que sont le soutien de la relation entre le médecin et le patient dans le cadre d'un plan de soins, la prévention des complications en utilisant des recommandations scientifiquement fondées, des stratégies visant à accroître les capacités des patients à se prendre en charge et enfin l'évaluation des résultats humains, cliniques et économiques de manière continue dans le but d'améliorer globalement la santé des patients. Un programme de DM est composé des éléments suivants ⁶⁵¹:

1. Des recommandations scientifiquement fondées pour identifier des écarts entre la pratique réelle de soins et les bonnes pratiques ;
2. Un dispositif d'identification de la population à risque ;
3. Un dispositif permettant d'identifier le niveau de risque des patients afin d'adapter les interventions à leurs besoins ;
4. Un dispositif de coopération entre les médecins et les autres fournisseurs de soins ;
5. Un processus de formation favorisant la prise en charge par les patients de leur santé qui peut inclure la prévention primaire, des programmes de modification des comportements et des dispositifs de surveillance de l'observance ;
6. Un système de retour de l'information, de contrôle et de surveillance continue ;
7. Un usage adéquat des nouvelles technologies de l'information et des communications ;
8. Un processus de mesure, d'évaluation et de gestion des résultats.

⁶⁵⁰ P-L. BRAS, G. DUHAMEL et E. GRASS, « Améliorer la prise en charge des malades chroniques : les enseignements des expériences étrangères de *disease management* », Rapport pour l'IGAS, sept. 2006, p. 7.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 4.

Tout programme de *disease management* ne comporte pas obligatoirement les huit composantes évoquées ci-dessus. Il doit toutefois respecter les quatre axes principaux que sont l'autonomie de l'individu, le coaching, la coordination des soins et le monitoring à domicile. L'objectif premier est de rendre l'individu autonome et capable de changer ses comportements, au travers de l'éducation thérapeutique du patient (ETP) notamment.

2- Définition

186. La définition générale de l'ETP par l'OMS – Bien que correspondant à diverses réalités, la définition couramment donnée de l'ETP est celle donnée par l'OMS en 1996. L'ETP vise à « *aider les patients à acquérir ou maintenir les compétences dont ils ont besoin pour gérer au mieux leur vie avec une maladie chronique. Elle fait partie intégrante et de façon permanente de la prise en charge du patient. Elle comprend des activités organisées, y compris un soutien psychosocial, conçues pour rendre les patients conscients et informés de leur maladie, des soins, de l'organisation et des procédures hospitalières, et des comportements liés à la santé et à la maladie. Ceci a pour but de les aider, ainsi que leurs familles, à comprendre leur maladie et leur traitement, à collaborer ensemble et à assumer leurs responsabilités dans leur propre prise en charge, dans le but de les aider à maintenir et améliorer leur qualité de vie* »⁶⁵².

L'ETP poursuit deux finalités spécifiques. Dans un premier temps, elle tend à transmettre l'acquisition et le maintien par le patient de compétences d'autosoins (décisions que le patient prend avec l'intention de modifier l'effet de la maladie sur sa santé). L'éducation thérapeutique du patient permet par exemple au patient de soulager ses symptômes, de prendre en compte les résultats d'une autosurveillance, d'une

⁶⁵² OMS, Rapport « Therapeutic patient Education- Continuing Education Programmes for Health care Providers in the field of Chronic Disease », 1996 ; HAS, « Éducation thérapeutique du patient – Définition, finalités et organisations », Recommandations, juin 2007 ; HAS, « Structuration d'un programme d'éducation thérapeutique du patient dans le champ des maladies chroniques », Guide méthodologique, juin 2007.

automesure, de réaliser des gestes techniques (injection d'insuline), d'adapter des doses de médicaments, d'acquérir des compétences dites de sécurité destinées à sauvegarder la vie du patient. Les différentes données médicales, sociales sont explicitées par le médecin au patient afin de lui donner une certaine autonomie. À titre d'exemple, la lecture d'analyses ou de graphiques est explicitée.

Dans un second temps, l'ETP poursuit la mobilisation ou l'acquisition de compétences d'adaptation (compétences personnelles et interpersonnelles, cognitives et physiques qui permettent aux personnes de maîtriser et de diriger leur existence, et d'acquérir la capacité à vivre dans leur environnement et à modifier celui-ci). Elle contribue également à permettre au patient de mieux se connaître, de gagner en confiance en lui, de prendre des décisions et de résoudre des problèmes, de se fixer des buts à atteindre et de faire des choix. Ces derniers s'appuient sur le vécu et l'expérience antérieure du patient, faisant partie d'un ensemble plus large de compétences psychosociales. La HAS précise que tout programme d'ETP doit nécessairement prendre en compte ces deux dimensions à tous les stades, c'est-à-dire tant dans l'analyse des besoins, la motivation du patient et sa réceptivité à la proposition d'une éducation thérapeutique du patient, que dans la négociation des compétences à acquérir et à soutenir dans le temps, le choix des contenus, des méthodes pédagogiques et d'évaluation des effets.

187. Pluralité d'ETP et mélange des notions – L'ETP est à distinguer de notions limitrophes qui peuvent parfois être confondues, surtout face à la multiplicité des programmes qui s'en revendiquent. Tout d'abord, l'ETP est à distinguer de l'éducation en santé qui consiste en une seule dispense d'information sans effectuer un suivi de l'individu⁶⁵³. L'objectif est de réduire l'asymétrie d'informations afin de permettre au patient de comprendre son état de santé et de recueillir son consentement et adhésion aux soins, de sorte à renforcer la compliance de ce dernier aux soins qui lui

⁶⁵³ M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social : un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p.45.

sont prodigués⁶⁵⁴. Ensuite, l'ETP est à distinguer du *disease management*. Elle constitue un outil de ce dernier pour atteindre ses objectifs au même titre que la coordination du système de santé. Aussi, le *disease management* a une vision globale de la santé, ciblant les pathologies sur lesquelles intervenir, tandis l'ETP est centrée sur le patient. L'ETP est aussi à distinguer de l'observance thérapeutique. Cette dernière est favorisée par l'ETP, mais il ne s'agit pas de son unique finalité, car l'ETP cherche aussi à rendre le patient acteur et décideur dans la prise en charge de sa pathologie. Enfin, l'ETP peut être confondue avec l'accompagnement du malade dans la prise en charge du risque maladie. Outre le sens commun du terme, l'accompagnement constitue une notion juridique et sociale qui désigne une aide globale comprenant un pan social et un pan administratif. La proximité de ces termes appartenant au même champ lexical et qui poursuivent les mêmes intérêts tout en se distinguant explique la diversité d'actions au sein du système de santé français, encore marqué sur ce point par la dichotomie entre droit de la Sécurité sociale et droit de la santé publique.

B- Réalisation de l'ETP

188. Deux catégories principales se distinguent : les programmes du Code de la santé publique (1) et les programmes du Code de la Sécurité sociale (2), soulignant une dichotomie persistante entre les deux législations.

1- Les programmes du Code de la santé publique

189. Une définition restrictive de l'ETP dans le Code de la santé publique
– Dans l'ordre juridique français, l'article L.1161-1 du Code de la santé publique dispose : « *L'éducation thérapeutique s'inscrit dans le parcours de soins du patient. Elle a pour objectif de rendre le patient plus autonome en facilitant son adhésion aux*

⁶⁵⁴ K.V.LAARIBI, « L'empowerment » du patient chronique et la transformation du système de santé », p. 105, spé. p. 113, in C. Hervé, M Stanton-Jean et M-F Mamzer, *La participation des patients*, Dalloz, 2017.

traitements prescrits et en améliorant sa qualité de vie ». Cette définition semble plus stricte que celle de l'OMS, car l'objectif premier est d'assurer l'autonomie du patient et son adhésion au traitement. Il n'est pas fait état du pouvoir de décision du patient. Pourtant la doctrine avait proposé une définition plus complète et plus proche de celle de l'OMS. La mission nommée dans le cadre des travaux préparatoires d'élaboration de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires proposait l'écriture suivante : « *L'éducation thérapeutique s'entend comme un processus de renforcement des capacités du malade et/ou de son entourage à prendre en charge l'affection qui le touche, sur la base d'actions intégrées au projet de soins. Elle vise à rendre le malade plus autonome par l'appropriation de savoirs et de compétences afin qu'il devienne l'acteur de son changement de comportement, à l'occasion d'évènements majeurs de la prise en charge (initiation du traitement, modification du traitement, etc.), mais aussi plus généralement tout au long du projet de soins, avec l'objectif de disposer d'une qualité de vie acceptable par lui* »⁶⁵⁵. La fonction morale de l'ETP n'est pas pour autant abolie. L'action de l'ETP sur la conscience de l'individu ressort de la législation française en ces termes : « *rendre le patient plus autonome* », « *faciliter son adhésion* ». L'action de l'individu est au cœur de l'ETP qui poursuit une finalité morale et non de contrainte, ce qui distingue la responsabilisation par voie éducative de la responsabilité. La définition stricte et liminaire de l'ETP s'explique sans doute par sa place dans le Code de la santé publique. L'article L. 1161- 1 inaugure le chapitre relatif aux dispositions générales qui encadrent l'éducation thérapeutique et la déploient. Les articles L. 1161-2, L. 1161-3 et L. 1161-4 correspondent aux différents programmes pouvant être mis en œuvre et financés au titre des dépenses de santé publique pour réaliser l'ETP. À l'inverse, certains programmes, mis en place par des associations par exemple, s'inscrivent dans l'ETP entendue au sens large, mais ne correspondent pas aux programmes reconnus par le Code de la santé publique. Ils ne bénéficient à ce titre ni des financements publics ni de la certification de la HAS, attachée au cahier des charges

⁶⁵⁵ C. SAOUT et J. VOITURIER, « Rapport en vue du cahier des charges des expérimentations des projets d'accompagnement à l'autonomie prévues par le projet de loi de modernisation de notre système de santé », Cap santé ! , juill. 2015, p. 17.

de chaque action d'ETP⁶⁵⁶. L'article L. 1161-1 du Code de la santé publique a davantage pour objectif la mise en œuvre de l'ETP que de détailler sa définition déjà réalisée par l'OMS.

a- Les programmes d'ETP

190. Organisation et autorisation des programmes d'ETP – L'organisation des programmes d'ETP est issue de la loi HPST. L'article L. 1161-2 du Code de la santé publique dispose que « *Les programmes d'éducation thérapeutique du patient sont conformes à un cahier des charges national dont le contenu est défini par arrêté du ministre chargé de la santé, sur la base des recommandations et référentiels établis par la Haute Autorité de santé. Ces programmes sont mis en œuvre au niveau local après déclaration auprès des agences régionales de santé. Ils sont proposés au malade par un professionnel de santé et donnent lieu à l'élaboration d'un programme personnalisé* »⁶⁵⁷.

Tout d'abord, pour faire l'objet d'un programme d'ETP, les pathologies chroniques doivent figurer dans une liste prévue par l'arrêté qui comprend l'ensemble des ALD, comme l'asthme par exemple. Le dispositif réglementaire cherche à prioriser les actions sur les malades chroniques phares en nombre de patients et en coûts induits par la Sécurité sociale, même si les ARS restent maîtres pour décider de ce qui est prioritaire sur leur territoire. Le programme d'ETP doit répondre à un problème non

⁶⁵⁶ Peuvent être cités les écoles de l'asthme qui se trouvent dans ou en dehors de l'hôpital, les réseaux de santé/ maisons médicales, les associations de patients qui sont financées par des fonds privés ou des fonds publics, les actions d'accompagnement. Il convient de préciser que certains programmes d'ETP ne sont pas éligibles aux financements de l'ARS, mais doivent tout de même être déclarés et autorisés. L'ARS dispose d'un délai de deux mois à compter de la date de réception du dossier pour statuer sur le caractère complet du dossier de déclaration.

⁶⁵⁷ L'article L. 1161-2 du Code de la santé publique prend en compte les recommandations « Pour une politique nationale d'ETP » de 2008 selon lequel un cahier des charges national d'ETP devait être établi par l'HAS. V. : C. SAOUT, C. CHARBONNEL, D. BERTRAND, Rapport « Pour une politique nationale d'ETP », sept 2008 ; Arrêté du 30 décembre 2020 relatif au cahier des charges des programmes d'éducation thérapeutique du patient et à la composition du dossier de déclaration et modifiant l'arrêté du 2 août 2010 modifié relatif aux compétences requises pour dispenser ou coordonner l'éducation thérapeutique du patient.

couvert et être assez étoffé pour répondre au cahier des charges. Ensuite le programme de l'ETP doit être déclaré auprès de l'ARS⁶⁵⁸ et correspondre au cahier des charges national élaboré par la HAS et l'INPES. Celui-ci est basé sur quatre types de critères : la structure et le contenu du programme, les personnes éligibles, l'évaluation du déroulement des programmes et des compétence acquises et les équipes pluridisciplinaires formées à l'ETP. Ce type d'éducation doit être dispensé par des professionnels de santé spécialisés ayant reçu une formation spécifique à l'ETP⁶⁵⁹. Il y a consensus sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un nouveau métier, mais la dispense de l'ETP requiert des compétences spécifiques⁶⁶⁰. Pour dispenser ou coordonner l'éducation thérapeutique du patient, les professionnels en question doivent disposer de compétences techniques permettant de favoriser une information utile du patient et pour la coordination, des compétences relationnelles et pédagogiques et des compétences organisationnelles permettant de planifier des actions et de conduire un projet d'éducation thérapeutique du patient. L'ETP peut être dispensée par le professionnel de santé lui-même s'il est formé à l'ETP, soit par une équipe pluriprofessionnelle formée à l'ETP comprenant ce professionnel lorsque l'apprentissage des compétences est pluriel.

⁶⁵⁸ Décret n°2020-1832 du 31 décembre 2020 relatif aux programmes d'éducation thérapeutique du patient. Ces programmes étaient antérieurement soumis à un régime d'autorisation. La direction générale de l'ARS devait se prononcer dans un délai de deux mois et l'autorisation valait pour une durée de 4 ans renouvelable. Les programmes d'ETP déjà mis en œuvre avaient jusqu'au 1er janvier 2011 pour obtenir leur autorisation a posteriori des ARS compétentes, s'exposant autrement à une amende de 3 000€. La substitution de la déclaration à l'autorisation marque un assouplissement en faveur du développement de l'éducation thérapeutique.

⁶⁵⁹ CSP, art. L. 1161-1 CSP al 2, D. 1161-1, R. 1161-2, décret n°2010-906 du 2 août 2010 relatif aux compétences requises pour dispenser l'éducation thérapeutique du patient et arrêté du 30 décembre 2020 relatif au cahier des charges des programmes d'éducation thérapeutique du patient et à la composition du dossier de déclaration. Une attestation de formation, délivrée par un organisme de formation, est fournie par chaque membre de l'équipe et doit notamment mentionner le nombre d'heures et le contenu du programme de la formation suivie. En l'absence de formation, une expérience rapportée par écrit d'au moins deux ans dans un programme d'éducation thérapeutique autorisé sera acceptée sur une période transitoire de deux ans après parution du présent arrêté.

⁶⁶⁰ C. LE GAL-FONTES et V. RAGE-ANDRIEU, « L'éducation thérapeutique à la croisée des chemins professionnels », *RDSS* 2011, p. 907.

191. Le secteur hospitalier, terreau fertile de l'éducation thérapeutique –

L'ETP est une activité intégrée au parcours de santé qui nécessite des compétences et une pluridisciplinarité. Le secteur hospitalier est donc le lieu idéal pour sa mise en œuvre⁶⁶¹. En 2005, au titre de la mission d'intérêt général intitulée « *Actions de prévention et d'éducation thérapeutique relatives aux maladies chroniques et notamment aux pathologies respiratoires, aux pathologies cardiovasculaires, l'insuffisance rénale, au diabète et au VIH* », 333 établissements de santé français, dont 7 établissements privés à but lucratif, ont été financés avant même la consécration des programmes d'ETP⁶⁶². Afin de mutualiser les moyens et les compétences ont été créées, dans certains centres hospitaliers, des unités transversales d'éducation thérapeutique (UTEP), mutualisant les démarches d'éducation thérapeutique réalisées dans différents services (endocrinologie, pneumologie, maladies cardiovasculaires, etc.)⁶⁶³. Ont aussi été développées des structures de soins de suite et de réadaptation (SSR). L'objectif médical de réhabilitation de ces centres conduit à y associer des programmes d'éducation thérapeutique. Selon des modalités variables, en hospitalisation complète, hospitalisation de jour ou de semaine, ces structures accueillent des patients après une blessure, une maladie ou une intervention chirurgicale, avec pour objectif de leur faire regagner en autonomie, de s'adapter à leur nouvelle condition physique, et de se réinsérer dans leur vie familiale, sociale et professionnelle⁶⁶⁴.

Enfin, doivent aussi être mentionnées, dans le secteur hospitalier, les structures d'hospitalisation à domicile (HAD) qui fonctionnent en réseau avec une équipe pluriprofessionnelle. Il s'agit de structures particulièrement adaptées pour favoriser, dans le milieu de vie du patient, l'acquisition de différentes compétences opératoires et psychosociales. L'hospitalisation à domicile permet de réaliser les soins ponctuels, notamment en cas de maladies non stabilisées (par exemple, une chimiothérapie), les

⁶⁶¹ B. GRENIER, F. BOURDILLON et R. GAGNAYRE, « Le développement de l'éducation thérapeutique en France : politiques publiques et offres de soins actuelles », *Santé Publique* 2007, p. 283.

⁶⁶² C. SAOUT, B. CHARBONNEL, D. BERTRAND, Rapport « Pour une politique nationale d'ETP », sept 2008, p. 26.

⁶⁶³ B. GRENIER, F. BOURDILLON et R. GAGNAYRE, « Le développement de l'éducation thérapeutique en France : politiques publiques et offres de soins actuelles », *Santé Publique* 2007.

⁶⁶⁴ Définition in <https://travail-emploi.gouv.fr>.

soins de réadaptation au domicile (notamment en cas de retour anticipé après l'accouchement, de maladie cardiaque, de traitement orthopédique, maladie neurologique) et les soins palliatifs. L'hospitalisation à domicile (HAD) a pour but de raccourcir un séjour à l'hôpital ou de l'éviter en favorisant l'autonomie du patient dans la gestion de la maladie. L'éducation du patient et/ou de son entourage se situe dans la continuité d'un apprentissage débuté en milieu hospitalier traditionnel. Toutefois, ce mode de prise en charge est faiblement valorisé au sens de la tarification à l'activité (T2A), ce qui amène souvent à limiter l'éducation thérapeutique aux seuls aspects pragmatiques des habiletés gestuelles ou à la déléguer aux prestataires de matériel médical.

b- Les programmes d'apprentissage

192. Les compétences d'autosoins nécessaires à l'autonomie – L'article L. 1161-5 du Code de la santé publique dispose que « *Les programmes d'apprentissage ont pour objet l'appropriation par les patients des gestes techniques permettant l'utilisation d'un médicament le nécessitant* »⁶⁶⁵. Ce type de programmes, centré sur l'utilisation des médicaments, est destiné à favoriser l'appropriation des gestes techniques réalisés par le patient lui-même, comme l'auto-administration des médicaments. La dispensation de ces compétences d'autosoins favorise l'autonomie du patient, énoncée dans la définition de l'OMS. Les programmes d'apprentissages sont au service de l'*empowerment* du patient. Toutefois, pour éviter les dérives commerciales, ces programmes sont strictement encadrés.

193. Un encadrement strict – Ces programmes d'apprentissages ainsi que les documents et autres supports relatifs à ces programmes sont soumis à une autorisation délivrée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM – anciennement AFSSAPS), après avis des associations agréées concernées

⁶⁶⁵ CSP, art. R. 1161-8 à R. 1161-26 et D. n°20-1031 du 31 août 2010 relatif aux programmes d'apprentissage.

par la pathologie et mentionnées à l'article L. 1114-1 du Code de santé publique, pour une durée limitée à trois ans⁶⁶⁶. Lorsqu'un programme est mis en œuvre sans avoir été préalablement déclaré, le directeur général de l'agence régionale de santé dans le ressort de laquelle exerce le coordonnateur du programme ordonne la cessation de sa mise en œuvre. Le coordonnateur du programme dispose, à compter de la notification de cette décision, d'un délai de trente jours pour procéder à la déclaration du programme, ou pour cesser sa mise en œuvre⁶⁶⁷.

Le programme d'apprentissage est composé d'éléments destinés au patient, au professionnel de santé, au médecin ou pharmacien responsable du programme, au médecin traitant et au médecin prescripteur le cas échéant. Les médecins prescripteurs sont informés par l'entreprise exploitant le médicament de l'existence de ce type de programmes. Pour garantir l'information et non la promotion, le programme d'apprentissage est proposé par le médecin prescripteur à son patient et la proposition ne peut donner lieu à aucun avantage financier ou en nature et ne peuvent faire l'objet d'aucune communication directe auprès du public⁶⁶⁸. Pour assurer le libre consentement du patient, la mise en œuvre du programme d'apprentissage est subordonnée à son consentement écrit ou à celui de ses représentants légaux. Il peut être mis fin à cette participation à tout moment et sans condition, à l'initiative du patient ou du médecin prescripteur.

c- Les actions d'accompagnement à l'autonomie

194. L'ambiguë identification des actions d'accompagnement à l'autonomie du Code de la santé publique -Les programmes d'accompagnement à l'autonomie constituent le troisième type de programmes du Code de la santé publique, déclinant l'ETP. L'article L.1161-3 du Code de la santé publique, dispose que les actions d'accompagnement à l'autonomie « *ont pour objet d'apporter une assistance et un*

⁶⁶⁶ CSP, art. R. 1161-17. L'autorisation obtenue n'est pas acquise sans crainte, car l'ANSM peut la retirer ou suspendre.

⁶⁶⁷ CSP, art. R. 1161-5.

⁶⁶⁸ CSP L. 1161-5 al 4 et R. 1161-11.

soutien aux malades, ou à leur entourage, dans la prise en charge de la maladie ». L'objectif est de renforcer les capacités des individus répondant ainsi à l'objectif d'*empowerment* poursuivi par l'OMS.

La définition large donnée par le législateur interroge sur l'appartenance de ce type d'actions à l'ETP⁶⁶⁹. Celle-ci semble dépasser le seul soutien médical contrairement aux programmes d'apprentissages⁶⁷⁰. D'autant plus que le mouvement de l'accompagnement est né dans les années 1980 avec les associations de lutte contre le sida ou Frapsy pour les personnes en souffrance psychique. C'est dans cette mouvance que se développe le service d'accompagnement pour réduire les risques liés à la drogue. Pourtant l'article L. 1161-3 du Code de la santé publique dispose bien que les actions d'accompagnement font partie de l'éducation thérapeutique. Il convient donc de distinguer les actions d'accompagnement à l'autonomie correspondant au cahier des charges reconnu par la loi et un large éventail d'activités regroupées sous l'appellation d'accompagnement des patients, comme par exemple les réseaux de santé qui font surtout de la coordination des acteurs hospitaliers et de ville, comme les programmes PAERPA (personnes âgées en risque de perte d'autonomie), les programmes de retour à domicile mis en œuvre par l'assurance maladie (PRADO), les maisons pour l'autonomie et l'intégration des malades d'Alzheimer⁶⁷¹.

Ce qui distingue les actions d'accompagnement entendues au sens large de la doctrine et les actions d'accompagnement au sens de l'article L. 1162-1 du Code de la santé publique est son encadrement : *« [les actions d'accompagnement à l'autonomie] sont conformes à un cahier des charges national dont les modalités d'élaboration et le*

⁶⁶⁹ C. SAOUT et J. VOITURIER, « Cap santé ! Rapport en vue du cahier des charges des expérimentations des projets d'accompagnement à l'autonomie prévues par le projet de loi de modernisation de notre système de santé », juill. 2015, p. 15 et s. ; C. SAOUT, B. CHARBONNEL, D. BERTRAND, Rapport « Pour une politique nationale d'éducation thérapeutique, rapport complémentaire sur les actions d'accompagnement », juin 2010.

⁶⁷⁰ L'accompagnement à l'autonomie ne concerne pas que la santé. La reconnaissance de l'accompagnement comme un nouveau mode de socialisation reconnu par les politiques publiques est intervenue dans d'autres domaines du droit, v. : M. BORGETTO, « La portée juridique de la notion d'accompagnement » ? *RDSS* 2012, p. 1029.

⁶⁷¹ C. SAOUT, B. CHARBONNEL, D. BERTRAND, Rapport « Pour une politique nationale d'éducation thérapeutique, rapport complémentaire sur les actions d'accompagnement », juin 2010.

contenu sont définis par arrêté du ministre chargé de la santé ». Toutefois le décret d'application n'a toujours pas été adopté.

Un arrêté du 17 mars 2016 fixe à titre expérimental, pour une durée de cinq ans, le cahier des charges national relatif aux projets pilotes d'accompagnement à l'autonomie en santé⁶⁷². Toutefois, cet arrêté a été pris en application de l'article 43 de la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016 qui consacre un accompagnement sanitaire, social et administratif en addictologie à titre expérimental. Il ne met pas en œuvre le cahier des charges relatif aux programmes d'accompagnement à l'autonomie de l'article L. 1161-3. Cet arrêté s'appuie sur les recommandations et conclusions du rapport " Cap santé ! " remis par M. Christian Saout à la ministre chargée de la Santé le 20 juillet 2015. Surtout, l'arrêté reprend les propos du rapport selon lequel le champ d'intervention des actions d'accompagnement à l'autonomie est celui du renforcement des capacités de prise de décision et d'action des personnes concernées, encore peu développé en France : *« l'accompagnement à l'autonomie en santé met en œuvre des actions d'information, d'éducation, de conseil et de soutien destinées à toute personne, ou à son entourage, éprouvant une vulnérabilité en santé, dans une visée de renforcement de ses capacités à opérer ses propres choix pour la préservation ou l'amélioration de sa santé »*. Or, tel est le cas des programmes développés par les organismes d'assurance maladie qui ne répondent toutefois pas aux programmes du Code de la santé publique. L'accompagnement à l'autonomie, et de manière plus générale l'ETP, sont donc mise en œuvre par différents supports.

2- Les actions du Code de la Sécurité sociale

195. Les différents programmes des organismes d'assurance maladie –

Contrairement au milieu hospitalier, l'implication des organismes d'assurance maladie dans la gestion des programmes expérimentaux d'accompagnement d'ETP est récente.

⁶⁷² Arrêté du 17 mars 2016 fixant le cahier des charges national relatif aux projets pilotes d'accompagnement à l'autonomie en santé pris en application de l'article 92 de la loi du 26 janvier 2016 loi de modernisation du système de santé.

La Mutualité sociale agricole (MSA) a lancé, en 2004, un projet expérimental d'éducation thérapeutique en direction des patients présentant une insuffisance cardiaque ou une maladie coronaire. À l'issue d'un diagnostic éducatif établi par des médecins traitants préalablement formés, les patients ont été invités à suivre, au niveau d'un même territoire de proximité, six séances d'éducation d'une durée de 1 h 30. Les résultats encourageants de cette expérimentation, attestant d'une modification de comportements, ainsi que la satisfaction des patients et des médecins, ont conduit la MSA à la généralisation du projet en 2006 pour trois affections que sont l'hypertension artérielle, la maladie coronaire et l'insuffisance cardiaque.

Dans le même sens, avait été mis en place, par l'ancien régime social des indépendants (RSI), un programme d'ETP pour les patients diabétiques nommé « RSI Diabète ». Son succès a conduit à l'étendre à d'autres pathologies, créant « RSI Cardio » et « RSI Asthme ».

Enfin, la CNAMTS a lancé le programme Sophia⁶⁷³ expérimentée par la CNAMTS depuis 2008. Ce programme doit permettre de mieux comprendre le diabète et de prévenir ses complications éventuelles ou leur aggravation, de connaître le suivi de la pathologie et les traitements, d'apprendre à surveiller la glycémie au quotidien, d'adapter les habitudes alimentaires et enfin de pratiquer ou de reprendre une activité physique adaptée. Un coaching téléphonique est effectué par des infirmières salariées de l'assurance maladie pour accompagner le patient dans la mise en œuvre des recommandations médicales et lui fournir des informations et des conseils personnalisés diffusés par courrier et accessibles par Internet.

Le dispositif repose uniquement sur le volontariat, contrairement au modèle américain. L'adhésion à ce programme suppose l'intervention du patient qui doit retourner un bulletin d'inscription auprès de sa caisse d'assurance maladie. Face à son succès, le programme Sophia a été généralisé par la CNAMTS à l'ensemble du territoire et étendu aux patients asthmatiques en 2004.

⁶⁷³ A. MOREL, G. LECOQ et D. JOURDAIN-MENNINGER, « Rapport IGAS – Evaluation de la prise en charge du diabète », avr. 2012, p. 68 et s.

L'ensemble de ces programmes, initialement expérimentaux, sont aujourd'hui financés au titre de la Sécurité sociale, sur le fondement de l'article L. 1161-1-11 du Code de la Sécurité sociale. Depuis la loi de financement de la Sécurité sociale du 21 décembre 2006 « *Les caisses nationales d'assurance maladie peuvent mettre en place des programmes d'accompagnement des patients atteints de maladies chroniques visant à leur apporter des conseils en termes d'orientation dans le système de soins et d'éducation à la santé* »⁶⁷⁴.

196. La spécificité des actions du Code de la Sécurité sociale – Les actions du Code de la Sécurité sociale diffèrent de celles du Code de la santé publique, pas uniquement en raison de leur mode de financement, mais aussi en raison de leur objet. La définition de l'article L. 162-1-11 du Code de la Sécurité sociale diffère de celle donnée par l'OMS de l'ETP. La finalité d'accompagnement des maladies chroniques par la dispense de conseils est maintenue, mais le Code de la Sécurité sociale centre la dispense de conseils sur l'orientation dans le système de soins et l'éducation à la santé. Cette définition, proche de l'ETP, évoque en même temps le *disease management* qui est défini comme un système coordonné d'intervention et de communication en matière de soins dirigé vers les populations pour lesquelles les efforts des patients ont un impact significatif⁶⁷⁵. Les actions du Code de la Sécurité sociale constitueraient une troisième voie à la française, mélangeant ETP et *disease management* sans pour autant s'inscrire pleinement dans l'une des deux notions, qui bien que proches, se distinguent⁶⁷⁶. ETP et *disease management* cherchent tous deux à améliorer l'état de santé et la qualité de vie des individus, sur le plan préventif comme curatif, dans un double objectif

⁶⁷⁴ Loi de financement de la sécurité sociale du 21 décembre 2006, n°2006-1640, art. 91.

⁶⁷⁵ V. *supra* n°184.

⁶⁷⁶ C. SAOUT, B. CHARBONNEL et D. BERTRAND, Rapport « Pour une politique nationale d'éducation thérapeutique du patient », sept. 2008. Ce rapport a pris appui sur une expertise méthodologique et technique reposant sur les travaux de l'Institut National de Prévention et d'Éducation pour la Santé (INPES), de la Haute Autorité en Santé (HAS), des directions du ministère de la santé, des organismes d'assurance maladie et du comité de suivi du plan « Amélioration de la qualité de vie des patients atteints de maladies chroniques ».

sanitaire et économique⁶⁷⁷. Le *disease management* cherche à améliorer les dépenses de santé en travaillant sur quatre axes que sont l'autonomie de l'individu, le coaching, la coordination des soins et le monitoring à domicile. Ces actions se trouvent dans l'ETP. Toutefois, plusieurs éléments distinguent ces notions. Tout d'abord, l'ETP est personnalisée à chaque patient tandis que le *disease management* constitue une approche globale de la santé des individus. Il y a un aspect de quantification que ne comporte pas l'ETP. Ensuite, ces deux notions sont apparues dans des contextes différents. L'ETP est née de la rencontre entre la prise en charge des pathologies chroniques et l'apparition de l'éducation en santé tandis que le *disease management* est né des industries pharmaceutiques afin de favoriser l'observance des patients. Une meilleure observance permet de lutter contre le gaspillage économique et d'anticiper les dégradations subites de santé nécessitant les hospitalisations coûteuses pour l'assurance maladie. Si l'observance constitue un des objectifs de l'ETP, il ne constitue pas son objectif principal⁶⁷⁸. La recherche de l'observance amène à se demander si les actions d'ETP mises en œuvre en France seraient opposables à l'assuré social. Si tel était le cas, la responsabilisation serait en réalité une responsabilité.

§2. La distinction avec le mécanisme de responsabilité

197. Plan – La responsabilisation par voie éducative se distingue de la responsabilité, car elle poursuit une finalité morale (A) et l'éducation thérapeutique du patient est inopposable à l'assuré social (B).

A- Une finalité morale

198. La voie morale de l'ETP – Contrairement à la responsabilisation par voie financière, le caractère moral de l'ETP ne se retrouve pas uniquement dans son objet,

⁶⁷⁷ F. BAUDIER et G. LÉBOUBE, « L'éducation thérapeutique du patient et *disease management* : pour une 3^e voie « à la française » ? », *Santé Publique* 2007, p. 335.

⁶⁷⁸ C. LE GAL-FONTES et V. RAGE-ANDRIEU, « L'éducation thérapeutique à la croisée des chemins professionnels », *RDSS* 2011, p. 907.

qui est la recherche de l'amélioration de la santé de l'individu, mais aussi dans le moyen employé. La responsabilisation dans la survenance du risque maladie n'agit pas par le biais d'une pression financière ou de la contrainte. Elle agit sur la conscience des individus, cherchant à les accompagner dans la gestion de leur pathologie et dans la réalisation d'un changement de comportement sanitaires⁶⁷⁹. Le vocabulaire employé par l'OMS illustre l'action de l'ETP sur la conscience de l'individu : « *acquérir ou maintenir les compétences* », « *rendre les patients conscients et informés* » « *comprendre leur maladie et leur traitement* », « *collaborer ensemble* ». Il ressort toutefois de ce champ lexical deux niveaux d'action sur la conscience de l'individu.

Dans un premier temps, l'ETP tend à réduire l'asymétrie d'informations afin de permettre au patient de comprendre son état de santé et de recueillir son consentement et adhésion aux soins. L'objectif est de renforcer la compliance du patient aux soins qui lui sont prodigués. Cette finalité se retrouve dans les termes suivants : « *acquérir ou maintenir les compétences* », « *rendre les patients conscients et informés* » « *comprendre leur maladie et leur traitement* ».

Dans un second temps, l'ETP a pour objectif que le patient devienne acteur et décideur de sa santé et qu'il participe activement à son traitement grâce à une éducation aux soins orchestrée par des professionnels de santé formés à cette fin⁶⁸⁰. Cette finalité se retrouve dans les termes suivants : « *[l'ETP] a pour but de les aider, ainsi que leurs familles, à comprendre leur maladie et leur traitement, à collaborer ensemble et à assumer leurs responsabilités dans leur propre prise en charge* ». L'objectif est de dispenser au patient une information médicale lui permettant de mieux connaître sa maladie et ses problèmes pour manager sa santé, faisant du patient un collaborateur du médecin. Le patient n'est plus seulement acteur de sa santé, mais décideur. Outre l'adhésion au traitement par le patient, c'est son *empowerment* qui est défendue par l'OMS. Il s'agit

⁶⁷⁹ Le dictionnaire Larousse définit la conscience comme la représentation mentale claire de l'existence, de la réalité de telle ou telle chose, in www.larousse.fr.

⁶⁸⁰ C. LE GAL-FONTES et V. RAGE-ANDRIEU, « L'éducation thérapeutique à la croisée des chemins professionnels », *RDSS* 2011, p. 907 ; C. SAOUT, Rapport « Pour une politique nationale d'éducation thérapeutique du patient », sept. 2008, p. 24 ; C. SAOUT, « Rapport en vue du cahier des charges des expérimentations des projets d'accompagnement à l'autonomie prévues par le projet de loi de modernisation de notre système de santé », juill. 2015.

de la capacité d’agir de la personne via le développement de son autonomie, la prise en compte de son avenir et sa participation aux décisions la concernant⁶⁸¹. L’*empowerment* est défini comme un processus dans lequel des individus et des groupes agissent pour gagner la maîtrise de leurs vies et donc pour acquérir un plus grand contrôle sur les décisions et les actions affectant leur santé dans un contexte de changement de leur environnement social et politique⁶⁸². L’éducation à l’*empowerment* permet d’identifier les problèmes et constitue une aide à la décision permettant de traduire les solutions en actions concrètes et réalisables. Ces actions se traduisent par un changement de comportement du patient aboutissant à une amélioration de sa santé et même de son bien-être. Les programmes d’éducation à l’*empowerment* suivent le même schéma que l’ETP : évaluer, conseiller, accepter, organiser. En pouvant impacter son quotidien et son futur, l’individu devient responsable de la tournure que celui-ci prend. Disposant des informations nécessaires pour impacter sa vie et sa santé, la réalisation de ce changement lui revient entièrement. L’individu n’est plus seulement acteur de sa santé, mais décideur, le conduisant à assumer les conséquences physiques de ses choix. L’individu est bien responsabilisé au sens moral, car la conscience de sa santé et de son environnement sont modifiés par l’ETP.

B- L’inopposabilité de l’ETP

199. Plan – L’enjeu de l’inopposabilité de l’ETP dans la prise en charge du risque maladie répond tant à des éléments de certitude assurés par le Code de la santé publique (1) que par des éléments de doute alimentés par le Code de la Sécurité sociale (2).

⁶⁸¹ www.vocabularies.unesco.org ; <https://unterm.un.org> ; K.V.LAARIBI, « « L’empowerment » du patient chronique et la transformation du système de santé », p. 105, in C. HERVE, M STANTON-JEAN ET M-F MAMZER, *La participation des patients*, Dalloz, 2017.

⁶⁸² Rapport C. SAOUT, « Rapport en vue du cahier des charges des expérimentations des projets d’accompagnement à l’autonomie prévues par le projet de loi de modernisation de notre système de santé », juill. 2015, p. 33.

1- Éléments de certitude

200. L'ETP du Code de la santé publique ne peut conditionner le taux de remboursement- L'article L. 1161-1 alinéa 1^{er} dispose que l'ETP « *n'est pas opposable au malade et ne peut conditionner le taux de remboursement de ses actes et des médicaments afférents à sa maladie* ». Cet article signifie, en premier lieu, que l'ETP ne peut être opposée à l'assuré social dans le cas d'un contentieux par lequel il entend engager la responsabilité du professionnel de santé. En second lieu, l'ETP ne peut être opposée à l'assuré social pour faire obstacle à la prise en charge des prestations en nature, nécessaires à la gestion de sa pathologie. Le remboursement ne peut être ni supprimé, ni diminué. Le législateur a souhaité prévenir toute dérive potentielle des pouvoirs publics qui pourraient en faire une mesure de contrôle⁶⁸³. Conformément au principe d'ordre public au cœur de l'assurance maladie, la qualité d'assuré social suffit à justifier sa prise en charge. Ainsi, quand bien même le bon suivi de l'ETP peut conduire à améliorer la santé de l'individu, à l'inverse l'absence d'assiduité à l'ETP peut conduire à augmenter l'aléa de la survenance ou dégrader la pathologie, le comportement de l'assuré social n'est pas pris en compte. Autrement, la notion de risque et donc de faute serait réintroduite mettant à mal l'édifice social de l'assurance maladie. Pourtant, cette crainte a été soulevée à la lecture de l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique.

201. La confusion instaurée par l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique – L'article L. 1111-1 du Code de la santé publique dispose que « *Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose* ». Une partie de la doctrine a vu ici la possibilité de sanctionner le comportement de l'assuré social et, par conséquent, l'introduction de la responsabilité dans l'assurance maladie. Cette vision a été confortée par le rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de

⁶⁸³ Amendement n°1451 de la loi HPST.

santé⁶⁸⁴. Les rapporteurs y énonçaient clairement que l'existence des droits dont bénéficie la personne malade n'est acceptable que si et seulement si pèse sur elle les conséquences de ses choix : il est « *significatif et regrettable que dans le projet de loi, l'affirmation d'un droit des malades ne s'accompagne pas en miroir de l'énoncé des « obligations » ou du moins des responsabilités des patients et usagers afin d'accéder, comme cela est énoncé dans l'exposé des motifs, à un équilibre harmonieux des responsabilités entre les usagers, les professionnels, les institutions sanitaires et l'État* ». Émerge l'idée que les droits acquis d'une personne malade ne sauraient exister sans contrepartie. Pourtant, cet article n'entre en aucun cas en contradiction avec l'article L. 1161-1 alinéa 1^{er}, ni avec les droits fondamentaux reconnus aux patients et assurés sociaux. La formulation de l'article L. 1111-1 du Code de santé publique a semé la confusion, mais ne semble pas avoir eu l'intention d'instaurer une responsabilité comportementale⁶⁸⁵. Cet article, issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, s'insère dans le chapitre relatif à l' « *information des usagers du système de santé et expression de leur volonté* ». Il peut en être déduit deux éléments.

En premier lieu, ce chapitre s'adresse aux patients pris en leur qualité d'usagers du système de santé et non en leur qualité d'assuré social. Patient, assuré, allocataire, usager, citoyen sont autant de qualificatifs qui peuvent désigner une personne bénéficiant de soins et recourant au système de santé. Néanmoins, ces termes renvoient à des régimes juridiques bien distincts. Le droit de la santé considère le patient en raison de la relation médicale établie avec le praticien médical, alors que le droit de l'assurance maladie considère l'assuré social en fonction de son usage du système de santé. L'assuré social est aussi parfois nommé allocataire, sans nécessairement se confondre avec la qualité d'usager. L'allocataire correspond à l'assuré social, c'est-à-dire au bénéficiaire du droit aux prestations, tandis que l'usager correspond à la

⁶⁸⁴ F. GIRAUD, G. DERIOT et J.-L. LORRAIN, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, t. I, « Exposé général », Sénat, n°174, 16 janv. 2002, p. 16 et 44-45.

⁶⁸⁵ J. MOREAU, « Rapport de synthèse », *RGDM* 2001, p. 89.

personne qui entre en relation avec les services de soins et santé⁶⁸⁶. Aussi, convient-il de préciser que tout assuré social n'est pas nécessairement un patient.

En second lieu, la loi du 4 mars 2002 consacre plusieurs droits, tels que le droit d'information, le droit au consentement éclairé, le droit d'accès direct au dossier médical, le droit à l'indemnisation des accidents médicaux fautifs et non fautifs, la création d'un processus de participation, tous destinés à renforcer la démocratie sanitaire et consacrer le patient comme acteur de sa santé⁶⁸⁷.

202. L'article L. 1111-1 au service du renforcement de la démocratie sanitaire – La démocratie sanitaire recouvre les actions visant à associer l'ensemble des acteurs du système de santé dans l'élaboration et la mise en œuvre de la politique de santé⁶⁸⁸. Celle-ci est née après plusieurs scandales sanitaires, tels que l'épidémie du sida, l'affaire du sang contaminé et les maladies nosocomiales, qui ont mis à mal la confiance des usagers à l'égard du système de santé. Dès 1996 ont été créées la Conférence nationale de Santé (CNS) et les Conférences régionales de santé (CRS) chargées d'établir des priorités de santé publique et d'apprécier les résultats des actions conduites en la matière. Mais c'est réellement en 1998 que les aspirations de la population à disposer de droits collectifs ont été exprimées, à l'occasion des États généraux du cancer puis en 1999 avec les états généraux de la santé. À leur suite, un

⁶⁸⁶ La notion d'usager désigne une personne soumise à une situation réglementaire du fait de l'existence d'un service public. V. : G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 369.

⁶⁸⁷ Marion. Girer précise que le patient est désormais « *qualifié de citoyen sanitaire, agissant au sein d'un système de démocratie sanitaire qui justifie sa participation effective et accentue les sollicitations dont il fait l'objet* » in M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45. Sur les droits des patients, v. : J-P CLAVERANNE et D. VINOT, « L'émergence des droits des patients dans les systèmes de santé occidentaux : anciens problèmes et nouveaux défis », *RGDM* 2004, p. 17 ; D. THOUVENIN, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligation », *RGDM* 2004, p. 94 ; L. MORLET-HAÏDARA, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658 ; A. LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007, p. 1151.

⁶⁸⁸ Ministère des Affaires sociales et de la Santé, « Stratégie nationale e-santé 2020, Le numérique au service de la modernisation et de l'efficiency du système de santé », 4 juillet 2016, p. 6.

groupe de travail présidé par Etienne Caniard a préconisé la généralisation de la représentation des usagers au sein du système de santé⁶⁸⁹.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé renforce ainsi les droits des usagers pour leur permettre de participer à la gestion du système de santé et à l'élaboration de la politique de santé⁶⁹⁰. L'article L. 1111-1 du Code de la santé publique instaure donc une responsabilisation et non une responsabilité de l'assuré social lorsqu'il dispose que « *les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose* ». Les responsabilités visées ont un caractère moral et non juridique. La participation des usagers aux décisions relatives au système de santé doit veiller à en garantir la pérennité. À ce titre, l'article L. 1111-1 est suivi par la consécration du droit d'information du patient à l'article L. 1111-2⁶⁹¹. La nouvelle place dévolue au malade nécessite qu'il soit bien informé afin de pouvoir se prendre en charge⁶⁹². Ainsi, le médecin doit l'informer de la nature exacte de

⁶⁸⁹ L'*empowerment* se développe sur le plan individuel, comme collectif au sein du système de santé via la démocratie sanitaire.

⁶⁹⁰ H. CARDIN, « La loi du 4 mars 2002 dite « Loi Kouchner » », *Les Tribunes de la santé* 2014, p. 27. E. ALFANDARI, « La démocratie sanitaire – Aspect juridique et médical », *RGDM* 2004, p. 37 ; E. GHERARDI, F. MONEGER et M. CORMIER, « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins », *RDSS* 2002, p. 198, A. LAUDE, « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *Petites affiches*, 2002, p. 23.

⁶⁹¹ Le droit à l'information et au consentement, accompagnés de l'accès au dossier médical, sont inscrits au sein du chapitre 2 du titre II de la loi, intitulé « Droits et responsabilité des usagers » et non au sein du chapitre premier relatif aux droits de la personne ». Cela souligne un changement de priorisation des préoccupations. Le droit à l'information constitue un droit fondamental du patient. Ce principe a été dégagé par l'arrêt Teyssier en 1942 par la Cour de cassation, puis précisé par le Conseil d'État en 2000. Req., 28 janv. 1942, Teyssier, DC 1942. 63 ; Gaz. Pal. 1942. 1. 177 ; CE, 5 janv. 2000, req. n°198530, Assistance publique-Hôpitaux de Paris ; CE, 5 janv. 2000, req. n°181899, Consorts Telle: Rec. p. 5., concl. Chauvaux. Pour que le patient puisse donner un consentement libre et éclairé, il doit être informé des risques encourus de décès ou d'invalidité. Si cette information due par le médecin peut paraître relever du bon sens, elle a été consacrée tardivement par le législateur en 1994, avec la loi bioéthique qui aboutit à la création de l'article 16-3 du Code civil. Le droit à l'information est aujourd'hui prévu dans plusieurs textes, notamment l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique qui dispose « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». L'information délivrée, automatiquement au patient, permet de recueillir son consentement avant tout acte médical et d'assurer le respect de la dignité du corps. V. : L. TILMAN, « De l'information au consentement : quel processus décisionnel ? », *RGDM* 2015, p. 17.

⁶⁹² Projet de loi relatif au droit des malades et à la qualité du système de santé, Ass. nat., n°3258, 5 sept 2002, p. 5.

l'opération envisagée, qu'elle soit préventive ou curative, de ses possibles conséquences et des autres solutions curatives alternatives. Depuis janvier 2016, l'information porte aussi sur le coût des actes en lien avec sa maladie⁶⁹³. Sur le plan collectif, l'usager est associé directement à la gouvernance par la loi n°2009-879 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires du 21 juillet 2009⁶⁹⁴. Ont été créées les agences régionales de santé (ARS), les conférences régionales de la santé et de l'autonomie. Aussi, avec les commissions d'usagers créés au sein des hôpitaux, le patient est associé comme citoyen au système de santé⁶⁹⁵. Cette lecture de l'article L. 1111-1 est confirmée par l'article L. 1111-1-1 du Code de la santé publique introduit par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016. Il crée un service public destiné à dispenser des informations relatives à la santé et aux produits de santé. Cette loi a aussi introduit la possibilité d'actions de groupe dès lors que l'utilisation d'un produit de santé cause un préjudice⁶⁹⁶. Représentés par des associations agréées d'usagers, ils peuvent agir juridiquement pour garantir la pérennité du système de santé. Dans le même sens, depuis le 24 août 2016, l'ASIP (agence du numérique en santé) santé a ouvert un portail de signalement des événements sanitaires indésirables, car les attentes des usagers ne peuvent pas toujours s'exprimer au travers de l'action collective⁶⁹⁷. Les plateformes Internet présentent un grand intérêt, pour signaler tout problème lié à la qualité et la sécurité des soins. Enfin, cette volonté est pérennisée par

⁶⁹³ CSS, art. L. 1111-3 et R. 1111-21 à R. 1111-25.

⁶⁹⁴ D. CRISTOL, « L'usager dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS* 2018, p. 413 : outre les craintes formées à l'égard des associations (crainte de paternalisme associatif), il convient de consolider la démocratie sanitaire par la démocratie d'opinion ; D. TABUTEAU, *Démocratie sanitaire*, Ed. O. Jacob, 2013 ; L. MORLET-HAÏDARA, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658.

⁶⁹⁵ Le modèle imaginé lors des États généraux créateurs de la sécurité sociale a évolué, ne nécessitant plus de manière automatique le concours des syndicats.

⁶⁹⁶ L. MORLET-HAÏDARA, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658 ; F. VIALLA ET C. GIQUEL, « Une responsabilisation renforcée des patients », *RDSS*, Hors-Série 2016, « Loi de modernisation de notre système de santé, Apports enjeux et perspectives », p. 32 F. VIALLA, C. GIQUEL ET J-P VAUTHIER, « L'action de groupe en droit de la santé : une avancée pour les usagers ; », in *RDSS* Hors-série 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, Apports enjeux et perspectives », p. 38 ; A. LAUDE, « Le consommateur de soins », *D.* 2000, p. 415.

⁶⁹⁷ D. CRISTOL, « L'usager dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS* 2018, p. 413.

la stratégie nationale de santé 2018-2022 qui s'articule autour de quatre axes dont l'un est intitulé « *Innover pour transformer notre système de santé en réaffirmant la place des usagers* »⁶⁹⁸. Cette transformation passe par le renforcement du « *rôle des usagers comme acteurs de leur parcours de santé et leur association à la gouvernance du système de santé* »⁶⁹⁹.

2- Éléments de doute

203. *L'inobservance, source de gaspillages* – Dans son rapport annuel de 2004, le HCAAM appelait à mieux penser le système de santé et mieux gérer le périmètre des biens et services pris en charge par l'assurance maladie. L'efficacité thérapeutique des médicaments et des dispositifs médicaux doit faire l'objet d'une étude plus précise et critique, car les organismes complémentaires n'interviennent pas sur un plan thématique, mais tarifaire. L'objectif était de rechercher l'efficacité des remboursements sans pour autant remettre en cause l'universalité de la couverture⁷⁰⁰. « *L'offre de soins est infiniment plus riche et variée qu'autrefois, et la demande de biens médicaux croît sans cesse. Or tout ce qui est proposé n'est pas à mettre sur le même pied, tout n'a pas la même qualité, tout n'a pas la même pertinence pour bien soigner. Le système de financement s'épuiserait à vouloir couvrir sans aucun tri tout ce que les industries et professions de santé peuvent offrir. Plus grave encore, il épuiserait les possibilités de redistribution de la richesse collective sur beaucoup*

698 Ministère des Affaires sociales et de la Santé, « Stratégie nationale e-santé 2020, Le numérique au service de la modernisation et de l'efficacité du système de santé », 4 juillet 2016, p. 6 ; D. CRISTOL, « L'utilisateur dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS*, 2018, p. 413.

699 D. CRISTOL, « L'utilisateur dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS* 2018, p. 413 ; Ministère des Affaires sociales et de la Santé, « Stratégie nationale e-santé 2020, Le numérique au service de la modernisation et de l'efficacité du système de santé », 4 juillet 2016, Axe – Mettre le citoyen au cœur de l'e-santé : outil la démocratie sanitaire, p. 6.

700 V. *supra* n°40.

d'autres besoins sociaux essentiels. »⁷⁰¹. L'assurance maladie doit éprouver ce qui est remboursé. Les produits dont l'efficacité médicale fait débat, c'est-à-dire dont les effets thérapeutiques ne sont pas mesurables, ne doivent plus être pris en charge⁷⁰². Dès 2004, a donc été amorcé le nettoyage de la liste des produits et prestations remboursables (LPPR) par la Sécurité sociale. Cette révision était accompagnée d'une réflexion sur une prise en charge plus efficiente des ALD. Le HCAAM appelait notamment à favoriser une meilleure observance thérapeutique. L'observance désigne l'adéquation entre les comportements des patients et les prescriptions médicales et thérapeutiques. Plus généralement, elle se définit comme « *l'acceptation de réaliser de manière répétée un ensemble d'actions recommandées dans un objectif de santé* »⁷⁰³. L'observance thérapeutique inclut l'utilisation des dispositifs médicaux conformément à la prescription médicale faite. Cette recherche s'explique par le coût conséquent des dispositifs médicaux utilisés pour prendre en charge les ALD en raison de leur tarif élevé, leur complexité technique, leur prise en charge sur le long terme et à 100%. Or, ces dispositifs ne sont pas toujours utilisés par les assurés sociaux conformément aux prescriptions médicales. Outre le gaspillage financier, un mauvais suivi du traitement de santé par le patient ne permet pas de stabiliser la pathologie, ce qui entraîne une augmentation de la durée et du coût des traitements, un prolongement des arrêts de travail voire une réhospitalisation⁷⁰⁴. 40% des réhospitalisations seraient dues au non-

⁷⁰¹ HCAAM, « Rapport annuel du haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie », 23 janvier 2004 ; Dans le même sens, v. : Cour des comptes, Rapport pour l'application des lois de financement de la sécurité sociale, Chapitre VI « Régulation des dépenses de dispositifs médicaux : des actions de maîtrise à accentuer », oct. 2020, p. 219 et s ; Sur la question de la révision du périmètre de soins pris en charge, v. : J. PEIGNE, « La loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie et les produits de santé : un rendez-vous manqué ? », *RDSS* 2009, p. 642.

⁷⁰² À ce titre, le remboursement à hauteur de 30% des traitements homéopathiques a été arrêté en juillet 2019 à la suite d'un avis de la HAS du 26 juin. La Haute autorité a considéré « *que ces médicaments n'ont pas démontré scientifiquement une efficacité suffisante pour justifier un remboursement* ». V. : HAS, « Dossier de presse, Première évaluation scientifique des médicaments homéopathiques en France », juin 2019, p. 6 ; Pour plus de précisions à ce sujet, v. notamment : Commission de la transparence, « Évaluation des médicaments homéopathiques soumis à la procédure d'enregistrement prévue à l'article L.5121-13 du Code de la santé publique – Avis », 26 juin 2019.

⁷⁰³ V. « Observance », in J. MENARD et N. POSTEL-VINAY, *Encyclopédie médico-chirurgicale*, Paris, Elsevier, 1998.

⁷⁰⁴ G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

respect des prescriptions thérapeutiques et le taux de non-observance à un traitement pourrait atteindre 60% et plus lorsqu'il s'agit de mesures préventives⁷⁰⁵. Face à ces problématiques sanitaires et économiques, la télésurveillance apparaît comme une solution.

L'individu est aujourd'hui acteur de sa propre santé, il est donc désormais exigé des individus qu'ils prennent la mesure de leurs actions afin de préserver leur santé. La perception de la solidarité s'accompagne désormais d'une exigence de contrôle des comportements sanitaires⁷⁰⁶. L'IGAS a envisagé cette possibilité : *« il peut paraître logique qu'en contrepartie [de l'accès des individus au meilleur état de santé possible] chaque assuré adopte un comportement qui n'accroît pas inutilement la charge qui pèse sur la solidarité collective. [...] La tentation est grande alors, après une information suffisante du patient non observant, de traduire cette responsabilisation par une modulation du remboursement des traitements »*⁷⁰⁷.

204. L'utilité de la télésurveillance dans la lutte contre le gaspillage médical – Les progrès des technologies de l'informatique et de la communication (TIC)⁷⁰⁸ permettent à la médecine d'évoluer vers de nouvelles modalités, comme la télé médecine. La télésurveillance, qui est une des formes de la télé médecine avec la téléexpertise, la téléconsultation et la téléassistance permettent de surveiller des données de santé récoltées par des dispositifs médicaux connectés. *« Un objet connecté comporte un système d'identification et de captation des données, comme la*

⁷⁰⁵ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3e éd., PUF, 2007, p. 393.

⁷⁰⁶ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 36.

⁷⁰⁷ V. VIOUJAS, « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517.

⁷⁰⁸ Les TIC désignent les technologies permettant de traiter et de transmettre les informations. Parmi elles, on trouve, entre autres, les équipements informatiques, les réseaux informatiques, le multimédia ou encore les logiciels. Dans la mesure où la technologie est par nature évolutive, parler de nouvelles technologies constitue un pléonasse. L'étude évoquera donc les technologies de l'information et des communications (TIC) et non les nouvelles technologies de l'information et des communications (NTIC), contrairement à la majorité des écrits. V. : M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. « Thèses », 2012, p. 17.

*température corporelle ou le rythme cardiaque, ainsi qu'un système de transmission des données alimentant une application intelligente pour piloter l'application »*⁷⁰⁹. Il s'agit de l'Internet des objets qui fonctionne au travers d'un jumelage de l'objet à un smartphone ou sa liaison à un réseau sans fil⁷¹⁰. Ces dispositifs médicaux, désormais connectés, sont déployés pour la prise en charge de nombreuses pathologies, comme l'insulinothérapie.

La télésurveillance et, de manière plus générale, la télémedecine sont de nature à accompagner le maintien des patients à domicile et permettent de faire d'eux des acteurs de leur thérapie. L'agence technique de l'information de l'hospitalisation a identifié trois maladies chroniques, à savoir le diabète, l'insuffisance cardiaque et l'insuffisance rénale, correspondant à environ 100 000 séjours hospitaliers pour l'année 2015, dont le seul motif était la surveillance, sans l'intervention d'un autre acte médical⁷¹¹. La télémedecine pourrait, au seul titre de ces trois pathologies, permettre d'économiser 2,6 milliards d'euros⁷¹². C'est pourquoi, dans un contexte d'augmentation des pathologies chroniques et de rénovation du système de Sécurité sociale, la télémedecine a été promue

⁷⁰⁹ A. DE BAYNAST, J. LEVY et J. LENDREVIE, *Mercator*, V° « Objets connectés – Internet of things (IoT) », Dunod, 13e éd., p. 228 ; CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du quantified-self à la m-santé : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, n°02, p. 17 et s. ; <https://www.cnil.fr/fr/objets-connectes>.

⁷¹⁰ J-P CRENN, « Les objets connectés décryptés pour les juristes », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 389 ; C. LAVERDET, « Les enjeux juridiques de l'Internet des objets », *JCP G* 2014, p. 670 ; T. PIETTE- COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015, p. 11.

⁷¹¹ COUR DES COMPTES, Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, Chapitre VIII : la télémedecine : une stratégie cohérente à mettre en œuvre, sept 2017, p. 304.

⁷¹² La Cour des comptes précise que ce montant inclus les dépenses des séjours hospitaliers, les séances de dialyse, les consultations et le transport sanitaire. Cette estimation inclus l'incidence favorable de la prévention sur les complications médicales. V. : Cour des comptes, Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, Chapitre VIII : la télémedecine : une stratégie cohérente à mettre en œuvre, sept. 2017, p. 304.

par la loi HPST de 2009⁷¹³. L'assurance maladie s'est emparée de cette opportunité pour réaliser encore plus d'économies. La télésurveillance a été utilisée pour vérifier le bon usage d'un dispositif médical par le patient et son observance thérapeutique. L'Internet des objets constitue une opportunité pour l'assurance maladie d'utiliser les dispositifs médicaux comme des instruments administratifs de gestion des dépenses⁷¹⁴.

205. Le débat autour du dispositif médical luttant contre le SAHOS – Le symptôme de l'apnée et hypopnée obstructive du sommeil (SAHOS) est une des pathologies chroniques les plus coûteuses pour l'assurance maladie⁷¹⁵. C'est aussi celle qui enregistre le plus mauvais taux d'observance par les patients. Le débat sur le gaspillage médical s'est naturellement cristallisé autour de cette pathologie. En 2014, selon les estimations de l'assurance maladie, de 3 à 5% de la population nationale était atteinte du SAHOS et, en 2012, le coût de la prise en charge des dispositifs médicaux liés à ce symptôme était d'environ 541 millions d'euros en 2012⁷¹⁶. Le SAHOS se caractérise par la réduction ou l'interruption de la ventilation pendant la nuit et est à

⁷¹³ La reconnaissance et le développement de la télémédecine en France n'a pas été une chose aisée. Le plan de déploiement débute en 2011 et se trouve rapidement renforcé par l'association de l'assurance maladie. En 2012 est inscrite la télédialyse péritonéale sur la nomenclature des actes médicaux remboursés par la sécurité sociale, puis en décembre 2014 le dépistage de la rétinopathie diabétique et enfin la téléconsultation en urgence en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) en mars 2017. En dépit de ces reconnaissances, la télémédecine reste au stade expérimental dans les régions en 2014. L'article 36 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 a prévu la mise en œuvre d'expérimentations de la télémédecine dans 9 régions pilotes. La généralisation de la télémédecine intervient avec la signature de l'avenant n°6 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 25 août 2016 JOFR n°0193, consacré par l'arrêt du 1er août 2018. Sur l'historique et les difficultés de reconnaissance de la télémédecine en France, v. : V. VIOUJAS, « La télémédecine : entre expérimentations réussies et généralisation au ralenti », *RDSS* 2015, p. 681 ; B. APPOLIS, « Télémédecine et remboursements des actes », *RDSS* 2020, p. 23 ; « Statut juridique de la télémédecine », *Le Lamy droit de la santé* n°275-235.

⁷¹⁴ P-A. ADELE, « Surveiller et punir par les dispositifs médicaux », *RDSS* 2015, p. 300.

⁷¹⁵ Cour des comptes, Rapport pour l'application des lois de financement de la sécurité sociale, Chapitre VI « Régulation des dépenses de dispositifs médicaux : des actions de maîtrise à accentuer », oct. 2020, p. 217. Le chapitre « appareil respiratoire » constitue depuis plusieurs années le plus gros poste de dépense de la LPPR avec plus de 964 millions d'euros en 2010 (tous régimes confondus).

⁷¹⁶ A. LALLET, Rapporteur public, Conclusions à propos des arrêts du Conseil d'État du 28 nov. 2014, Union nationale des associations de santé à domicile et autres, n°s 366931, 374202, 374353 et 373938, publiés au recueil Lebon.

l'origine de somnolences diurnes, de céphalées ou encore de complications cardiovasculaires. Le traitement consiste en l'utilisation d'un appareillage à pression positive continue (PPC) générant un flux d'air continu à la bonne pression dans les voies respiratoires, délivré par l'intermédiaire d'un masque relié à un appareil de type compresseur, installé au domicile du patient. Évitant l'obstruction du pharynx, cette pression permet au patient de respirer normalement pendant la nuit, mais son efficacité suppose la bonne observance par ce dernier⁷¹⁷. En 2014, environ 500 000 patients étaient équipés d'un appareillage à PPC ; or, le taux de désappareillage est estimé entre 10% et 25%⁷¹⁸. L'assurance maladie a vu dans la télésurveillance l'opportunité de réduire ce taux de désappareillage et donc une source potentielle d'économies.

206. *Un mécanisme inédit* – Un arrêté du 22 octobre 2013 a conditionné la prise en charge du dispositif à son utilisation effective par l'assuré social⁷¹⁹. Contrôlée à distance par la collecte des données de l'appareil à PPC à l'aide d'un boîtier de transmission implanté dans la machine, l'observance était appréciée sur une période de 28 jours consécutifs au cours de laquelle le patient devait utiliser effectivement son appareil à PPC pendant au moins 84 heures au total et 3 heures par nuit pendant au moins 20 jours⁷²⁰. Les données de santé étaient collectées sur CD-ROM et transmises mensuellement au service médical de la caisse d'affiliation par le prestataire de santé à

⁷¹⁷ Sur le syndrome de SAHOS et ses possibles traitements, v. : Le traitement de l'apnée du sommeil | ameli.fr | Assuré.

⁷¹⁸ CNAMTS, Rapports de l'assurance maladie sur les charges et produits pour l'année 2012, juill. 2011, in V. VIOUJAS, « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517.

⁷¹⁹ Arrêté du 9 janv. 2013 (JOFR n°0013 du 16 janv. 2013), remplacé par l'arrêté du 22 octobre 2013 portant modification des modalités d'inscription et de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour le traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées, (JORF n°0253 du 30 octobre 2013). L'arrêté du 22 octobre 2013 abroge celui de janvier, mais reprend un dispositif équivalent, moyennant quelques précisions relatives au traitement des données de santé, faisant suite à un avis de la CNIL.

⁷²⁰ Il s'agit de de la durée recommandée par la CNEDiMTS exprimée dans un avis définitif rendu le 6 novembre 2012.

domicile (PSAD) via le serveur du fabricant⁷²¹. Après information préalable sur les éventuelles conséquences en termes de santé et de prise en charge par l'assurance maladie obligatoire, le patient non-observant relevait d'un forfait de prise en charge dont le tarif était réduit de moitié comparativement au forfait initial⁷²². Si la non-observance persistait au-delà de 5 mois, la prise en charge pouvait être suspendue. Dans cette hypothèse, le traitement n'était plus facturé à l'assurance maladie et le PSAD demandait au patient de restituer l'appareil. Si ce dernier ne s'exécutait pas, il devait verser une indemnité d'immobilisation de 20€ par semaine. Le télé-suivi devait être généralisé à compter du 1er octobre 2013⁷²³. Aucun nouveau patient ne devait être pris en charge sans la mise en place d'une transmission automatique des données. Un dispositif transitoire était prévu pour les patients ne bénéficiant pas d'un dispositif de télé-observance : le prestataire devait effectuer une visite à domicile afin de procéder au relevé des données une fois tous les 6 mois au minimum. En cas de non-respect, il devait effectuer des visites supplémentaires afin de mettre en place des actions correctives et réaliser un enregistrement de la durée quotidienne d'utilisation sur une

⁷²¹ Les données d'utilisation du dispositif sont récoltées par le fabricant du dispositif médical. Toutes les 24 heures la carte SIM de l'appareil installé chez l'assuré social transfère sur le serveur du fabricant les données d'observance et le numéro de série de la machine. Le fabricant met en relation le numéro de série et le prestataire compétent, auquel il transmet alors les données d'observance. Seul le prestataire de service à domicile peut alors identifier le patient auquel les données se rapportent. Le traitement des données personnelles a fait l'objet de contestations lors des requêtes formées à l'encontre de l'arrêté du 22 octobre 2013 par l'Union nationale des associations de santé à domicile et de la fédération française des associations et amicales des insuffisants respiratoires. Le traitement des données était dénoncé comme contraire aux principes de la loi du 6 janvier 1978. Ce point litigieux ne sera pas développé, n'intéressant pas directement le sujet de l'étude et ayant perdu de sa critique depuis l'adoption du RGPD du 27 avril 2016 (règlement européen sur la protection des données). Pour plus de détails, v. : A. LALLET, Rapporteur public, Conclusions à propos des arrêts du Conseil d'État du 28 nov. 2014, Union nationale des associations de santé à domicile et autres, n°s 366931, 374202, 374353 et 373938, publiés au recueil Lebon ; CE, juge des référés, 8 mars 2018, n°417964 ; CE, 7 déc. 2018, n°412262 ; CE, 17 juin 2019, n°417962, publié au recueil Lebon.

⁷²² Le forfait hebdomadaire « normal » après la période d'initialisation équivaut ainsi à 21€ contre 10,50€ pour le forfait 9-3 destiné au patient non-observant. V. : Arrêté du 22 oct. 2013 art. III-3.1, III-3.2 et III-3.3.

⁷²³ Aucun nouveau patient ne devait être pris en charge sans la mise en place d'une transmission automatique des données. L'arrêté du 30 avril 2013 repoussait du 1er juin au 1er octobre la date à partir de laquelle aucun nouveau patient auquel était prescrit un traitement par PPC ne pouvait être pris en charge par l'assurance maladie obligatoire à moins de bénéficier d'un dispositif de transmission automatique de l'observance.

période d'un mois. Une partie de la doctrine a pu voir la possibilité de sanctionner le comportement de l'assuré social en cas d'inobservance et par conséquent l'introduction de la responsabilité dans l'assurance maladie⁷²⁴. Cette lecture a été favorisée par l'association erronée de l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique qui dispose « *Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose* ».

207. Conclusion de section – La responsabilisation de l'individu dans la survenance du risque maladie emprunte une voie éducative, plus précisément la voie de l'éducation thérapeutique. L'objectif est de transmettre aux individus des compétences d'autosoins afin qu'ils puissent gérer leur pathologie, mais aussi des compétences d'adaptation, davantage personnelles que techniques, afin de pouvoir obtenir la meilleure qualité de vie possible. Outre les finalités thérapeutiques, l'éducation thérapeutique permet de faire prendre conscience aux individus de leur pathologie, de la façon dont il convient de la gérer, et leur donne un pouvoir d'action et de décision. C'est l'*empowerment* de l'individu. La voie éducative agit sur la conscience de l'individu l'amenant à devoir assumer factuellement les conséquences de ses choix sur sa santé. L'individu est donc responsabilisé par la voie éducative. Celle-ci prend la forme de diverses actions. Il y a tout d'abord les différents programmes du Code de la santé publique déployés par des équipes pluridisciplinaires de professionnels de santé, puis les programmes du Code de la Sécurité sociale déployés par les assurances maladie. Si ces derniers ne sont pas identifiés comme des programmes d'éducation thérapeutique au sens du Code de la santé publique, ils répondent tout de même à la définition large donnée par l'OMS et suivent les mêmes finalités. Toutefois, cette dichotomie interpelle. Si le patient est aussi un assuré social, l'ETP peut-elle lui être opposée au cours de sa prise en charge ? Pour lui refuser la prise en charge de certains actes ou dispositifs médicaux ? Si cette possibilité est clairement refusée par le Code de la santé publique, tel n'est pas le cas de l'assurance

⁷²⁴ M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45. G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

maladie. Un arrêté du 22 octobre 2013 a tenté de lier observance et prise en charge, laissant craindre l'introduction de la responsabilité au sein de l'assurance maladie. Mais ce dévoiement a été évité.

Section II : Dévoiement évité

208. Plan – Si l'observance par le patient de sa prescription thérapeutique peut être encouragée, elle ne peut constituer une condition de prise en charge d'un dispositif médical (§1) et encore moins constituer une sanction à l'encontre de l'assuré social (§2). Dans le cas contraire serait introduite une responsabilité de l'assuré social dans la prise en charge du risque maladie alors que celle-ci est initialement exclue de l'assurance maladie.

§1. L'observance ne peut être une condition de prise en charge

209. Plan – L'observance de l'assuré social ne peut constituer une condition d'inscription d'un dispositif médical sur la liste des produits et prestations remboursables (LPPR) (A), quand bien même celle-ci peut être prise en considération dans le cadre de l'entente préalable exigée pour cette même inscription (B).

A- L'observance ne peut constituer une condition d'inscription sur la LPPR

210. Plan – Dans le cadre de la révision de la LPPR, l'arrêté du 22 octobre 2013 a été pris sur le fondement de l'article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale pour faire de l'observance une condition d'inscription sur la LPPR (1). Mais les ministres signataires ont opéré une lecture extensive de ce texte qui a conduit à la suspension de l'arrêté (2).

1- Un arrêté inscrit dans la révision de la LPPR

211. La LPPR – L’arrêté du 22 octobre 2013 s’est fondé sur l’article L. 165- 1 du Code de la Sécurité sociale qui pose les conditions d’inscription sur la liste des produits et prestations remboursables (LPPR). Seuls les dispositifs figurant sur cette liste sont pris en charge par l’assurance maladie. Pour chaque prestation ou produit inscrit, la nomenclature définit sa codification, la description précise du produit, son utilité, la base de remboursement de la Sécurité sociale appliquée et le prix de vente autorisé pour tous les accessoires médicaux agréés. L’inscription à la LPPR intervient après évaluation du service médical attendu et l’amélioration apportée à la santé, suivant l’avis donné par la Commission d’évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé (CNEDiMTS) de la Haute autorité de santé (HAS)⁷²⁵. Sur la base de cette évaluation, la nomenclature définit le montant remboursable, le taux de remboursement et, éventuellement, la date de fin de remboursement⁷²⁶. La différence est prise en charge par l’assuré ou par sa mutuelle santé qui, généralement, prévoit un forfait annuel ou un remboursement correspondant à un pourcentage de la base de remboursement de la Sécurité sociale (BRSS). Le texte réglementaire peut conditionner l’inscription du dispositif à des exigences qui peuvent être de trois ordres : des « spécifications techniques », des « indications thérapeutiques ou diagnostiques » et des « conditions particulières d’utilisation ». Ce sont sur ces conditions que l’arrêté du 22 octobre 2013 s’est fondé pour moduler la prise en charge du dispositif médical en fonction de son temps d’utilisation par l’assuré social.

212. Les conditions d’inscription sur la LPPR – L’inscription d’un dispositif dans cette nomenclature requiert un certain nombre de caractéristiques qui justifient sa

⁷²⁵ La CNEDiMTS est la commission qui évalue les dispositifs en vue de leur remboursement. Elle évalue le service attendu et l’amélioration du service rendu. Elle peut aussi formuler des recommandations et avis en vue de leur remboursement. En ce sens, v. : HAS, « Evaluation des dispositifs médicaux – Principes d’évaluation de la CNEDiMTS relatifs aux dispositifs médicaux à usage individuel en vue de leur accès au remboursement », mai 2019.

⁷²⁶ Le plus souvent, le prix public d’un produit ou d’une prestation faisant partie de la LPPR est supérieur au montant remboursé par l’assurance maladie.

prise en charge. Si le dispositif ne répond pas au produit décrit et aux conditions d'utilisations précisées par la nomenclature, il ne sera pas remboursé par l'assurance maladie. Ces caractéristiques ne sont pas des consignes destinées aux assurés. Elles s'adressent toutes aux fabricants ou aux professionnels de santé, tels que médecins prescripteurs et prestataires de santé à domicile (PSAD). Les « spécifications techniques » correspondent à « *l'énumération des caractéristiques que doit présenter un produit industriel pour remplir le rôle qui lui est dévolu* »⁷²⁷. Elles s'adressent donc aux fabricants. Ensuite, le respect « d'indications thérapeutiques ou diagnostiques » est une condition de prise en charge adressée aux professionnels de santé dans la phase de diagnostic ou de recommandation de soins. Ces indications désignent l'état de santé du patient pour lequel la prescription est jugée pertinente par le pouvoir ministériel, après consultation de la HAS et du CNEDiMTS. Les indications thérapeutiques ou diagnostiques sont destinées au médecin prescripteur, car c'est au professionnel de santé qu'il incombe de faire barrage à des demandes injustifiées ou abusives⁷²⁸. Enfin, les « conditions particulières d'utilisation » désignent le bon usage du produit par l'utilisateur qui doit être formé par le prestataire de santé à domicile (PSAD), tels le médecin utilisateur ou l'assuré social⁷²⁹. Il ne peut s'agir d'une utilisation du dispositif imposée à l'assuré social, sauf à donner une lecture extensive des conditions de la LPPR.

⁷²⁷ P-A. ADELE, « Surveiller et punir par les dispositifs médicaux ? », *RDSS* 2015, p. 300.

⁷²⁸ Les assurés peuvent « *prétendre à la prise en charge des dépenses qu'ils [ont] effectués dans des conditions régulières sur prescription de leurs médecins traitants, seuls qualifiés pour apprécier le caractère nécessaire des actes litigieux au rétablissement de l'état de santé des patients, la caisse disposant par ailleurs d'un recours disciplinaire ou civil contre les médecins* » lorsque la caisse conteste l'intérêt thérapeutique de leurs actes ou prescriptions juge la Cour de cassation, v. : Cass soc., 11 févr. 1993 : *Bull. civ.* 1993.

⁷²⁹ Le décret du 1er déc. 2006 n°2006-1637 relatif aux prestataires de services et distributeurs de matériel y compris les dispositifs médicaux, tend à favoriser le retour à domicile et l'autonomie des personnes malades ou présentant une incapacité ou un handicap ; CSP, art. D. 5232-1 et s ; Livre blanc des prestataires de santé à domicile, juill. 2010.

2- Une lecture extensive des conditions de la LPPR

213. Une lecture extensive de l'article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale – Saisie d'un recours pour excès de pouvoir, la Haute juridiction administrative a jugé le 28 novembre 2014, que les « *Les arrêtés subordonnent la prise en charge par l'assurance maladie obligatoire du dispositif médical à pression positive continue non seulement à sa prescription et à son utilisation dans des conditions conformes aux modalités qu'ils prévoient, mais aussi à l'observation effective par les patients de leur traitement [...] ministres signataires ont excédé les prévisions [de l'article L. 165-1 et R. 165-1 du Code de la Sécurité sociale. [...]]* »⁷³⁰. Toutes les conditions d'inscription sur la LPPR s'adressent aux professionnels de santé et ce en amont de la prescription. Il s'agit seulement de définir les caractéristiques du dispositif pris en charge ainsi que sa finalité afin que le service médical rendu soit suffisant. Instituer l'observance comme critère d'inscription d'un dispositif sur la LPPR constituerait un non-sens, car elle ne concerne pas le dispositif médical lui-même. L'observance de l'assuré social intervient en aval de la prescription d'un dispositif et, par conséquent, de son inscription sur la LPPR. De plus, il est impossible d'avoir un contrôle fiable sur la consommation de l'assuré social. Si le dernier alinéa de l'article L. 165-1 précise que la « *procédure et les conditions d'inscription peuvent être adaptés en fonction des dispositifs selon leur finalité* », il ne permet pas de déroger à la philosophie de cet article, mais seulement d'adapter les critères aux données acquises de la science. Les trois catégories d'informations pouvant conditionner l'inscription d'un dispositif sur la LPPR ne s'adressent qu'aux fabricants et aux professionnels de santé. L'interprétation dynamique de l'article L.165-1 du Code de Sécurité sociale qui avait été proposée par le rapporteur public, Alexandre Lallet n'a pas été retenue⁷³¹. Le comportement de

⁷³⁰ Le conseil d'État suspend en référé dans un premier temps l'arrêt litigieux avant de réitérer sa position sur le fond. V. : CE, réf., 14 fevr. 2014, n°374699 ; CE, 28 nov. 2014, 1ère et 7e ch. réunies, n°366931, requête de l'Union nationale des associations de santé à domicile et la FFAIR. Cette solution a été réitérée par la Cour de cassation dans Cass, 2e civ., 18 juin 2015, n°14-18285, PB.

⁷³¹ Le rapporteur public arguait que le législateur n'avait pas envisagé en 1999 de faire de l'observance une condition de prise en charge, mais il n'avait pas non plus exclu cette possibilité. Toutefois, une

l'assuré social, utilisateur, ne peut être une condition d'inscription du dispositif médical sur la liste des produits remboursables sous peine d'entrer en contradiction avec les principes fondamentaux de la Sécurité sociale.

214. La protection des principes directeurs de la Sécurité sociale – Le Conseil d'État juge que les ministres signataires ont opéré une lecture trop extensive de l'article L. 165-1 du Code de Sécurité sociale, alors même qu'ils étaient incompétents. L'article 34 de la Constitution dispose que la loi détermine les principes fondamentaux du droit de la Sécurité sociale et, parmi eux, figure la nature des conditions exigées pour l'attribution des prestations⁷³². Or, aucune des conditions mentionnées à l'article L. 165-1 ni aucune autre disposition du Code de la Sécurité sociale n'érige le comportement de l'assuré social en condition du droit aux prestations en nature. Comme il a été dit précédemment⁷³³, le comportement de l'assuré social ne peut être pris en considération pour conditionner sa prise en charge sanitaire. Il n'a aucune obligation de prendre soin de lui, ni de suivre la prescription médicale qui lui a été faite. En application du principe d'indisponibilité du corps humain, qui découle lui-même du principe de dignité⁷³⁴, chaque individu est maître des actions subies par son corps et ne peut se voir imposer la consommation effective d'un traitement médical. Les dispositifs médicaux prescrits sont automatiquement remboursés par la Sécurité sociale dès lors qu'ils sont inscrits à la LPPR et remplissent les conditions administratives posées. Le comportement de l'assuré social peut éventuellement jouer

lecture d'ensemble de l'article permet de souligner que les conditions d'inscriptions sur la LPPR ne constituent pas des directives adressées à l'assuré social. Le silence du législateur n'autorisait pas cette lecture dynamique.

⁷³² Cons. const., 22 déc. 1961, n°61-17 DC, rec. p. 43 ; Cons. const. 30 juill. 1963, n°63-26 DC, rec. p. 43 ; Cons. const. 8 nov. 1972, n°75-74 DC ; Cons. const., 19 nov. 1975, n°75-85 DC, rec. p. 40 ; Cons. const., 8 août 1985, n°85-139 DC, rec. p. 9 ; Cons. const., 18 déc. 1997, n° 97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, cons. 19, Rec., p. 320, GDCC n° 26, AJDA, 1998, n° 2, p. 127, note, J.-É. SCHOETTL, D., 1998, J., p. 523, note V. CHAMPEIL-DESPLATS et 1999, SC, p. 234, obs. L. FAVOREU, Dr. soc., 1998, p. 164, note X. PRÉTOT, LPA, 22 juin 1998, n° 74, p. 9, chr. S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, RDP, 1998, n° 1, p. 11, note X. PRÉTOT, RFDA, 1998, n° 1, p. 155, note B. MATHIEU, RFDC, 1998, n° 33, p. 167, note L. PHILIP, RTDSS, 1998, p. 114, note P.-Y. VERKINDT et p. 169, note F. MONÉGER.

⁷³³ V. *supra* n°103.

⁷³⁴ C. civil, art. 16-3 et s.; Cass. civ. 2e, 19 juin 2003, JCP 2003. II. N°10170, obs. Castets-Renards.

un rôle dans l'allocation des indemnités journalières d'immobilisation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle ou d'arrêt maladie, mais aucunement dans la prise en charge des prestations en nature.

Instaurer l'observance par le patient de son traitement comme condition du droit à prestation en nature aboutirait à rompre avec l'idée de neutralité du comportement de l'assuré social et à remettre en question les fondements de l'assurance maladie que sont la solidarité, l'universalité et l'automaticité de la prise en charge⁷³⁵. Or, seul le législateur peut modifier un tel édifice social. Comme l'énonce Michel Crozier, spécialiste en sociologie des organisations, « *On ne change pas la société par décret* »⁷³⁶. De même, le législateur n'a pas souhaité opérer un changement de société en consacrant à l'article L. 165-1-3 la possible surveillance de l'observance par les PSAD pour la prise en charge de dispositifs déjà inscrits sur la LPPR.

215. La possible surveillance de l'observance pour les dispositifs déjà inscrits sur la LPPR – À la suite de la décision du Conseil d'État, la loi du 23 décembre 2016⁷³⁷ se réfère à l'observance de l'assuré social, mais sans en faire une condition d'inscription sur la LPPR. L'article L. 165-1-3 dispose que « *dans le cadre de la mise en œuvre de certains traitements d'affections chroniques, dont la liste est fixée par arrêté des ministres chargés de la santé et de la Sécurité sociale après avis de la Haute Autorité de santé, les prestataires mentionnés à l'article L. 5232-3 du Code de la santé publique peuvent recueillir, avec l'accord du patient, les données issues d'un dispositif médical inscrit sur la liste prévue à l'article L. 165-1 du présent Code qu'ils ont mis à la disposition du patient et qui est nécessaire à son traitement* ». Le recueil des données d'utilisation par le patient constitue une possibilité et concerne l'utilisation de dispositifs médicaux déjà inscrits sur la liste prévue à l'article L. 165-1 du Code de

⁷³⁵ P-A ADELE, « Surveiller et punir par les dispositifs médicaux ? », *RDSS* 2015, p. 300 ; V. VIJOUAS, « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517.

⁷³⁶ G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

⁷³⁷ Art. 92 de la loi n°2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017, JORF n°0299 du 24 décembre 2016.

la Sécurité sociale. Le législateur n'a pas modifié l'article L. 165-1, mais bien ajouté un article additionnel, soulignant la différence entre ces deux articles. L'article L. 165-1 régit l'inscription des dispositifs sur la LPPR tandis que l'article L. 165-1-3 permet la récolte des données d'utilisation des dispositifs déjà inscrits sur la LPPR. Le législateur ne vient pas contredire l'analyse du Conseil d'État ni la philosophie de l'article L. 165-1. Les conditions d'inscriptions sur la LPPR sont toutes tournées vers les professionnels de santé et jamais l'assuré social. Le recueil des données d'utilisation a pour objectif d'améliorer la prise en charge du dispositif. Il ne s'agit pas d'une condition imposée à l'assuré social, mais d'un accompagnement réalisé par le PSAD à son profit. Au contraire, le pouvoir réglementaire était intervenu sur le fondement de l'article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale, car l'accompagnement thérapeutique est compris dans le forfait pris en charge par l'assurance maladie. Le PSAD est rémunéré pour cet accompagnement. La révision de la LPPR entend renforcer le rôle des PSAD dans les dispositifs médicaux pris en charge et les arrêtés litigieux du 9 janvier et 22 octobre 2013 qui s'étaient inscrits dans ce mouvement⁷³⁸. Ce suivi permet de contrôler les prescriptions médicales, leur justification et pertinence et désormais d'ajuster l'enseignement thérapeutique du PSAD, sans créer une obligation de consommation effective pour l'assuré social conformément aux principes de la Sécurité sociale. L'article L. 165-1-3 se conforme donc à l'arrêt du Conseil d'État en refusant que l'observance constitue une condition d'inscription sur la LPPR.

Pourtant, la prise en charge de dispositifs inscrits sur la LPPR peut être soumise à une entente préalable de la caisse de Sécurité sociale qui examinera notamment l'observance du patient.

⁷³⁸ Le décret n°2004-1419 du 23 décembre 2004 relatif à la prise en charge des produits et prestations mentionnées à l'article L. 165-1 du Code de sécurité sociale vient limiter à 5 ans la durée de validité des descriptions génériques de la LPPR. Doivent donc être révisés pour les dispositifs médicaux le service médical rendu, les indications thérapeutiques et spécificités techniques ainsi que les forfaits de prestations. Spécifiquement pour l'insuffisance respiratoire, l'arrêt du 8 janvier 2008 a fixé pour 2010 un nouvel examen des descriptions génériques correspondant aux « dispositifs médicaux pour traitement de l'insuffisance respiratoire et prestations associées » en vue du renouvellement de leur prescription. Les arrêtés du 9 janvier et 22 octobre 2013 s'inscrivent dans cette obligation de révision.

B- Le tempérament de l'entente préalable

216. Plan – La prise en charge par l'assurance maladie de certains produits et prestations peut être subordonnée, par l'arrêté d'inscription sur la LPPR, à une entente préalable de la caisse d'assurance maladie qui prendra en considération l'observance de l'assuré social (1). Toutefois, il ne s'agit pas d'un mécanisme de condition de prise en charge, mais plutôt de contrôle de la prescription, à l'adresse du professionnel de santé (2).

1- L'observance : critère de l'entente préalable

217. La procédure d'entente préalable – Aux termes de l'article L. 315-2 du Code de la Sécurité sociale relatif à l'entente préalable, le médecin prescripteur doit indiquer les motifs médicaux qui nécessitent le recours à un dispositif ou acte médical particulièrement coûteux. Sont soumis à cette procédure, par exemple, les actes de masso-kinésithérapie dans le cadre des situations de rééducation soumises à référentiel ou, au-delà d'un certain nombre de séances, certains examens et analyses de laboratoire⁷³⁹. Les critères de l'entente préalable sont fixés par la CNEDiMTS selon les données acquises de la science. Dans le cadre de la prise en charge du dispositif à PPC de lutte contre le SAHOS, sans recueil des données d'utilisation, la prescription initiale est limitée à 4 mois et le renouvellement de la prescription est soumis à la procédure de l'entente préalable⁷⁴⁰. Lors du premier renouvellement, pour que le dispositif médical soit pris en charge par la caisse de Sécurité sociale, la constatation d'un indice d'apnées par nuit est nécessaire. Sont aussi évaluées la tolérance et l'observance du traitement sur la

⁷³⁹ Il s'agit en particulier des transports prescrits en série ou de plus de 150 kilomètres. Sont aussi soumises à cette procédure d'entente préalable les cures thermales. Seuls peuvent donner lieu à entente préalable les actes dont la prise en charge est prévue par la classification commune des actes médicaux (CCAM). Sur la procédure d'entente préalable, v. notamment : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 368, n°333 ; T. TAURAN, « La formalité de l'entente préalable dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP S* 2015, p. 1469.

⁷⁴⁰ Dans un avis du 6 novembre 2012, la CNEDiMTS se prononce en faveur de l'introduction d'un mécanisme de contrôle à distance de l'observance thérapeutique du patient dans le cadre de la prise en charge du SAHOS.

dernière période de 28 jours⁷⁴¹. Ensuite, le renouvellement annuel s'effectue sans accord préalable pour un patient dont l'observance des 12 dernières périodes consécutives de 28 jours a été d'au moins 112 heures pendant au minimum 10 des 12 périodes et d'au moins 56 heures au cours des deux autres périodes. Ces périodes d'observance sont exigées, car, à défaut, les bienfaits thérapeutiques du traitement ne seront pas perçus par le patient. De plus, l'inutilisation du dispositif peut révéler une inadaptation du traitement. Celui-ci peut être inefficace ou la gêne occasionnée peut ne pas être supportée par le patient, auquel cas un autre traitement devra être prescrit dans la mesure du possible. L'entente préalable ne vise pas à surveiller l'observance du patient ; elle la prend en considération comme un indice pour vérifier si la prescription thérapeutique est justifiée et, par conséquent, si l'allocation des dépenses de santé l'est aussi. Il s'agit d'un mécanisme de contrôle et non de sanction de l'assuré social au titre d'une observance insuffisante. L'entente préalable est un tempérament et non une exception à la prise en charge automatique des dispositifs médicaux. C'est à ce titre qu'elle peut s'articuler avec les conditions de prise en charge de la LPPR.

218. La place de l'entente préalable dans la LPPR – Dès 1999, le dispositif à PPC pour lutter contre le SAHOS a été inscrit sur la liste des produits et prestations remboursables ; sa prise en charge était subordonnée à une observance de trois heures minimales de traitement chaque nuit⁷⁴². Dans le cadre de la LPPR, un accord préalable peut être requis pour la prise en charge de certains produits et prestations en vertu de l'article R. 165-23 du Code de la Sécurité sociale⁷⁴³ qui dispose que « *l'arrêté d'inscription peut subordonner la prise en charge de certains produits ou prestations*

⁷⁴¹ Inférieur à 15 par heures, entre 15 et 30 par heures ou supérieur à 30 par heure, v. : Notice de prescription médicale valant demande d'accord préalable pour le traitement du syndrome d'apnée hypopnée du sommeil chez les patients de plus de 16 ans, ref. 634, CNAM juin 2018 *in* 634.cnamdemande_accord_prealable_pour_traitement_par_pression_positive_continue_ou_orthese_m_andibulaire.pdf (ameli.fr).

⁷⁴² La LPPR a été créé par la Loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000, JORF n°302 du 30 décembre 1999. LALLET, Conclusions du rapporteur public, Conseil d'État sur les affaires n°366931, 374202, 374353 et 373938, Union nationale des associations de santé à domicile et autres, p. 5.

⁷⁴³ www.service-public.fr.

mentionnés à l'article L. 165-1 à une entente préalable de l'organisme de prise en charge, donnée après avis du médecin-conseil ». Autrement dit, un dispositif figurant sur la LPPR sera remboursé par l'assurance maladie après entente préalable mais l'entente préalable n'est pas une condition d'inscription d'un dispositif médical sur la LPPR. Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 2009, la Caisse du régime social des indépendants avait refusé de prendre en charge la prolongation d'assistance respiratoire prescrite en raison d'un syndrome d'apnée du sommeil. Le Tribunal des affaires de Sécurité sociale (TASS) de Montpellier avait condamné la caisse à prendre en charge la prolongation du traitement. La caisse estimait que la prise en charge du traitement de l'apnée par un appareil à pression positive continue était soumise à une entente préalable. Ce renouvellement était conditionné à une observance de trois heures minimales de traitement chaque nuit sur une période de 24h et à un constat de l'efficacité du traitement par le médecin prescripteur ou traitant. Or, selon la caisse, l'observance minimale n'était pas respectée et l'efficacité du dispositif n'avait été attestée par aucun des deux médecins compétents. Était intervenu un médecin tiers en faveur du maintien du dispositif médical, sans fournir d'analyse polysomnographie au soutien de sa position. Le pourvoi invoquait la violation des articles L. 165-1, R. 165-1 et R. 165-23 du Code de la Sécurité sociale. La Cour de cassation admet pourtant la recevabilité de cet avis médical et rejette le pourvoi. Outre l'enjeu probatoire de cet arrêt, la cour admet qu' « *en application de l'article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale soient subordonnés le renouvellement et le maintien de la prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour le traitement de l'apnée du sommeil à la constatation d'une observance de trois heures minimales de traitement chaque nuit, sur une période de vingt-quatre heures et de l'efficacité clinique du traitement* ». La Cour de cassation admet donc que l'observance puisse être érigée en condition de la prise en charge d'un dispositif médical sur le fondement de l'article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale⁷⁴⁴. C'est à ce titre que dans sa décision du 28 novembre 2014, le Conseil d'État annule partiellement l'arrêté du 22 octobre 2013. Sont annulées les dispositions

⁷⁴⁴ Cass. 2e civ., 9 avr. 2009, n°08-16.974.

relatives au contrôle de l'observance par voie numérique et à la transmission automatique à l'assurance maladie des données de santé récoltée par le dispositif de télé observance. À contrario, le forfait 9.4 qui conditionne la prise en charge à l'accord préalable du médecin conseil, à l'exclusion de tout dispositif médical connecté, est validé par la juridiction administrative.

2- L'observance : critère de contrôle des prescriptions

219. *Un mécanisme de contrôle des professionnels de santé* - En cas de non-respect de la procédure d'entente préalable, aucune prise en charge ne peut être imposée à la caisse de Sécurité sociale⁷⁴⁵. La procédure d'entente préalable constitue une limite au risque social, dans la mesure où, en dépit de la constatation d'une pathologie, le droit à la prestation en nature n'est pas automatique. Toutefois, cette disposition ne conditionne pas la reconnaissance de la pathologie et ni sa prise en charge. Il s'agit plus d'un mécanisme de responsabilisation des praticiens, pour veiller au respect des bonnes pratiques, que d'une responsabilité de l'assuré social. Un professionnel qui violerait la procédure d'entente préalable commettrait une faute et s'exposerait à une procédure de répétition de l'indu⁷⁴⁶. Une véritable responsabilité indemnitaire du professionnel est alors mise en place. Le contrôle mené par le médecin-conseil de la CPAM porte sur la justification thérapeutique avant la consommation du dispositif médical par le patient⁷⁴⁷. Il ne porte pas sur le comportement du patient. Pourtant, une partie de la doctrine y voit une forme de responsabilité de l'assuré social, car la non-transmission de ce formulaire administratif entraîne la déchéance des droits à la prise en charge du dispositif soumis à entente préalable⁷⁴⁸. Cette déchéance constituerait une sanction en ce qu'elle supprimerait l'exercice du droit à remboursement. Il ne s'agit toutefois pour l'assuré social que d'une obligation de nature administrative. L'assuré

⁷⁴⁵ Cass. 2e civ., 19 juin 2014, n°13-18.999 : JurisData n°2014-013606 ; *JCP S* 2014, p. 1421, note E. Jeansen.

⁷⁴⁶ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 368, n°333 et p. 751, n°716.

⁷⁴⁷ CSS. art. L. 162-2-1.

⁷⁴⁸ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 212.

peut se voir imposer des obligations de nature administrative pour assurer le bon fonctionnement de l'assurance maladie. En revanche, la responsabilité comportementale de l'assuré social conditionnant la prise en charge de ses prestations en nature reste totalement exclue. Celle-ci n'est aucunement en cause dans le mécanisme de l'entente préalable qui constitue un tempérament et non une exception à la prise en charge automatique des prestations nécessaires à la couverture du risque social. Est en jeu la pertinence de la prescription et non le comportement de l'assuré social à l'égard de sa santé qui ne peut conditionner ou impacter le montant de la prise en charge.

§2. L'inobservance ne peut conduire à une augmentation du reste à charge pour l'assuré social

220. Plan – L'arrêté du 22 octobre 2013 a pu être partiellement codifié à l'article L. 165-1-3 dans la mesure où la surveillance de l'inobservance de l'assuré social a pour finalité d'encourager l'éducation thérapeutique et, par conséquent, conduit à sanctionner le professionnel de santé (A). La sanction de l'assuré social en raison de son comportement sanitaire est impossible (B). Cette absence de sanction permet de requalifier la responsabilité en responsabilisation.

A- Le refus de sanctionner l'assuré social

221. Le refus de l'immobilisation – Lorsque l'assuré social continuait d'être inobservant à l'égard de sa prescription thérapeutique pendant plus de cinq mois, la prise en charge par l'assurance maladie était suspendue et un forfait de vingt euros par semaine au titre de l'immobilisation du dispositif était mis à la charge de l'assuré social jusqu'à sa restitution. Selon l'avis unanime des requérants et du Conseil d'État, cette immobilisation ne pouvait être admise au sein du système de santé. « *Le premier [moyen] dont vous avez avisé les parties, est incontestablement fondé* », précisait le rapporteur public. Par la suite, l'article L. 165-1-3 du Code de la Sécurité sociale s'est conformé à la décision du Conseil d'État et a purgé le mécanisme mis en place par l'arrêté du 22 octobre 2013 qui pénalisait directement l'assuré social. Il dispose, en son

dernier alinéa, qu' « *une moindre utilisation du dispositif médical ne peut en aucun cas conduire à une augmentation de la participation de l'assuré mentionnée au I de l'article L. 160-13, aux frais afférents à ce dispositif et à ses prestations associés* »⁷⁴⁹. Le législateur rappelle ainsi que la baisse tarifaire pour inobservance n'entraîne pas de reste à charge pour l'assuré social et condamne toute autre forme de reste à charge, telle une indemnité d'immobilisation.

Quelle que soient sa forme et sa nature, il n'est pas possible d'instituer une somme dont serait débiteur l'assuré social en raison d'un comportement jugé néfaste. Dans le cas contraire, un nouveau système de santé verrait le jour qui ne reposerait plus sur l'universalité, la solidarité et l'automaticité de la prise en charge. Une telle sanction réintroduirait le principe de responsabilité de l'assuré social dans la prise en charge du risque maladie. La solidarité nationale serait alors remise en cause ainsi que le droit fondamental d'accès à la santé. Il s'agirait d'un changement de philosophie et de modèle social, marquant le basculement vers un système de type américain. Néanmoins, plusieurs arguments peuvent être invoqués pour qualifier l'immobilisation d'incitation plutôt que de sanction, montrant ainsi la porosité entre responsabilisation et responsabilité.

B- La possible sanction du professionnel de santé

222. Plan – L'inobservance de l'assuré social peut conduire à une modulation tarifaire et à une suspension du remboursement du prestataire de santé à domicile (PSAD) (1) afin d'inciter celui-ci à mener à bien les actions d'éducation thérapeutique nécessaires et l'associer aux efforts financiers nécessaires pour la Sécurité sociale (2).

⁷⁴⁹ L'article L. 160-13 du Code de la sécurité sociale vise la participation de l'assuré social dans son recours de santé comme les participations forfaitaires vues précédemment, v. *supra* n°136 et s.

1- La modulation tarifaire et la suspension du remboursement

223. L'enjeu du déremboursement : une modulation tarifaire à la charge du PSAD – L'Union nationale des associations de santé à domicile et de la Fédération française des associations et amicales des insuffisants respiratoires avait dénoncé le déremboursement mis en place par l'arrêté du 22 octobre 2013. Pourtant, le patient n'était pas pénalisé comme l'avait justement relevé le rapporteur public. C'est le PSAD qui l'était. Le mécanisme était le suivant : les PSAD facturaient directement à l'assurance maladie le montant du forfait décidé pour l'inscription du dispositif sur la LPPR. À l'installation du matériel, le prestataire facturait le forfait 9.1 puis le forfait 9.2, d'un montant de 21€. En revanche, si l'assuré social méconnaissait une première fois les règles d'observance, il migrerait sur le forfait 9.3 d'un montant de 10,5€⁷⁵⁰. Ce changement de forfait en raison de l'inobservance de l'assuré social constituait une baisse du prix de la prestation et non une baisse du taux de remboursement⁷⁵¹. La base de remboursement de la Sécurité sociale ainsi que la part prise en charge par l'assurance complémentaire restaient identiques. Il n'y avait aucun mécanisme de « déremboursement ». L'article L. 165-1-3 du Code de la Sécurité sociale parlait bien de modulation des tarifs. Les assurés ne se voyaient pas mettre à leur charge une somme du fait de leur inobservance. Un tel mécanisme aurait contrevenu aux principes fondamentaux de la Sécurité sociale, que sont la solidarité et l'universalité. Le mécanisme de la modulation tarifaire visait à inciter les prestataires à engager des démarches actives pour aider les patients à être observants de leur traitement. Si le

⁷⁵⁰ Le montant des forfaits n'est pas fixé par les arrêtés, mais par une convention conclue avec les organisations représentatives des prestataires sur le fondement des dispositions du Code de la sécurité sociale qui encadrent les modalités de fixation du prix des produits et prestations.

⁷⁵¹ Il s'agit des montants négociés au moment de l'adoption de l'arrêté litigieux. Pour les montants actuels v. : www.codage-act.cnamts.fr ; A propos de la baisse du forfait, v. : HAS, Service évaluation économique et santé publique, Note de cadrage « Evaluation clinique et économique des dispositifs médicaux et prestations associées pour prise en charge du syndrome d'apnée hypopnée obstructive du sommeil (SAHOS) », mars 2013, p. 16 ; Avis de projet de modification de la procédure d'inscription et des conditions de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées au paragraphe 4 de la sous-section 2, section 1, chapitre 1er, titre Ier de la liste prévue à l'article L. 165-1 (LPPR) du Code de la sécurité sociale, JOFR n°0161 du 11 juillet 2017 ; CNEDiMTS, Avis du 6 nov. 2012.

PSAD ne menait aucune action d'éducation thérapeutique auprès de l'utilisateur du dispositif médical pour l'accompagner dans son observance, son revenu était réduit. Le poids de l'observance reposait donc entièrement sur le PSAD. C'est à ce titre que le changement de forfait de remboursement n'a pas été sanctionné par le Conseil d'État et que le législateur a consacré ce mécanisme à l'article L. 165-1-3 du Code de la Sécurité sociale. Selon ce texte, *« les tarifs de responsabilité ou les prix mentionnés, respectivement, aux articles L. 165-2 et L. 165-3 peuvent être modulés, sans préjudice des autres critères d'appréciation prévus aux mêmes articles L. 165-2 et L. 165-3, en fonction de certaines données collectées, notamment celles relatives aux modalités d'utilisation du dispositif médical mis à disposition.[...] Une moindre utilisation du dispositif médical ne peut en aucun cas conduire à une augmentation de la participation de l'assuré mentionnée au I de l'article L. 160-13 aux frais afférents à ce dispositif et à ses prestations associées. »*⁷⁵². Cet article a été mis en œuvre par le décret n°2017-809 du 5 mai 2017 relatif aux dispositifs médicaux remboursables utilisés dans le cadre de certains traitements d'affections chroniques. Il dispose que *« Pour l'application de la modulation du tarif de responsabilité ou du prix prévue au quatrième alinéa de l'article L. 165-1-3, le comité économique des produits de santé peut définir, par convention ou à défaut par décision, un tarif de responsabilité de référence ou un prix de référence servant de base à la fixation de décotes sur ces tarifs ou ces prix en fonction du niveau d'utilisation constatée du dispositif médical. Ce tarif de responsabilité de référence ou ce prix de référence est égal au tarif de responsabilité ou au prix retenu par le comité dans le cas d'un bon usage du dispositif médical. Les décotes appliquées ne peuvent conduire à une augmentation de la participation à la charge de l'assuré, par rapport à la participation à sa charge qu'entraîne l'application du tarif de responsabilité de référence et du prix de référence »*. En cas d'inobservance, l'assuré n'aura pas à assumer un reste à charge. L'enjeu financier repose sur le PSAD qui doit cesser sa prestation et récupérer son matériel.

⁷⁵² Loi n°2016-1827 du 23 déc. 2016, art 93, LFSS pour 2017. La constitutionnalité de cet article n'a pas été remise en cause devant le conseil des sages.

224. La suspension de la prise en charge – L'arrêté du 22 octobre 2013 prévoyait qu'en cas d'inutilisation persistante du dispositif en dépit des rappels et incitations formulées par le PSAD, la dernière période d'utilisation « *n'est pas facturée* ». L'assurance maladie interrompait toute prise en charge. Cette disposition a pu effrayer les associations de patients qui ont lu un risque de cessation de la prise en charge thérapeutique du patient et la mise en place d'un reste à charge excessif pour le patient. La CNEDiMTS, dans son avis du 6 novembre 2012, n'avait d'ailleurs pas envisagé la suspension du suivi du traitement. Comme on le sait, le Conseil d'État a suspendu en référé l'arrêté du 22 octobre 2013, identifiant un risque d'atteinte suffisamment grave et immédiat à la santé des personnes concernées et à la santé publique dans la mesure où le dispositif risquait d'entraîner un arrêt de la prise en charge pour les patients à qui ce traitement aurait été prescrit. Pourtant, il ne s'agissait pas d'une cessation de remboursement automatique. Elle intervenait en cas d'inobservation persistante pendant 3 mois consécutifs ou 5 mois non consécutifs après les actions du PSAD. Il ne s'agit pas d'un arrêt brutal et immédiat, comme le prétendaient les associations de patients. De plus, comme l'avait souligné le rapporteur public, il s'agissait en réalité d'une sanction à la charge du PSAD et non de l'assuré social. La suspension de la prise en charge consistait dans une impossible facturation du dispositif à l'assurance maladie pour le prestataire de santé à domicile et non dans le retrait immédiat du dispositif médical ou d'un reste à charge pour l'assuré social. Les annexes des lettres-types du prestataire au patient prévoyaient que l'inobservance persistante avait pour sanction « *la récupération de l'appareil ou l'indemnité d'immobilisation* », en aucun cas la facturation à l'assuré social de la part non prise en charge par l'assurance maladie. En dépit de l'annulation de l'arrêté du 22 octobre 2013 et bien qu'il n'ait pas été repris explicitement à l'article R. 165-85 du Code de la Sécurité sociale, cette suspension ne semble pas être condamnée par le nouvel article L. 165-1-3 du Code de la Sécurité sociale. L'article exclut la mise en place d'un reste à charge pour l'assuré social en raison de son inobservance et n'impute une charge financière qu'aux professionnels de santé, comme l'avait observé le Conseil d'État.

2- La contribution des PSAD aux efforts de Sécurité sociale

225. Une baisse de rémunération des PSAD conforme au principe d'égalité devant les charges publiques – Les PSAD contestaient le décret du 5 mai 2017 relatif aux dispositifs médicaux remboursables utilisés dans le cadre de certains traitements d'affection chronique, pris en application de l'article L. 165-1-3 du Code de la Sécurité sociale⁷⁵³. Selon les requérants, la modulation tarifaire mise à la charge du PSAD en cas d'inobservance du patient serait contraire au principe d'égalité devant les charges publiques dans la contribution commune aux dépenses d'administration. L'inobservance n'est pas du seul fait du PSAD, mais aussi du patient qui, en dépit des actions d'information et d'éducation thérapeutique, reste maître de son corps et de l'utilisation effective ou non du dispositif médical. Pourtant, le Conseil d'État valide le dispositif de baisse de tarif de remboursement institué par le décret. La modulation tarifaire incite les prestataires à engager des démarches actives pour aider les patients à être observants. Si le PSAD ne mène aucune action d'éducation thérapeutique auprès de l'usager du dispositif médical dans ce but, sa rémunération est réduite. Le dispositif a pour objectif « *d'impliquer les prestataires dans l'amélioration de l'observance des traitements* » et une baisse de rémunération des PSAD non de l'assuré social répond aux objectifs de protection de santé publique et de l'équilibre financier de la protection sociale⁷⁵⁴. Ces motifs avaient déjà été invoqués pour valider les dispositifs d'incitation financière mis à la charge des assurés sociaux, tels que le forfait hospitalier ou encore le ticket modérateur. Les PSAD comme les assurés sociaux contribuent par leurs efforts à l'équilibre financier de la Sécurité sociale, à cette réserve près, que l'assuré social ne peut se voir imposer un reste à charge que dans le cadre de son recours au système de santé et non dans la gestion de sa santé.

⁷⁵³ Décret n° 2017-809 du 5 mai 2017 relatif aux dispositifs médicaux remboursables utilisés dans le cadre de certains traitements d'affections chroniques JOFR n°0108.

⁷⁵⁴ CE, 1ère ch., 20 oct. 2017, n°412262 ; confirmée par CE, ch. Réunies, 7 décembre 2018, n°412262.

226. Conclusion de section – Les pouvoirs publics ont tenté d’instituer un mécanisme de responsabilisation à la tangente d’une responsabilité comportementale. L’arrêté du 22 octobre 2013, qui s’efforçait de lutter contre l’inutilisation de dispositifs médicaux coûteux, liait observance et condition de remboursement. L’observance devenait un critère d’inscription des dispositifs médicaux sur la LPPR, en se fondant sur l’article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale. Ce dispositif a été rapidement suspendu par le Conseil d’État qui a condamné une lecture trop extensive de cet article. Si un dispositif devient plus efficace avec la bonne utilisation qu’en fait l’assuré social, il s’agit d’une conséquence et non d’une composante intrinsèque du dispositif médical. De plus, aucun prestataire de santé à domicile (PSAD), fabricant ou médecin ne peut exercer un contrôle sur le comportement de l’assuré social, c’est-à-dire assurer la bonne utilisation du dispositif. Enfin et surtout, instituer une telle condition contrevient au principe de prise en charge automatique et solidaire du risque social maladie, indépendamment du comportement de l’assuré social et du rôle qu’il a pu jouer dans la réalisation de celui-ci. Le comportement de l’assuré social ne peut être une condition de remboursement et ne peut entraîner un reste à charge ; à défaut, la responsabilité comportementale serait introduite dans l’assurance maladie.

Afin de consacrer l’accompagnement thérapeutique recherché par l’arrêté du 22 octobre 2013, quelques ajustements ont dû être opérés. L’observance n’apparaît plus comme une condition de prise en charge, au sens de l’article L.165-1 du Code de la Sécurité sociale. Un texte indépendant, l’article L. 165-1-3 du même Code, dispose que les données d’utilisation peuvent être recueillies par les PSAD afin de mettre en place des actions favorisant la bonne utilisation de dispositifs déjà inscrits sur la LPPR. De plus, le texte a été expurgé de tout reste à charge pour l’assuré social. L’utilisation insuffisante d’un dispositif entraîne une baisse de rémunération pour le PSAD uniquement. Il s’agit d’une contribution de ce professionnel de santé aux efforts financiers menés au sein de la Sécurité sociale.

227. Conclusion de chapitre – La responsabilisation de l'individu dans la gestion de la pathologie correspond à la survenance du risque évoquée autrefois par Yves Saint-Jours. À ce stade, aucune forme de responsabilité n'est admise. La responsabilisation déployée s'y conforme et se distingue clairement de la responsabilité. Elle emprunte une voie morale, celle de l'éducation, qui permet d'agir sur la conscience des individus. Mais aucun pouvoir coercitif n'est exercé sur les individus pour les obliger à réaliser le comportement attendu, car l'éducation thérapeutique n'est pas opposable au regard de la prise en charge des prestations et dispositifs médicaux. Cette certitude est affirmée par le Code de la santé publique qui organise divers programmes d'ETP. Toutefois, la législation d'assurance maladie est ambiguë. La finalité économique de l'éducation thérapeutique est prégnante dans les programmes d'accompagnement déployés par les différentes caisses d'assurance maladie, s'inscrivant dans le courant du *disease management*. L'assurance maladie pourrait être tentée de conditionner la prise en charge de certains dispositifs au comportement du patient. Tel a été le cas avec l'arrêté du 22 octobre 2013 qui a tenté de lier observance et prise en charge ; mais la porte entrouverte a été aussitôt refermée ; le dévoiement de la responsabilisation en responsabilité a été évité.

Cette tentative démontre cependant l'amorce d'une tendance politique. L'indemnisation est facilitée tout en renforçant la sanction. « *Apparaît une contradiction entre certaines de nos institutions politiques, économiques et sociales héritées du passé et les nouvelles « idées morales » ont été transformées par les progrès de la raison* »⁷⁵⁵. Sous couvert d'une responsabilisation des individus à l'égard de leur santé, une responsabilité comportementale se dessine, accompagnée d'un ébranlement de la couverture sociale.

⁷⁵⁵ PIERRE ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995.

228. Conclusion de Titre – La responsabilisation prend la forme de deux modalités distinctes selon l’objet sur lequel elle porte. Pour responsabiliser les individus dans leur recours au système de santé, la voie de l’incitation financière est employée. Pour responsabiliser l’individu dans la survenance du risque maladie, entendue largement c’est-à-dire avant son apparition, mais aussi au cours de celle-ci visant alors la gestion ou la dégradation de la pathologie, la voie de l’éducation thérapeutique est sollicitée. La construction de ces deux formes de responsabilisation a été pensée en conformité avec les principes directeurs de l’assurance maladie. Sur le plan théorique, ces deux voies sont bien distinctes du mécanisme de la responsabilité, bannie de l’assurance maladie. L’incitation ne se confond pas avec la sanction et l’éducation thérapeutique du patient est inopposable à l’assuré social dans sa prise en charge. Toutefois, à y regarder de plus près, la distinction entre responsabilisation et responsabilité est ténue. Concernant la responsabilisation par voie incitative, celle-ci se distingue mal de la sanction qui est une notion aussi large que la responsabilité. De plus, l’accès aux soins théoriquement préservé par l’absence de coercition est remis en question pour une partie des assurés sociaux, en dépit de l’adoubement constitutionnel reçu. Quant à la responsabilisation par voie incitative, celle-ci constituerait en réalité davantage une responsabilité-charge faisant contribuer l’assuré social à l’effort national de maîtrise des dépenses de santé. La finalité morale de la responsabilisation ne semble pas l’objectif premier de ces mesures. La finalité financière prime, comme l’illustre la tentative de dévoiement de la responsabilisation par voie éducative en responsabilité comportementale : le pouvoir exécutif a tenté, en 2013, de lier observance thérapeutique et prise en charge d’un dispositif médical particulièrement coûteux. La double motivation financière et thérapeutique de la voie éducative est à l’origine de cette méprise qui a été rectifiée. Toutefois, elle illustre pleinement les véritables intentions qui animent la responsabilisation, qui s’avère être une notion peu distincte de la responsabilité, quand bien même elle poursuit une finalité morale.

229. Conclusion de Partie – La responsabilisation de l’assuré social constitue, en l’état, une notion théoriquement distincte de la responsabilité, mais confondue avec celle-ci dans sa mise en pratique. La distinction entre responsabilité et responsabilisation ne tient pas dans la fonction morale qui peut être commune aux deux notions. Elle tient dans la sanction qui se matérialise, dans l’assurance maladie, par une entrave de l’accès aux soins. Les incitations mises en place font obstacle pour une partie de la population à cet accès et ne sont pas encadrées par des limites clairement définies. L’observance a été envisagée comme condition de prise en charge. L’analyse de la responsabilisation démontre que ses contours sont friables et que la fonction morale n’est pas le premier but ; face à l’objectif économique de sauvetage des finances de l’assurance maladie. L’état ambigu de la responsabilisation amène à s’interroger sur son évolution à venir.

PARTIE II – L’avenir de la responsabilisation

230. Plan – Les assises de la responsabilisation étant malléables, son avenir suscite autant une crainte (**Titre 1**) qu’un espoir (**Titre 2**). La crainte est celle de voir la responsabilisation se muer en responsabilité, perturbant les principes directeurs de l’assurance maladie. L’espoir est de voir se développer une responsabilisation pleinement distincte de la responsabilité, au service du système de santé.

Titre I – Une crainte

231. Plan – Depuis plusieurs années, un courant politique et économique souhaite revenir sur les fondamentaux de l'assurance maladie tels que pensés en 1945. Cette vision revendique notamment une évolution de la responsabilisation vers une responsabilité comportementale de l'individu dans la prise en charge du risque maladie. Cette revendication est faite autant au niveau de l'assurance maladie de base, dans la prise en charge par la Sécurité sociale (**Chapitre 1**), qu'au niveau de l'assurance maladie complémentaire et surcomplémentaire dans la prise en charge réalisée par assureurs privés au travers des contrats individuels et collectifs (**Chapitre 2**). Toutefois, l'adoption d'un tel modèle présente de nombreux dangers sur lesquels il convient d'alerter le juriste comme le citoyen pour ne pas se fourvoyer sur l'idéal brandi par ses promoteurs.

Chapitre I : La responsabilité revendiquée dans la Sécurité sociale

232. Plan – Pour mesurer la crainte suscitée par l’insertion de la responsabilité dans l’assurance maladie, il convient d’abord d’étudier les fondements (**Section 1**) puis les modalités éventuelles de cette revendication (**Section 2**). Cela permettra d’en souligner la vraisemblance, de prendre la mesure des dangers et inconvénients qu’elle recouvre pour les assurés et la société entendue comme corps social et organisationnel.

Section I : Les fondements de la revendication

233. Plan – Le premier fondement de cette revendication réside dans la remise en cause de l’État-providence (§1). Le second fondement réside dans l’altération du contrat social (§2).

§1. Le modèle de l’État-providence remis en cause

234. Le modèle de l’État-providence – L’État-providence correspond à une conception de l’État où celui-ci étend son champ d’intervention à des domaines économiques et sociaux, contrairement à l’État-gendarme dont les actions sont restreintes à des fonctions régaliennes (police, armée, justice). L’État-providence prend en charge différents risques sociaux, comme la maladie, la vieillesse, le chômage⁷⁵⁶. Trois modèles sont identifiés⁷⁵⁷ : l’État-providence libéral est marqué par une large place laissée au marché de la protection sociale, comme au Canada, en Australie, au Royaume-Uni ; l’État-providence social-démocrate est marqué par les principes d’universalisme et de démarchandisation des droits sociaux, comme au Danemark, en Finlande, en Norvège et en Suède ; l’État-providence conservateur corporatiste conditionne les prestations sociales au versement de cotisations et est marqué par une logique corporatiste, comme en France, en Allemagne, en Autriche. La logique

⁷⁵⁶ VIE PUBLIQUE, Qu’est-ce que l’État-providence ? | vie-publique.fr, in <https://www.vie-publique.fr>.

⁷⁵⁷ L. OLIVIER, « Construction, déconstruction et réinvention de l’État providence », *Civitas Europa*, vol. 33, 2014, p. 11.

corporatiste a toutefois été atténuée par le renforcement de l'universalité dans le modèle français, fondé sur la solidarité entre les différentes classes sociales et la recherche de la justice sociale. Toutefois, ce modèle traverse, depuis les années 1970, plusieurs crises qui viennent ébranler sa raison d'être et son intervention de manière globale. Pierre Rosanvallon identifie quatre crises de l'État-providence ⁷⁵⁸ : une crise économique, une crise de légitimité, une crise d'efficacité et une crise philosophique.

235. Une crise économique – La première crise traversée par le modèle de l'État-providence est économique. La chronicisation de son déficit depuis les années 1970 conduit à remettre en question sa capacité à prendre en charge l'ensemble des dépenses publiques de manière universelle, plus particulièrement les dépenses de santé ⁷⁵⁹. Cette première crise non résorbée entraîne une deuxième crise de légitimité.

236. Une crise de légitimité – Le principe même de l'intervention de l'État dans le domaine social est contesté. La montée de l'individualisme valorise la responsabilité au détriment de la solidarité. Marc Fourdignier ⁷⁶⁰ souligne l'apparition de nouveaux rapports sociaux, caractérisés par une désaffiliation sociale et une exigence de performance pesant sur les individus. L'État-providence ne parvenant pas à prendre en charge efficacement les risques sociaux et étant critiqué dans sa réalisation

⁷⁵⁸ P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1992 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 20^e éd., 2024, p. 93, n°116 et s ; A. SUPIOT, « La sécurité sociale entre transformisme et réformisme », *RDSS* 2016, p. 5 ; J-M FERRY, « Crise et critique de l'État social », *RDSS* 2007, p. 263 ; O. LAURENT, « Construction, déconstruction et réinvention de l'État providence », *Civitas Europa*, vol. 33, no. 2, 2014, p. 11-32 ; J. DAMON, « Rétrospective et prospective de la protection sociale », in M. BORGETTO, A-S GINON, F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 11 ; M. LEFEBVRE et P. PESTIEAU, « Faut-il désespérer de l'État Providence ? », *Risques Les cahiers de l'assurances*, n°114, 2018, p. 151 ; VIE PUBLIQUE, « Qu'est-ce que la crise de l'état providence ? », in <https://www.vie-publique.fr>.

⁷⁵⁹ Sur la chronicisation du déficit de la sécurité sociale, v. *supra* n°37.

⁷⁶⁰ Marc Fourdignier est sociologue et maître de conférences à l'Université de Reims Champagne-Ardenne. V. : M. FOURDIGNIER « De la prise en charge à l'accompagnement : vers un nouvel espace professionnel », Reims, 2011, in <http://marc-fourdignier.fr>.

de l'idéal de redistributivité, les individus cherchent à se situer dans le segment ou oligopole le plus favorable à leurs intérêts. Ils cherchent à s'assurer entre eux⁷⁶¹.

La mondialisation favorise quant à elle la concurrence et la logique de marché. Ce contexte a fait apparaître dans les années 1990 des théories libérales qui revendiquent un autre modèle de prise en charge que celui de l'État-providence⁷⁶². « *La demande d'État-providence n'apparaît plus aujourd'hui comme le seul moyen de protection sociale* »⁷⁶³. Les théories libérales de Hayek sont relues pour dénoncer les méfaits générés par l'interventionnisme social. Le libéralisme classique conçoit la protection en termes de prévoyance individuelle et volontaire. L'ultralibéralisme quant à lui défend des systèmes de prévoyance collective et obligatoire qui ne sont pas fondés sur la solidarité, mais sur la banque et l'assurance⁷⁶⁴. Enfin, le courant néo-libéral propose de repenser le rôle de la Sécurité sociale et ses principes organisationnels. Denis Kessler, ancien président du MEDEF, énonçait, à l'occasion du 70^e anniversaire de la Sécurité sociale, que « *le modèle social français est le pur produit du Conseil national de la résistance [...] Il s'agit aujourd'hui de sortir de 1945 et de défaire méthodiquement le programme du CNR* »⁷⁶⁵. Selon Denis Kessler, il y a une distorsion, car les droits actuels de l'assurance maladie répondent à une conception conjoncturelle des risques sociaux et non à des aléas plus stables, comme l'est aujourd'hui la maladie, de plus en plus chronique⁷⁶⁶. Il s'agirait de réorienter l'État-providence autour de l'équité, l'efficacité et la discrimination positive, pour remplacer les objectifs d'universalité et de redistributivité qui n'ont pas été atteints⁷⁶⁷. Plus précisément, Denis Kessler propose

⁷⁶¹ Pierre Rosanvallon parle de l'apparition de « l'État-clientélaire », in P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1992, p. 40.

⁷⁶² D. KESSLER, « Les noces du risque et de la politique », *Commentaire*, n°109, 2002, p. 55.

⁷⁶³ P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1992, p. 40.

⁷⁶⁴ A propos des différentes formes que pourraient prendre l'État-providence, v. : A SUPLOT, « La sécurité sociale entre transformisme et réformisme », *RDSS* 2016, p. 5 ; G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'État-providence. Essai sur le capitalisme moderne*, PUF, 2007.

⁷⁶⁵ D. KESSLER, *Challenges*, 4 oct. 2007, cité in P-Y CHANU, « Modernité de la sécurité sociale », *La documentation française*, *RFAS* 2016, p. 333.

⁷⁶⁶ Sur le caractère de plus en plus chronique de la maladie, v. *supra* n°66.

⁷⁶⁷ D. KESSLER, « L'avenir de la protection sociale », *Commentaire* 1999, n°3, p. 619 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024, p. 93 et s., n°116 et s. ; M. HIRSCH, *Les enjeux de la protection sociale*, Monchrestien, 2^e éd., 1994, p. 81 ; J-P CHAUCHARD, « De la définition du risque social », *Trav. et protection sociale*, juin 2000, p. 4.

d'orienter les réformes autour de quatre principes : le principe de compétitivité, le principe de justice, le principe d'efficacité et le principe de responsabilité⁷⁶⁸. Selon le même auteur, il y aurait un besoin de concurrence, car l'économie de marché est ouverte et mondiale. Le principe de concurrence a été introduit dans le domaine de l'assurance maladie dans plusieurs pays, tels que les États-Unis, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Grande-Bretagne. Une libre concurrence a été introduite à divers degrés, à différents niveaux et selon des modalités variées : liberté d'adhérer ou non à un régime, liberté de déterminer le groupe au sein duquel on s'insère, libre définition du niveau de couverture des risques, choix de l'organisme gestionnaire. Avec le principe de justice, Denis Kessler propose de recourir à la discrimination positive, qui consiste à cibler la solidarité auprès des plus nécessiteux⁷⁶⁹. La solidarité bénéficierait aux personnes les plus pauvres tandis que l'autre partie de la population devrait, par ses propres moyens, recourir aux assurances privées pour couvrir la maladie. L'assurance maladie deviendrait une aide sociale, financée par l'impôt. La couverture assistancielle serait elle-même ciblée et ne couvrirait pas tous les dispositifs. Enfin, avec le principe de responsabilité, Denis Kessler propose de recourir aux assurances privées où la tarification pourrait être modulée selon les efforts de prévention fournis par l'assuré. L'État imposerait aux personnes les moins exposées de s'assurer et aux plus exposées d'être prises en charge par les assurances sociales. Apparaît ainsi une distinction entre

⁷⁶⁸ Sur la compétitivité dans les assurances sociales, v. : C. BEBEAR, « Protection sociale et charges sociales : pour un changement radical du système ! », *Dr. soc.* 1995, p. 734 : l'auteur propose d'instaurer une protection sociale de base et de renforcer l'intervention des complémentaires pour une prise en charge complète avec pour avantage de favoriser la compétition et la négociation des tarifs.

⁷⁶⁹ Une partie de la doctrine évoque la solution de cibler la protection sociale sur ceux qui en ont besoin, transformant le fondement de l'État-providence du risque social en droit besoin. Sur l'État-providence sélectif, v. : P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 92 et s. ; P. VOLOVITCH, « Faut-il cibler la protection sociale sur ceux qui en ont vraiment besoin ? », *Dr. soc.* 1995, p. 739 ; D. BAZZOCCHI, « L'état social rationné ? », in *Politiques de santé : Idées, innovations et illusions – Mélanges en l'honneur de Jean Kervasdoué*, Economica, 2015, p. 91 ; J. de KERVASDOUE, J. KIMBERLY, V. RODWIN, *La santé rationnée ?*, Economica, 1981 ; J-P CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État providence : du risque social à l'émergence d'un droit besoin », *Dr. soc.* 2012, p. 135 ; C. BEBEAR, « Protection sociale et charges sociales : pour un changement radical du système », *Dr. soc.* 1995, p. 734 ; M. FOUCAULT, « Un système fini face à une demande infinie », in R. BONNO, *La sécurité sociale : l'enjeu*, Syros, 1983, p. 60.

assurance et solidarité. L'assurance serait réservée aux classes moyennes et l'assistance aux pauvres. Cette dernière proposition fait écho à la critique du manque d'efficacité qui vise l'État-providence.

237. Une crise d'efficacité – La troisième crise qui affecte l'État-providence est une crise d'efficacité. La lutte contre la pauvreté n'a pas disparu et l'État-providence est impuissant à l'éradiquer. L'idéal de redistributivité n'est pas atteint et les principes d'universalité et d'égalité ne permettraient pas de l'atteindre. À cela s'ajoute que l'État-providence serait économiquement néfaste, car il tarirait ses propres ressources. Les économistes libéraux voient dans la redistribution une dissuasion de travailler. Jugées trop généreuses, l'universalité et l'automatisme de la prise en charge sans prise en considération du comportement de l'assuré social sont mises en cause. La prise en charge systématique des demandeurs d'emploi les dissuaderait de travailler. Concernant le risque maladie, la prise en charge automatique des dépenses de santé n'inciterait pas l'assuré social, consommateur oisif du système de santé⁷⁷⁰, à adopter un comportement préventif et précautionneux de sa santé.

238. Une crise philosophique – Enfin, la quatrième crise qui affecte l'État-providence est philosophique. Se produit une désagrégation des principes organisateurs de la solidarité. Les deux univers de l'assurance sociale et de la solidarité tendent à se séparer, car la conception traditionnelle des droits sociaux n'est plus en adéquation avec les nouveaux contours du risque social. La connaissance accrue des différences entre les individus et les groupes conduit à une dissociation croissante entre cotisants et ayants droits. C'est la déchirure du voile de l'ignorance.

⁷⁷⁰ A. LAUDE, « Le consommateur de soins », *D.* 2000, p. 415.

§2. *Le contrat social altéré*

239. Plan - Le contrat social est altéré par la déchirure du voile d'ignorance (A) permettant de raviver les fondements de la responsabilité pour faute (B).

A- La déchirure du voile d'ignorance

240. *Le voile d'ignorance, nécessité de l'État-providence* – L'État-providence fonctionnerait sous un « voile d'ignorance »⁷⁷¹. Le principe assurantiel sur lequel il s'appuie présuppose que les individus sont égaux devant les différents risques sociaux susceptibles d'affecter l'existence. L'opacité du risque social est une condition implicite du sentiment d'équité. Selon Rawls, le principe de différence (les inégalités ne sont acceptables que si elles sont profitables aux plus défavorisés) ne peut être formulé que sous un voile d'ignorance. C'est parce que tous les membres de la société peuvent être touchés par le risque social qu'ils consentent à s'unir solidairement pour y faire face. Quand bien même ce risque ne les touche pas aujourd'hui, il le pourra demain. L'aléa qui caractérise le risque social et notamment le risque maladie a conduit à abandonner la responsabilité pour faute au profit de la responsabilité sans faute puis de la solidarité nationale. Or, la disparition du voile de l'ignorance qui recouvrait le risque social se trouve altéré car l'individu peut désormais anticiper l'apparition et le développement de sa pathologie. Les prédispositions génétiques de chacun peuvent être connues. « *Le risque apparaît altéré lorsque l'aléa n'y joue plus qu'une faible part* »⁷⁷²

⁷⁷¹ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 54.

⁷⁷² J-P CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin », *Dr. soc.* 2012, p. 135.

241. La maladie n'est plus une fatalité – La perception de la pathologie, la maladie ne répond plus au caractère aléatoire qui la caractérisait lors de la création de la Sécurité sociale ⁷⁷³. Peut désormais être anticipée l'apparition de certaines maladies à partir de l'analyse des caractères génétiques d'un individu (génotype) ⁷⁷⁴. « Grâce aux données de santé [et aux algorithmes de décision cliniques], la médecine sera capable de faire précéder la prévention de la prédiction, c'est-à-dire de cibler réellement les populations qui auront besoin de telle ou telle mesure de prévention » ⁷⁷⁵. Sur la base de ces progrès se développe une nouvelle médecine dite des « 4P » qui désigne une médecine préventive, prédictive ⁷⁷⁶, participative, personnalisée ⁷⁷⁷. La médecine personnalisée tient compte du profil génétique ou protéique d'un individu. La médecine préventive prend en considération les problèmes de santé en se concentrant sur le mieux-être du patient et non sur la maladie. La médecine prédictive indique les traitements les plus appropriés pour le patient en tentant d'éviter les réactions aux médicaments. La médecine prédictive se distingue de la médecine préventive en ce que la première repose exclusivement sur la génétique et ses manipulations éventuelles

⁷⁷³ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 54.

⁷⁷⁴ Les progrès de la biologie moléculaire ont permis de cartographier et de séquencer l'ensemble des gènes qui constituent l'acide désoxyribonucléique (ADN). Cette révolution a été rendue possible par les progrès informatiques. Les logiciels développés sur la base de l'intelligence artificielle permettent une utilisation plus fluide et plus rapide des données ce qui a permis, avec l'amélioration de la capacité de stockage, de perfectionner l'analyse génomique. Sur les progrès de la médecine génomique et son impact sur la prise en charge du risque maladie, v. : Y. CHAMPEY, « Médecine personnalisée génomique et choix thérapeutiques médicamenteux. Bouleversements, perspectives » in C. HERVE et M. STANTON-JEAN (sous la dir.), *Les nouveaux paradigmes de la médecine personnalisée ou médecine de précision, Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, Dalloz, 2014, p. 69 ; I. VACARIE, « Examens génétiques et médecine prédictive », *RDSS* 1993, p. 429 ; J. DAMON, « Révolution numérique : sécurité sociale 2.0 et médecine « 5P » », *RDSS* 2017, p. 925 ; B. BEVIÈRE-BOYER, « De la responsabilisation de la personne à l'égard de sa santé prédictive au risque de développement progressif en responsabilité », *RGDM* 2020, p. 187 ; F. EWALD, Rapport pour l'institut Montparnasse, « Assurance, prévention, prédiction ... dans l'univers du Big Data ».

⁷⁷⁵ J. DAMON, « Révolution numérique : sécurité sociale 2.0 et médecine « 5P » », *RDSS* 2017, p. 925.

⁷⁷⁶ L'établissement du diagnostic a été qualifiée de *médecine prédictive*, par Jacques Ruffié et Jean Dausset, v. : J. RUFFIE, « Quel avenir pour la médecine prédictive ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, 2000, p. 681 et s.

⁷⁷⁷ J. DAMON, « Révolution numérique : sécurité sociale 2.0 et médecine « 5P » », *RDSS* 2017, p. 925. H. GAUMONT-PRAT, « La médecine personnalisée et le droit », p. 465 in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau « Droit médical et éthique médicale : regards contemporains »*, vol. 1, LEH, 2015.

tandis que la seconde intègre l'environnement et le vécu des individus⁷⁷⁸. La médecine participative, amène les patients à être plus responsables de leur santé et de leurs soins, car ils ont désormais conscience de l'impact que leur comportement peut avoir sur leur état de santé. Elle s'adresse aux individus dans l'optique de les amener à avoir une gestion optimale de leur santé, considérée comme un capital, et non pas dans le seul but de les préserver d'une maladie⁷⁷⁹. Les nouveaux contours du risque maladie légitiment la revendication de la responsabilité. L'aléa qui caractérisait le risque maladie est mis à mal et l'individu détient désormais un pouvoir sur l'évolution de sa pathologie. Finalement sont ravivés les fondements de la responsabilité pour faute, autrefois jugée inadéquate à la prise en charge du risque social⁷⁸⁰.

B- Les fondements de la responsabilité pour faute ravivés

242. Les fondements de la responsabilité pour faute – Le regain de maîtrise sur la santé pourrait justifier le retour de la responsabilité dans la survenance du risque maladie. Les présupposés de la responsabilité pour faute sont aujourd'hui remplis. À la promulgation du Code civil en 1804, la responsabilité est liée au pouvoir que l'individu détient sur le monde qui l'entoure. Il est censé avoir le contrôle des événements qui se produisent et la responsabilité a pour objectif de le conformer aux valeurs morales admises⁷⁸¹.

Un autre élément caractérise l'acceptation contemporaine de la responsabilité pour faute. Il s'agit de la croyance dans le libre arbitre⁷⁸². Pour une large fraction de la doctrine française, représentée notamment par Starck, Savatier, Rodière, Esmein et Carbonnier, la faute, élément constitutif de la responsabilité, comporte un élément

⁷⁷⁸ Y. SAINT-JOURS, « La sécurité sociale et la prévention des risques sociaux », *Dr. soc.* 1994, p. 594.

⁷⁷⁹ Il convient de distinguer le dépistage de la médecine prédictive. Cette dernière anticipe la maladie tandis que le dépistage permet de la déclarer.

⁷⁸⁰ V. *supra* n°98.

⁷⁸¹ Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, LGDJ, 1972, p. 10.

⁷⁸² F. TERRE, « Propos sur la responsabilité civile » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 37 ; M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 45 : L'exigence de la conscience de ses actes apparaît à l'époque des Lumières en opposition à une conception divine de la responsabilité. La conscience donne le pouvoir de ses actions.

moral, psychologique⁷⁸³. Pour qu'un acte soit fautif, il doit être imputable à son auteur⁷⁸⁴. La faute ne peut être imputable à son auteur que si celui-ci est libre d'agir. C'est la liberté de faire des choix et la possibilité qu'ils soient mauvais qui justifient l'établissement du mécanisme de la responsabilité pour le bien de la vie en société⁷⁸⁵. Dans la mesure où la responsabilité pour faute permet de moraliser les comportements, seules les personnes aptes à comprendre la portée de leurs actes et donc à les éviter sont sanctionnés. C'est parce que l'individu a conscience des conséquences de ses actes, qu'il est libre de ses choix et peut y consentir⁷⁸⁶. Selon Kant, cette liberté de l'homme et la conscience qui guident son action justifient qu'il soit dans l'obligation de répondre de ses actes au travers de la responsabilité⁷⁸⁷. Il attribue à ses actes un sens, donne consistance à sa liberté en connaissance de cause⁷⁸⁸. Il doit avoir agi en pleine conscience et avec la capacité de comprendre ce qu'il faisait. Il ne peut être reproché à une personne que les actes dont elle est capable de discerner les conséquences⁷⁸⁹. Autrement, la peine ne serait pas légitime ni efficace et ne remplirait pas sa fonction préventive ni éducative⁷⁹⁰. L'imputation d'une faute aurait davantage une fonction indemnitaire. Aristote traite de la même manière l'action non consentie par le fait de la

⁷⁸³ G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3e éd., p. 371.

⁷⁸⁴ M. BACACHE- GIBEILI ET C. LAROUMET (sous la dir.), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, t.5, Economica, 4^e éd., 2012, p. 149 et s.: L'expression d'imputation est imprécise et peut porter à confusion, constituant l'opération intellectuelle permettant d'attribuer à un individu la réalisation d'un dommage.

⁷⁸⁵ A. DE SAINT EXUPERY, *Terre des hommes*, Gallimard, 1939, p. 55 : « Être homme, c'est précisément être responsable ».

⁷⁸⁶ ARISTOTE (traduit par R. BODEUS), *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 1997, p. 154 : Sans être victime de violences ou encore d'une ignorance qui ne serait pas de son propre fait.

⁷⁸⁷ S. GOYARD-FABRE, « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 113 ; D. HUISMAN, *Dictionnaire des philosophes*, V^o Kant, PUF, 1^{ère} éd., 1984, p. 1005.

⁷⁸⁸ M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 45 ; M. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 59 : Descartes écrivait à la Princesse Elisabeth le 1er septembre « Nous ne pouvons répondre absolument de nous-mêmes, que pendant que nous sommes à nous ». C'est mettre en lumière la relation qui s'établit entre ce que l'on appellera plus tard la responsabilité du sujet et la maîtrise de soi, le degré de discernement dont il est capable.

⁷⁸⁹ M. BACACHE- GIBEILI ET C. LAROUMET (sous la dir.), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, Economica, 4^e éd., 2021, p. 158.

⁷⁹⁰ M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 45.

violence ou de l'ignorance. « *C'est alors qu'il y a place pour la pitié et l'indulgence, car celui qui ignore l'une de ces circonstances agit contre son gré* », affirme Aristote⁷⁹¹. À l'inverse, dès lors qu'un individu réalise une action en toute connaissance de cause, il consent à ce qu'elle se réalise. L'ignorance sur les conséquences à venir de l'action, sur les circonstances l'entourant selon Aristote ne doit pas être attribuée à un individu, que cette action soit louable ou non. Comme l'homme a le pouvoir de décider de ses actions, il a le pouvoir qu'elles soient vertueuses ou non. « *Là où est notre pouvoir d'agir, il est aussi en notre pouvoir de ne pas agir, et là où il y a de la place pour le non il y a de la place pour le oui* »⁷⁹².

243. La conformité à la responsabilité pour faute : Un patient devenu acteur – Les conditions de pouvoir et de conscience de l'individu qui caractérisent la responsabilité pour faute peuvent aujourd'hui être satisfaites dans le cadre du risque maladie. Tout d'abord, l'individu détient désormais un certain pouvoir sur sa maladie. S'il ne peut pas empêcher son apparition, il peut avoir un impact sur son évolution en étant observant de son traitement thérapeutique, en améliorant son hygiène de vie, mais plus encore. Les progrès génomiques et le développement de pratiques de contrôle des données de santé accentuent le pouvoir des individus sur leur capital santé. Les objets connectés permettent de mieux surveiller l'évolution de la santé des individus et donc de maîtriser son évolution. « *L'amélioration des connaissances sur les causes des pathologies et sur l'influence du patrimoine génétique, le développement des techniques de prévention, de plus en plus en plus applicables en amont de l'apparition des symptômes cliniques des maladies, ne pourront que renforcer le rôle des usagers dans la prise en charge de leur santé* »⁷⁹³. Le malade n'est plus considéré comme une victime, mais devient acteur de sa pathologie, de son apparition, de son développement.

⁷⁹¹ ARISTOTE (traduit par R. BODEUS), *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 1997, p. 131.

⁷⁹² ARISTOTE (traduit par R. BODEUS), *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 1997, p. 152.

⁷⁹³ D. TABUTEAU, « La notion d'observance », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007, p. 9.

« *Les bénéficiaires ne sont plus traités comme les victimes d'un risque dont la survenance serait aléatoire* »⁷⁹⁴.

Ensuite, le patient est désormais conscient de son état de santé et de l'impact de ses actes sur celle-ci. Grâce à l'ensemble des actions d'information de prévention globales ou ciblées⁷⁹⁵, des progrès de la médecine génomique ainsi que des méthodes de mesure des données, l'asymétrie d'informations qui caractérisait la relation entre le médecin et le patient est réduite à peau de chagrin⁷⁹⁶. Le patient n'est plus l'individu qui subit une pathologie dans un rapport médical paternaliste⁷⁹⁷. Il possède désormais le pouvoir d'orienter sa santé et, de cela, il doit prendre conscience. La médecine réactive s'amenuise, le risque maladie est individualisé, le traitement personnalisé et le patient peut désormais influencer sur le cours de sa maladie. Ce pouvoir que détient désormais le patient sur sa santé pourrait constituer une contrepartie à l'activation de ses droits sociaux, au remboursement de ses prestations de santé. Il convient d'analyser si la réalisation de cette revendication est possible.

244. Conclusion de section – La crainte de voir la responsabilité réintroduite dans la prise en charge du risque maladie ne constitue pas une chimère. Elle est le fruit de réelles revendications. L'État-providence, tel que déployé en France, fait l'objet de nombreuses critiques depuis les années 1970, allant jusqu'à remettre en cause son existence et la légitimité de son intervention pour la prise en charge des risques sociaux. Le courant néo-libéral propose de repenser le modèle d'État-providence en se fondant sur de nouveaux principes, dont la responsabilité. Celle-ci conduirait, volontairement, à remettre en question le principe de solidarité nationale et d'universalité. Cette remise

⁷⁹⁴ F. GUIOMARD, « Prévenir et/ou réparer ?, La place de la prévention dans le droit de la protection sociale », in M. BORGETTO, A-S GINON, F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 193.

⁷⁹⁵ V. *supra* n°66.

⁷⁹⁶ Cette asymétrie d'informations est d'autant plus réduite que désormais le patient a un accès au DMP et peut contrôler les données de santé inscrites dessus. V. : CSP, art. L. 1111-7 ; S. ODEH, « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les Cahiers du numérique* 2016, vol. 12, p. 31 ; M-D DUBOIS, « L'utilisateur expert », *RGDM* 2018, p. 67 ; L. MORLET-HAÏDARA, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658.

⁷⁹⁷ V. VIOUJAS, « Parcours du patient et relation médicale », *RDSS* 2021, p. 445.

en question est renforcée par les progrès médicaux et technologiques qui déchirent le voile d'ignorance nécessaire à la solidarité. Les individus savent qu'ils ne sont plus touchés aléatoirement et de manière égale par la maladie. La mutualisation des risques n'est donc plus acceptée. Ce refus est accentué par le pouvoir que détient désormais l'individu sur l'apparition et le développement de sa pathologie par l'adoption d'un comportement préventif. L'individu doit être responsable de son comportement dans la prise en charge de sa santé. Les fondements de ces revendications sont politiques et philosophiquement forts, mais la crainte de ce modèle n'existe que dans la mesure où ce dessein pourrait devenir réalité, tout comme les dangers qu'il représente pour les individus et la société.

Section II : La réalisation de la revendication

245. Plan – L'introduction de la responsabilité dans la prise en charge des risques sociaux substituerait le modèle de l'État-social actif à celui de l'État-providence tel que conçu en France (§1). Après avoir étudié le mécanisme sur lequel il repose, il sera soutenu qu'une telle réalisation serait inopportune (§2).

§1. Le modèle de l'État-social actif

246. Plan – Le modèle de l'État-social actif repose sur le principe de l'activation des droits sociaux qui ne sont pas acquis par la seule existence de l'homme (A). Après avoir étudié ce mécanisme, il sera envisagé l'hypothèse d'une activation des droits sociaux liés au risque maladie pour aboutir à l'activation des dépenses de santé souhaitée depuis la réforme structurelle de 2004 (B).

A- L'activation des droits sociaux

247. Plan – Le principe de l'activation des droits sociaux fonde le modèle de l'État-social actif (1). Son application spécifique au risque chômage, nommé Workfare, est employée en France (2).

1- Le principe

248. *La fin des droits de tirage* – Le regain d'intérêt pour la responsabilité individuelle de l'assuré social répond à l'ascension de l'État social actif, popularisé par le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000⁷⁹⁸. Issu de la pensée du sociologue et économiste britannique Anthony Giddens ainsi que des travaux de politistes belges, comme le professeur Pascale Vieille, le concept d'État social actif repose sur l'idée que l'individu doit être acteur de sa propre prise en charge, qu'il doit se responsabiliser⁷⁹⁹. La notion d'État social actif s'oppose à celle « d'État passif providence », au sein duquel les droits sociaux sont conçus comme des droits de tirage⁸⁰⁰, considérés comme déresponsabilisants. L'objectif est de substituer à une logique d'indemnisation passive des risques sociaux subis, une logique prônant les conduites actives de réduction des dépenses et d'optimisation de la prise en charge. Le concept d'État social actif fait écho à la volonté de l'État et de l'Union européenne de ne plus se comporter en payeur passif. Ainsi, l'État-social actif repose sur l'activation, la responsabilisation, l'individualisation et la contractualisation. L'objectif est de remettre en avant les devoirs des assurés sociaux en parallèle de la consécration de leurs droits individuels⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ L'usage de la notion d'État social actif serait inauguré par Franck Vandenbroucke, ministre des Affaires sociales et pensions de Belgique en 1999. Sur la notion d'État-social actif, v. : D. MEDA, *L'État prévoyant, Quelles origines, quelles significations?*, Fondation Jean-Jaurès, 2009 ; I. VACARIE, A. ALLOUACHE, A-S GINON, Y. FERKANE ET S. LEROY, « Crise de l'État-providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2008, p. 1103.

⁷⁹⁹ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 35.

⁸⁰⁰ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 10 ; J-P CHAUCHARD, « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin », *Dr. soc.* 2012, p. 135 ; D. ROMAN, « La « responsabilisation » de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 237 ; J. DAMON, « Révolution numérique : sécurité sociale 2.0 et médecine « 5P » », *RDSS* 2017, p. 925.

⁸⁰¹ D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON, F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 237 ; M. BORGETTO, « L'activation de la solidarité : d'hier à aujourd'hui », *Dr. soc.* 2009, p. 1043 ; C. ISABELLE et R. PIERRE, « Ambivalences de l'État-providence. À l'horizon d'un État social actif », *Informations sociales* 2007, n° 142, p. 18.

Le professeur Borgetto écrit que : « *l'affirmation d'un devoir social n'est pas toujours et forcément synonyme de négation d'un droit [...] on fera état, surtout, d'un certain nombre de solutions qui, sans remettre en cause le principe d'un droit de l'individu, aboutissent cependant bel et bien même si c'est sous une forme modernisée et réactualisée à réintroduire l'idée de responsabilité en matière sociale* »⁸⁰².

249. Le devoir individuel en contrepartie du droit social – L'articulation entre droits sociaux et devoirs individuels a varié au cours des siècles⁸⁰³. La reconnaissance de droits sociaux a été lente ; le devoir social a pu être mobilisé pour justifier l'exclusion d'un droit de l'individu. Une fois consacrés, les droits sociaux l'ont été sans condition. Toutefois, cela ne signifie pas que l'idée d'un devoir individuel de l'assuré ait complètement disparu. Le devoir constitue aujourd'hui un auxiliaire, un adjuvant au droit qui se manifeste de deux manières. Dans une première hypothèse, le devoir intervient comme une justification du droit social ; alors, le fait de ne pas remplir ce devoir peut supprimer l'existence du droit ou en suspendre le bénéfice. Le professeur Borgetto prend l'exemple de l'alinéa 5 du Préambule de 1946 qui dispose que « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Le devoir est antérieur au

⁸⁰² M. BORGETTO, « L'articulation des droits et des devoirs dans le champ de la protection sociale », *RDSS* 2009, p. 5 : En justifiant le droit, les conditions posées pour son exercice permettent d'en affiner les contours sans pour autant le remettre en question. Pour plus de précisions, v. : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993, p. 284.

⁸⁰³ Sous la Révolution française, l'aide sociale n'a pas été conçue comme un engagement de l'État, un droit acquis au profit de ses citoyens. Son rôle n'est pas de s'obliger à fournir du travail, mais seulement d'agir sur les moyens de son obtention, de stimuler l'activité industrielle et d'abolir les entraves freinant l'accès au travail. Le Comité de mendicité révolutionnaire affirmait : « *Si celui qui existe a le droit de dire à la société : Faites-moi vivre, la société a également le droit de lui répondre : Donne-moi ton travail* ». Cette célèbre phrase a été prononcée par le Duc de la Rochefoucauld-Liancourt alors qu'il était président du Comité de Mendicité (Archives Parlementaires, t. XVI du 31 mai au 8 juillet 1790, séance du samedi 12 janvier 1790 ; Séance du 31 mai au matin, p. 12), v. : C. BLOCH et A. TUETÉY, *Procès-verbaux et rapports du Comité de Mendicité de la Constituante : 1790-1791*, Paris, Imprimerie Nationale, 1911. La Constitution du 2 octobre 1946 marque une avancée sur ce point et consacre le schéma posant le droit de l'individu comme la source nécessaire du devoir social. La reconnaissance d'un devoir de l'État conduit à reconnaître aux individus des droits de créance individuels que les citoyens détiennent sur l'État. C'est le cas par exemple du droit à la protection de la santé. Sur ce point, v. : M. BORGETTO, « L'articulation des droits et des devoirs dans le champ de la protection sociale », *RDSS* 2009, p. 5.

droit et en constitue la justification directe. Sous la Révolution française, le devoir de travailler n'a pas seulement pour but de justifier le droit, mais aussi d'en limiter l'exercice⁸⁰⁴. À l'inverse, en 1946, le devoir a pour but et fonction de justifier ce droit, mais il n'en conditionne plus l'existence. Il s'agit seulement de l'encadrer, en exigeant par exemple d'accomplir des actes positifs de recherche d'emploi. Dans une seconde hypothèse, le devoir constitue un complément du droit social, comme le devoir d'insertion mis à la charge de l'allocataire dans l'ancien revenu minimum d'insertion (RMI). Il ne s'agissait pas d'une condition, mais d'un prolongement, car l'allocation était versée avant même la signature du contrat et la mise en œuvre du devoir. Même en l'absence de contrat, le revenu continuait d'être versé dès lors que ce manquement n'était pas imputable à une faute ou à la mauvaise volonté de l'allocataire, assimilable à de la fraude.

La question qui se pose est de savoir si, demain, le droit social pourra dépendre de l'accomplissement antérieur de devoirs individuels. La nouveauté ne réside pas tellement dans l'existence d'obligations imposées aux bénéficiaires d'une aide de la collectivité, mais bien dans le renouvellement de leur formulation, sous la plume de certains auteurs⁸⁰⁵. On passe d'un effort collectif à une injonction individuelle. Un passage de la dette sociale aux devoirs sociaux, désormais individualisés. C'est l'exemple du *Workfare*.

⁸⁰⁴ Sous la Révolution française, dès lors que les individus ne sont pas considérés incapables au travail ils sont soumis au devoir de travailler. Pour plus d'informations sur les débats entourant l'acceptation d'un droit de l'individu à l'encontre de la société lors de la Révolution française en 1789, 1793 et début du XIX^e siècle, v. : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993, p. 151 et s.

⁸⁰⁵ D. ROMAN, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux » », *RDSS* 2009, p. 63.

2- L'exemple du *Workfare*

250. Définition du *Workfare* – Le concept de *Workfare*, contraction de *Welfare state* (État-providence) et *Work* (travail), est né aux États-Unis dans les années 1980⁸⁰⁶. Il repose sur l'idée que chaque fois qu'un demandeur d'emploi ne trouve pas de travail, il doit se voir proposer une formation ou une mesure adéquate pour favoriser sa remise en activité⁸⁰⁷. Il existe deux courants : le *hard workfare*, d'essence libérale avec une philosophie de contrôle et de punition et le *soft workfare* qui répond à une conception plus sociale. Dans tous les cas, le *Workfare* repose sur deux idées fondamentales. La première est que la contrepartie constitue un moyen pour favoriser la participation sociale de chacun. Le droit à l'assistance de l'assurance chômage et le droit d'obtenir un emploi sont légitimés par le devoir d'occuper un emploi⁸⁰⁸. La seconde idée est que le travail constitue un mode de développement personnel et social. L'objectif est moins de sortir du dispositif que d'intégrer l'allocataire dans une activité. Dans tous les cas, la mise en place d'un État-social actif prend la forme du contrat individualisé et personnalisé⁸⁰⁹, comme l'illustrent le PARE et le PAP dans l'assurance chômage.

⁸⁰⁶ O. ANDRE, « L'empreinte du *workfare* dans les programmes d'assistance aux États-Unis », *Dr. soc.* 2024, p.56.

⁸⁰⁷ D. ROMAN, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux » », *RDSS* 2009, p. 63.

⁸⁰⁸ D. ROMAN, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux » », *RDSS* 2009, 63 ; M. BORGETTO, « Les droits sociaux entre procès et progrès », *Informations sociales* 2013, n°178, p. 14 ; M. BORGETTO, « L'activation de la solidarité : d'hier à aujourd'hui », *Dr. soc.* 2009, p. 1043 et s. ; D. ROMAN, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux » », *RDSS* 2009, p. 63 : La loi n°2006-339 du 23 mars 2006 relative au retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux et la loi n°2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi sont deux traductions législatives constatant cette tendance. R. LAFORE, « Obligations contractuelles et protection sociale », *RDSS* 2009, p. 31.

⁸⁰⁹ L'universalité d'aujourd'hui est réalisée au service de l'agir individuel V. : L. ISIDRO, « L'universalité en droit de la protection sociale. Des usages aux visages », *Dr. soc.* 2018, p. 378 ; M. BADEL, « La sécurité sociale a 70 ans. Vive ! », *Dr. soc.* 2016, p. 263.

251. Le contrat comme outil de responsabilisation dans l'assurance chômage – Le plan de retour à l'emploi (PARE) et le projet d'accompagnement à l'emploi (PAP), instaurés par les partenaires sociaux dans le cadre de la convention du 1er janvier 2001, avaient pour objectif de formaliser les engagements réciproques des demandeurs d'emploi et du régime d'assurance chômage⁸¹⁰. Le PARE était signé par le demandeur d'emploi et l'Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (UNEDIC), le PAP était signé entre le demandeur d'emploi et l'ancienne Agence nationale pour l'emploi (ANPE), devenue France Travail. L'idée était de favoriser les comportements actifs des individus par rapport au marché de l'emploi et d'anticiper la réalisation du risque social⁸¹¹. Il s'agissait d'une politique de prévention active. Par le PARE, « *le demandeur d'emploi s'engage, dans le cadre d'un projet d'action personnalisé signé avec l'ancienne ANPE, en fonction de son degré d'autonomie en matière de recherche d'emploi, à participer à l'évaluation de ses capacités professionnelles, aux entretiens réguliers réalisés en vue d'un accompagnement personnalisé, aux actions définies en commun dans un projet d'action personnalisé (PAP), et notamment formation-adaptation, qualifiante ou réorientation, et enfin, à effectuer des actes positifs de recherche d'emploi. Le projet d'action personnalisé est transmis à l'ASSEDIC [Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce] qui le vise en vue de son suivi, dans le cadre de ses compétences* »⁸¹².

⁸¹⁰ Conv. 1er janv. 2001, art. 1er, § 1-b ; Conv. 1er janv. 2004, art. 1er, § 1-b. Sur le recours au contrat, v. : R. LAFORE, « Ajuster ou réinventer la protection sociale : la place de l'individu », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD, *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 349 ; C. WILLMANN, « Le chômeur contractant », *Dr. soc.* 2011, p. 384 ; J-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1998, p. 481 ; E. DERMINE D. DUMONT, J-F NEVEN, « L'activation des chômeurs, vecteur de flexibilisation ou de rigidification des sanctions ? », in D. KAMINSKI (sous la dir.), *La flexibilité des sanction, XXI ème journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, p. 31 ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 11^e éd., 2023, p. 954, n°892 et s.

⁸¹¹ Si la qualité de contrat du PAP a fait débat, le système de contrepartie a été validé par le Conseil d'État : CE, 11 juillet 2011, 1ère et 2e sous-sections réunies, n° 228361, 228545, 228606, 229013 229095, 229851, 229867, 229925, 229926, 229940, 229947, 229966, 229967 ; Sur la nature contractuelle du PAP, v. : C. WILLMANN, « Le non-respect des engagements pris au titre du PARE », *RDSS* 2004, p. 701 ; F. KESSLER, « Le refus de signature du PARE », *D.* 2001, p. 3445 ; J. MESTRE et B. FAGES « Contrat ou pas, telle est la question... (à propos du PARE) », *RTD civ.* 2004, p. 725.

⁸¹² Conv. 1er janv. 2001, art. 1er, § 1-b ; Conv. 1er janv. 2004, art. 1er, § 1-b.

Le projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE) conditionnait le bénéfice de l'assurance chômage⁸¹³. L'article L. 311-1 (devenu L.5412-1) du Code du travail listait l'ensemble des hypothèses de possible radiation du chômeur, parmi lesquels : le refus d'élaborer ou d'actualiser le PPAE ; l'absence à une action de formation ou l'abandon de celle-ci ; le refus de suivre ou abandon d'une action d'aide à la recherche d'une activité professionnelle⁸¹⁴. La convention de 2001 stipulait aussi que l'allocataire était tenu de donner suite aux offres d'emploi ou de justifier son refus par un motif légitime sous peine d'exclusion temporaire ou définitive du droit à l'allocation. Cette exigence a été renforcée par la loi du 1^{er} août 2008, venue remplacer le PARE ET PAP par le projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE)⁸¹⁵. Les dispositions restèrent globalement inchangées, mais cette loi accentua le caractère coercitif du PPAE. Elle exigeait une actualisation selon la périodicité et les modalités définies avec le demandeur d'emploi⁸¹⁶. L'objectif était d'inciter le demandeur à accepter une « offre raisonnable d'emploi » (ORE) révisée périodiquement à la baisse⁸¹⁷.

L'article 2 de la loi n° 2023-1156 du 18 décembre 2023, dite loi « plein emploi » a prévu de remplacer le projet personnalisé d'accès à l'emploi par un nouveau dispositif : le contrat d'engagement⁸¹⁸. Le nouvel article L. 5411-6 du Code du travail, modifié par cette loi, dispose que « chaque organisme référent mentionné au IV de l'article L. 5411-5-1 du code du travail conclut, dans un délai fixé par décret, qui ne peut excéder deux

⁸¹³ C. trav., art. L. 5412-1.

⁸¹⁴ Depuis le 1^{er} janvier 2019, Pôle emploi (actuel France Travail) a compétence pour supprimer l'allocation de retour à l'emploi dans les hypothèses et conditions qui lui permettent de prononcer une radiation de la liste des demandeurs d'emploi.

⁸¹⁵ C. trav., art. L. 5411-6. Le PPAE est élaboré dans les trente jours qui suivent l'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi puis actualisé par le chômeur et Pôle emploi.

⁸¹⁶ C. trav., art. R. 5411-14. Sur l'obligation du chômeur de rechercher un emploi : Circ. DGEFP n°2005-33, 5 sept. 2005 relative à la réforme du suivi de la recherche d'emploi (D. n° 2005-915 ; 2 août 2005 d'application et la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005) ; Instr. DGEFP n°33-06, du 4 mai 2006 ; Circ. UNEDIC n°05-17, 6 oct. 2005 et n°2006-16, 26 juill. 2006 ; X. PRETOT, « Le contrôle des demandeurs d'emploi », *Dr. soc.* 2005, p. 1179 ; C. WILLMAN « Assurance chômage et placement : la difficile consécration du « soft workfare », *JCP S* 2005, p. 1368.

⁸¹⁷ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 11^e éd., 2023, p. 957, n°8950 et s.

⁸¹⁸ La réforme instituée par le décret du 26 janvier 2023 introduit une modulation de la durée d'indemnisation en fonction de la situation du marché du travail, mais il ne change pas le montant de l'allocation d'assurance chômage, ni les conditions d'éligibilité à l'assurance-chômage.

ans à compter de la date mentionnée au premier alinéa du présent IV, le contrat d'engagement mentionné à l'article L. 5411-6 du code du travail". Un décret est nécessaire pour sa mise en place effective. L'étude du PPAE, devenu contrat d'engagement, permet de constater que tous les critères constitutifs de l'État-social actif sont remplis. Le devoir vient conditionner le bénéfice du droit à prestations sociales et ce devoir est individualisé et personnalisé. Ce dispositif traduit une évolution des droits sociaux individuels et montre que leur existence et leur mise en œuvre, tels que conçus dans l'assurance maladie, ne constituent en rien un acquis. Une application de l'État-social actif aux dépenses de santé pourrait-elle être alors envisagée ? L'activation des dépenses de santé constitue une hypothèse plausible ?

B- L'activation des dépenses de santé

252. Plan – L'activation des dépenses de santé, suivant le modèle de l'État-social actif, déjà appliqué dans plusieurs pays. Ces exemples étrangers (1) amènent à se demander si l'activation des droits sociaux en matière de santé constituent une possibilité juridique en France (2).

1- Exemples étrangers

253. Droit comparé – L'ensemble des pays développés évoluent vers le schéma de l'État-social actif, rompant avec la position d'État payeur passif. L'Union européenne a constaté cette évolution dans la majorité de ses États membres pour faire face à l'envolée des dépenses. Les États ciblent davantage l'objet des remboursements. Mais cette évolution prend des formes variables selon le système déjà mis en place. Dans certains pays, où les droits sociaux ne sont pas considérés comme des droits acquis ni de tirage, l'accès à la santé devient conditionné⁸¹⁹. Par exemple, aux États-Unis et au Royaume-Uni, les droits sociaux ne sont pas considérés comme des droits

⁸¹⁹ J. DE KERVASDOUE, « La maîtrise des dépenses d'assurance maladie est-elle possible ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation*, Economica, 2000, p. 643 ; B. PALIER, *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, 1ère éd., 2002, p. 264.

de tirage et un rationnement des soins a été mis en place⁸²⁰. A ainsi été mis en place le « *life rationing* ». C'est l'idée que, dans un contexte de ressources limitées, les autorités de santé (le National Health System au Royaume-Uni – NHS) devraient être autorisées à refuser des traitements non vitaux pour les patients fumeurs ou obèses qui ne cherchent pas à perdre du poids ou à arrêter de fumer⁸²¹. Aux termes des nouvelles règles, les personnes en surpoids qui ne perdraient pas un certain nombre de livres selon les critères de la NHS (10 % de leur poids si leur indice de masse corporelle est supérieur à 30) seraient empêchées d'accéder aux actes chirurgicaux électifs pendant une période pouvant aller jusqu'à douze mois. Les fumeurs, quant à eux, devraient attendre six mois s'ils refusent d'arrêter le tabac.

En Hongrie, en 2012, a été imposée l'obligation pour les diabétiques de se soumettre à un contrôle trimestriel du taux de glucose. En cas d'écart à deux reprises dans l'année de ce taux par rapport aux normes sanitaires, la sanction consiste en une baisse du taux de remboursement des traitements par l'État et une éviction de l'accès aux médicaments les plus efficaces⁸²².

Si l'activation des dépenses de santé a été mise en place dans certains pays étrangers, une telle modalité est-elle envisageable en France ?

⁸²⁰ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 64 rappelle que dans la mesure où les États-Unis constituent un État libéral, l'idée de dette sociale collective n'existe pas. La réparation qui intervient auprès des individus se base sur leurs droits civils, conçus de manière exacerbée, et non sur le fondement des droits sociaux. Il n'y a jamais eu, à la différence des pays européens, de socialisation du risque au travers des assurances.

⁸²¹ « Should GPs ration by lifestyle ? Yes we're picking on patients to save cash », *Pulse* 19 mars 2012 ; D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), Dalloz, 2016, p. 234 ; A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition du remboursement des soins ? », *D.* 2014, p. 936.

⁸²² G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 130.

2- Une possibilité française ?

254. Plan – L’activation des droits sociaux et la conditionnalité de la prise en charge des dépenses de santé pourraient être réalisées par le biais d’appuis juridiques. L’activation des dépenses de santé pourrait trouver une assise juridique dans le dispositif déjà existant du protocole ALD (a). L’arrêté du 22 octobre 2013 aurait pu d’ailleurs être validé par le législateur afin de lier observance et prise en charge des frais de santé (b).

a- La voie du protocole ALD

255. Un outil de l’État-social actif appliqué aux dépenses de santé – L’article 6-III de la loi n°2004-810 du 13 août 2004 a substitué le protocole de soins ALD au protocole inter-régime d’examen spécial (PIRES) qui conditionnait l’exonération du ticket modérateur. Selon l’article L. 324-1 du Code de la Sécurité sociale : « *En cas d'affection de longue durée et en cas d'interruption de travail ou de soins continus supérieurs à une durée déterminée, le médecin traitant détermine le traitement que le bénéficiaire de l'assurance maladie doit suivre si les soins sont dispensés sans interruption ; la continuation du service des prestations est subordonnée à l'obligation pour le bénéficiaire :*

1° De se soumettre aux traitements et aux mesures de toute nature prescrits par le médecin traitant ;

2° De se soumettre aux visites médicales et aux contrôles spéciaux organisés par la caisse ;

3° De s'abstenir de toute activité non autorisée ;

4° D'accomplir les exercices ou les travaux prescrits en vue de favoriser sa rééducation ou son reclassement professionnel.

En cas d'inobservation des obligations ci-dessus indiquées, la caisse peut suspendre, réduire ou supprimer le service des prestations ».

Le protocole ALD, à l’image du PPAE, répond aux quatre piliers de l’État social actif. Il s’agit bien d’une activation des dépenses de santé : « *la continuation du service des prestations est subordonnée* ». Le non-respect des obligations imposées au bénéficiaire peut conduire à la suspension, la réduction ou encore la suppression des prestations. Le

vocabulaire de ce texte ne fait aucun doute quant au caractère obligationnel : l'assuré doit « se soumettre », « s'abstenir » et « accomplir »⁸²³. La continuité du service des prestations est conditionnée au respect par l'assuré social des obligations conjointement établies avec le médecin traitant. Le protocole ALD répond donc au critère de personnalisation, d'autant plus qu'il est régulièrement révisable à l'image du PPAE. Enfin, le protocole ALD correspond à une contractualisation des engagements de l'assuré social établis avec le professionnel de santé. Toutefois, il ne doit pas être analysé comme un contrat de droit civil, car il ne met des obligations qu'à la charge de l'assuré social ; le professionnel de santé n'a pas d'obligation, notamment celle de dispenser une action d'ETP. Il constituerait un nouveau contrat, de type moral⁸²⁴. En conclusion, le protocole ALD constitue bien un outil de l'État social actif appliqué aux dépenses de santé. La question se pose alors de savoir si les seules prestations en espèces peuvent être suspendues ou si les prestations en nature sont aussi concernées.

256. Les prestations en espèces, seules visées ? – L'article L. 324-1 du Code de la Sécurité sociale évoque la fin des « services de prestations ». En premier lieu, plusieurs éléments permettent de penser que les prestations en espèces sont les seules visées. À l'image du mécanisme de l'article L. 323-6 du Code de la Sécurité sociale, visant à limiter les arrêts de travail abusifs, le protocole ALD impose à l'assuré social de se soumettre à des contrôles médicaux et restreint sa liberté d'aller et venir.⁸²⁵ Or, selon l'article L. 323-6 du Code de la Sécurité sociale, seules les prestations en espèces

⁸²³ V. VIOUJAS, « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517 ; G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

⁸²⁴ V. *infra* n°363. Dans le même sens, en matière de chômage, la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 31 janvier 2007, que « le PARE signé par chacun des demandeurs d'emploi ne contenait aucun engagement de l'ASSEDIC de leur verser l'allocation d'aide au retour de l'emploi pendant une durée déterminée ». Le PARE, comme le protocole ALD ne seraient pas des outils contractuels. Les outils de responsabilisations ne pourraient être assimilés à des contrats de droit civil.

⁸²⁵ La Cour de cassation a reconnu la qualification de sanction répressive accordée à cette mesure, v. : Cass. Civ.2ème, 8 avr. 2010, n°08-20.906, RJS 6/10 n°553.

(les indemnités journalières d'immobilisation) peuvent être suspendues⁸²⁶. De plus, l'adoption du protocole ALD a été suivi de près par l'ordonnance du 18 juillet 2005 qui a élargi les possibilités de suspension ou de réduction des indemnités journalières en cas de non-respect par l'assuré social des obligations fixées par le protocole de soins. En second lieu, les termes larges figurant à l'article L. 324-1 du Code de la Sécurité sociale autorisent à penser que les prestations en nature sont aussi visées. L'article évoque « les prestations », sans précision. La loi du 13 août 2004 a réécrit la partie relative au protocole inter-régimes d'examen spécial (PIRES), prévu à l'article L. 324-1 du Code de la Sécurité sociale⁸²⁷. Le protocole PIRES avait été créé en 1998 afin d'assurer le respect de l'ordonnancier bizonal qui a pour fonction de distinguer les médicaments et examens en rapport avec une affection de longue durée (ALD), pris en charge à 100 %, et ceux liés à d'autres maladies qui sont pris en charge aux taux de remboursement habituels. Le non-respect du protocole ALD peut conduire à réduire voire supprimer l'exonération de reste à charge attribué à l'assuré social pour les dispositifs nécessaires à la prise en charge de son ALD⁸²⁸. Il s'agit ainsi d'un reste à charge attribué à l'assuré social à l'image de la franchise médicale, de la contribution forfaitaire d'un euro ou encore du ticket modérateur appliqué lorsque le patient ne consulte pas son médecin traitant en premier. Il vise à encourager les individus à faire un usage raisonné du système de santé ; règle constitutionnellement admise dès lors que le reste à charge n'est pas excessif⁸²⁹. Cette lecture encore plus plausible si l'arrêt du 22 octobre 2013 liant observance et prise en charge, avait été consacré.

b- L'hypothèse de l'arrêt du 22 octobre 2013 consacrée

⁸²⁶ V. pour plus de détails à ce sujet, v. : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, Lexis Nexis, 11^e éd., 2023, p. 392, n°351 ; G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 330.

⁸²⁷ Les protocoles PIRES restent valides jusqu'à leur renouvellement.

⁸²⁸ Le professeur Yves Saint-Jours précise toutefois que les caisses de sécurité sociale hésitent à prononcer une suppression totale de remboursement en raison de la sévérité de la mesure, in G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 330.

⁸²⁹ Sur l'appréciation du reste à charge par le Conseil constitutionnel, v. *supra* n°164.

257. Plan – L’arrêt du 22 octobre 2013 relatif au Syndrome d’apnées hypopnées obstructives du sommeil (SAHOS) aurait pu être consacré si un devoir d’observance avait été instauré (α). Surtout, la qualification d’incitation aurait pu être retenue (β).

α – La possible instauration d’un devoir d’observance

258. Une décision appartenant au pouvoir législatif – Le pouvoir réglementaire a largement interprété la brèche législative offerte par l’article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale pour instituer un devoir d’observance. Si cet arrêté a été suspendu par le Conseil d’État dans sa décision du 28 novembre 2014, le législateur aurait pu codifier la solution réglementaire. Le Conseil d’État avait laissé la porte ouverte quant à l’interprétation à retenir de l’article L. 165-1 du Code Sécurité sociale, rappelant que l’établissement de l’observance comme condition de remboursement relevait du pouvoir législatif et non exécutif. Le Conseil d’État fonde en partie sa décision sur l’article 34 de la Constitution qui permet au législateur de déterminer les principes fondamentaux de la Sécurité sociale, parmi lesquels figure la nature des conditions exigées pour l’attribution des prestations. Disposant d’une légitimité démocratique, il pourrait adapter les principes et conditions de remboursement. Le législateur, au travers de l’article L. 165-1-3 du Code de la Sécurité sociale, aurait pu consacrer l’observance comme condition de prise en charge dans une logique d’activation des droits sociaux, d’autant plus que plusieurs éléments auraient pu conduire à une lecture extensive de l’article L. 165-1 du Code de Sécurité sociale.

259. La possible lecture extensive de l’article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale – Le rapporteur public, dans l’affaire jugée le 28 novembre 2014, avait souligné que quand bien même le législateur n’avait pas songé en 1999 à la possibilité que des conditions d’utilisation soient imposées aux patients, cette éventualité ne devait pas être exclue. Plusieurs éléments peuvent étayer une lecture dynamique de l’article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale. Tout d’abord, les travaux préparatoires ne s’y opposent pas. Ensuite, l’obligation d’observance de l’assuré à l’égard des caisses existe depuis 1947. Le *règlement des malades* énoncé par l’article 37 de l’arrêté du 19 juin

1947, toujours en vigueur, enjoignait déjà à l'assuré social de faire un usage correct des médicaments prescrits⁸³⁰. Toutefois, cette obligation n'était pas sanctionnée, ni précisée. Enfin, depuis 1998 la prise en charge des appareils à pression positive continue (PPC) est subordonnée à une condition d'observance au travers du dispositif de l'entente préalable. Or, l'entente préalable ne prive pas l'assuré social de l'accès aux soins garantis par la Constitution.

β – La possible qualification d'incitation

260. L'absence de sanction aurait pu être reconnue – L'arrêté du 22 octobre 2013 mettait à la charge de l'assuré social une indemnité d'immobilisation de vingt euros par semaine au maximum s'il refusait de restituer l'appareil à la suite d'un déremboursement complet. En premier lieu, l'absence de prise en charge ne doit pas être confondue avec l'absence de soins. Même non remboursé, le patient pouvait toujours bénéficier d'un traitement à condition de le financer à hauteur de 20 euros par semaine. Ensuite, une telle indemnité constituait un reste à charge qui n'était pas excessif. En comparaison, le forfait hospitalier et le ticket modérateur sont qualifiés d'incitation et non de sanction, car leur faible montant, bien que dissuasif, ne constitue pas un obstacle aux soins. La modicité de ces restes à charge conduit à admettre leur constitutionnalité. Etant donné qu'aucun critère n'a été donné, ni par le Conseil constitutionnel, ni par le Conseil d'État pour définir « le reste à charge substantiel », il est permis de penser qu'une indemnité d'immobilisation de vingt euros est négligeable, d'autant plus que celle-ci aurait pu être prise en charge par les assurances complémentaires⁸³¹. Enfin et surtout, cette indemnité est appliquée après plusieurs interpellations et une mise en garde de l'usager.

⁸³⁰ Arrêté du 19 juin 1947 fixant le règlement intérieur modèle provisoire des caisses primaires d'assurance maladie pour le service des prestations.

⁸³¹ Pour une partie de la doctrine, notamment Monsieur Vincent Vijouas, le contrôle du droit de la santé laisse à penser qu'une telle modification serait possible sans qu'elle ne soit déclarée inconstitutionnelle, v. : V. VIJOUAS, « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517.

261. *L'obstacle de l'automaticité levé* – Le débat autour de l'arrêté du 22 octobre 2013 n'a pas tant porté sur l'existence d'une sanction que sur son automaticité⁸³². Un des arguments de l'Union nationale des associations de santé à domicile et de la Fédération française des associations et amicales des insuffisants respiratoires pour demander la suspension de l'arrêté était de dire qu'il portait une atteinte grave et immédiate à la santé des personnes concernées et à la santé publique dans la mesure où son application pouvait entraîner un arrêt de la prise en charge en cas d'inobservance des patients. Le Conseil d'État reprend l'argumentaire du rapporteur public, estimant que les règles d'observance posées par l'arrêté étaient suffisamment souples pour tenir compte d'évènements particuliers⁸³³. Le patient n'était pas sanctionné à la moindre incartade. Il pouvait cesser d'utiliser son appareil pendant 8 jours sur 28 sans que la moindre conséquence en soit tirée par l'assurance maladie, car la durée d'appréciation de l'observance était de 3 heures par nuit sur 20 jours minimum et 84 heures sur une période de 28 jours⁸³⁴.

Le mécanisme était le suivant. Après une période initiale de trois mois, la non-observance constatée sur une période de 28 jours donnait lieu à une information du patient par le PSAD, précisant les conséquences possibles en termes de prise en charge. Si le traitement n'était pas suivi correctement pendant les 28 jours suivants, le patient passait sur un forfait réduit le mois suivant, sous réserve que la non-observance se poursuive au cours de ce mois. Il fallait donc trois périodes d'inobservance consécutives pour que la prise en charge soit modifiée. À la suite de la mise en garde par le prestataire, commençait à courir une « période de sursis ». Ce n'est qu'en cas de nouvelle inobservance sur 3 mois consécutifs ou 5 mois non consécutifs que le remboursement était supprimé. L'inobservance conduisait seulement à interrompre la prise en charge par l'assurance maladie et non le traitement, sachant que le médecin prescripteur était averti de la suspension ou de la suppression du remboursement de

⁸³² P.A ADELE, « Surveiller et punir par les dispositifs médicaux ? », *RDSS* 2015, p. 300.

⁸³³ A. LALLET, Conclusions du rapporteur public, Conseil d'État sur les affaires n°366931, 374202, 374353 et 373938, Union nationale des associations de santé à domicile et autres, p. 5.

⁸³⁴ Ces durées ne sont pas entachées d'une erreur manifeste d'appréciation selon le rapporteur public, car elles sont le fruit des recommandations de la HAS.

façon à pouvoir modifier le traitement. Force est de constater que, le mécanisme n'avait rien d'automatique et que l'assuré social n'était pas privé de son droit fondamental d'accéder aux soins. Sous toutes ces conditions, l'activation des dépenses de santé peut donc être jugée constitutionnel.

262. La réintroduction de la responsabilisation pourrait devenir réalité. Elle trouve déjà des assises juridiques prêtes à être déployées. Toutefois, il s'agit d'un véritable choix de société qui ne serait pas sans conséquences. Il convient d'étudier les dangers de la revendication de la responsabilité dans la prise en charge du risque maladie.

§2. Une possibilité inopportune

263. Plan – Quand bien même l'introduction de la responsabilité serait envisageable, celle-ci ne serait pas pour autant opportune. Pourraient en découler une obligation de prendre soin de soi (A) et l'ébranlement de la solidarité (B).

A- Vers une obligation de prendre soin de soi

264. *L'incertaine notion d'observance* – L'insertion de la responsabilité dans l'assurance maladie pourrait consacrer une nouvelle obligation de prendre soin de soi si la notion d'observance devenait une condition de prise en charge par l'assurance maladie. La définition de l'observance n'est ni unique, ni unanime. Elle peut être définie comme la concordance entre les recommandations médicales du médecin et le comportement du patient, sans se limiter à la seule prescription médicale⁸³⁵. L'observance du patient ne renvoie pas seulement au respect scrupuleux du traitement par le patient⁸³⁶. Le Dictionnaire universel de la langue française Bescherelle de 1852

⁸³⁵ G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

⁸³⁶ A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3e éd., PUF, 2007, p. 393.

définit l'observance comme l'action d'observer « *des devoirs, des règles prescrites* »⁸³⁷. Historiquement, l'observance revêt une connotation religieuse, encore retenue par le Grand Robert de la langue française. Elle désigne soit l'action de pratiquer une règle en matière religieuse, soit la loi religieuse qui prescrit l'accomplissement de pratiques⁸³⁸. Ce terme s'est rapidement imposé en matière médicale, pour traduire le mot anglais « *compliance* » dans son acception la plus restreinte, c'est-à-dire celle d'observance d'une règle et de son adhésion à celle-ci, par exemple l'adhésion à un traitement médical⁸³⁹. Toutefois, il n'y a pas, à l'heure actuelle, de consécration générale légale de l'observance⁸⁴⁰. Cela s'explique sans aucun doute par la difficulté d'en tracer les contours. L'OMS définit l'observance comme « *le degré jusqu'où le comportement du patient coïncide avec un avis médical ou une recommandation de santé qui lui a été prescrite* »⁸⁴¹. Le professeur de médecine Gérard Reach la définit comme « *l'acceptation de réaliser de manière répétée un ensemble d'actions recommandées dans un objectif de santé* »⁸⁴². Ces définitions peuvent paraître complémentaires, mais leur diversité montre le caractère vague et la complexité à définir cette notion. S'il y a unanimité sur la concordance du comportement d'un patient avec les prescriptions médicales et thérapeutiques qui lui sont destinées, la doctrine ne s'accorde pas sur ce que ces dernières recouvrent. Selon Michel Serres et Ayla Farouki, l'observance est appréciée par rapport à des médicaments, soit tous les moyens thérapeutiques et produits pharmaceutiques désignés, englobant alors « *les prescriptions diététiques, ou l'utilisation thérapeutique de l'exercice physique, ou*

⁸³⁷ D. TABUTEAU, « La notion d'observance », p. 9, in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007 ; P-L DRUAIS, « Prescription ou promotion de l'observance », p. 75, in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007.

⁸³⁸ D. TABUTEAU, « La notion d'observance », p. 9, in A. LAUDE ET D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007.

⁸³⁹ *Ibidem*.

⁸⁴⁰ La lecture du Code de la santé publique ne fait apparaître la notion qu'une fois et de manière indirecte à l'article R. 5125-51, à propos de la dispensation à domicile des médicaments par le pharmacien.

⁸⁴¹ L'importance de ce concept a été mis en évidence par l'OMS dans son rapport publié en 2003 intitulé « *Adherence to long-term therapies. Evidence for action* », juill. 2003 ; V. VIOUJAS, « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517 ;

⁸⁴² G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

encore des modifications du rythme de sommeil, c'est-à-dire toute activité dont le but est thérapeutique »⁸⁴³. Nicolas Postel-Vinay et Joël Ménard, quant à eux, définissent l'observance, comme la concordance entre le comportement d'un patient et les prescriptions hygiéniques, diététiques et médicamenteuses qui le concernent⁸⁴⁴. L'observance recouvrerait alors, selon Gérard Reach, « *tous les gestes du traitement : se livrer à un dépistage, venir aux consultations, prendre les traitements tels qu'ils sont prescrits, surveiller leur efficacité, accepter des modifications du style de vie, renoncer à des comportements à risque, comme par exemple le tabagisme* »⁸⁴⁵. L'observance ne désigne donc pas seulement le respect par le patient de ses prescriptions médicales. Certaines recommandations médicales ne se prescrivent pas, comme l'alimentation sans sel ou encore la pratique sportive jusqu'il y a peu⁸⁴⁶. Entendue largement, la notion d'observance pourrait être utilisée de telle façon qu'elle remettrait en question de manière structurelle la prise en charge du risque maladie. L'enjeu du contenu de l'observance remettrait en cause la prise en charge automatique de tout soin ou dispositif médical. Ainsi, une personne obèse ne verrait pas prendre en charge ses nombreux problèmes médicaux comme les problèmes cardiovasculaires au motif qu'elle n'aurait pas réussi à suivre un régime ? L'enjeu du contenu de l'observance est donc celui d'une moralisation des comportements et du rôle que peut avoir un individu dans la survenance du risque maladie.

265. La menace d'un autoritarisme hygiéniste – En utilisant la notion d'observance pour conditionner le remboursement d'un dispositif médical, l'assurance

⁸⁴³ D. TABUTEAU, « La notion d'observance », p. 9, in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007.

⁸⁴⁴ Cette définition a été donnée en introduction d'un article de l'Encyclopédie pratique de médecine, écrite par Nicolas Postel-Vinay et Joël Ménard, précise Didier Tabuteau in « La notion d'observance », p. 9, in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007.

⁸⁴⁵ D. TABUTEAU, « La notion d'observance », p. 9, in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007.

⁸⁴⁶ Le sport peut être prescrit sur ordonnance depuis le 1er mars 2017. En ce sens, v.: Décret du 30 décembre n°2016-1990 relatif aux conditions de dispensations de l'activité sportive adaptée prescrite par le médecin traitant à des patients atteints d'ALD.

maladie pourrait se muer en un instrument disciplinaire⁸⁴⁷. Selon le Professeur Maryse Deguerge, l'esquisse d'une obligation de mener une vie saine transparait déjà en négatif dans la politique de prévention suivie par le législateur. L'un des moyens de cette politique consiste de fait à favoriser « les *comportements individuels et collectifs pouvant contribuer à réduire le risque de maladie ou d'accident* », selon les termes de l'article L. 1417-1 du Code de la santé publique. L'actuelle politique de prévention tend à informer le citoyen afin qu'il ne nuise pas à sa santé, mais aussi pour qu'il atteigne le meilleur état de santé possible. Pourquoi ne pas aller plus loin et concevoir que le patient collabore à la préservation de sa santé avant que la maladie ne se déclare ou ne se développe ? Cette obligation serait celle de mener une vie saine et la priorité serait donnée au bien-être plutôt qu'à la maladie⁸⁴⁸. L'opposition entre malade et bien-portant se redessine aujourd'hui. Le patient n'est plus seulement la personne dont la maladie se manifeste physiquement. Le docteur Postel-Vinay confirme qu'il n'y a pas de frontière nette entre ces deux notions, mais bien un continuum. Didier Tabuteau évoque, à juste titre, la menace hygiéniste de la responsabilisation, craignant que les assurés sociaux soient culpabilisés ou se trouvent soumis à un véritable conditionnement sanitaire. Marion Girer parle de la potentielle dérive moralisatrice du droit sanitaire⁸⁴⁹. Or, l'assurance maladie doit-elle se voir attribuer une mission de police des mœurs⁸⁵⁰ ? La réduction des dépenses de santé doit-elle justifier un contrôle des comportements ? Il nous semble que non, car cela se ferait au détriment de la liberté individuelle et violerait le principe de libre disposition de son corps par tout individu.

⁸⁴⁷ Le terme « disciplinaire » est emprunté à l'œuvre de Michel Foucault bien qu'il ne s'agisse pas d'un redressement des comportements par le recours à la prison, ni un lieu d'orientation, des comportements comme à l'école ou l'entreprise, mais les normes édictées relèvent de l'ordre du disciplinaire quand même. Sur le concept de disciplinaire, v. : M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, 1975, Gallimard, 1993, p. 161 ; M. FOUCAULT, *La société punitive*, Cours au Collège de France (192-1973), Gallimard- Seuil-EHESS, 2013.

⁸⁴⁸ Proposition faite dans le cadre du colloque de l'Association française de droit de la santé relatif aux « obligations du patient » : « Les obligations du patient », acte du colloque, *Revue générale de droit médical*, n°11, 2003, p. 9-93.

⁸⁴⁹ G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149 ; D. TABUTEAU, « Solidarité et santé », *Dr. soc.* 2007, p. 136.

⁸⁵⁰ A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition du remboursement des soins ? », *D.* 2014, p. 936 ; J. DAMON, « Prévenir c'est guérir ou c'est punir ? », *RDSS* 2023, p. 492.

Outre cette perte de liberté excessive que pourrait générer l'observance, une telle dérive serait injustifiée et erronée, en plus d'être liberticide. Le risque maladie constitue un risque particulier sur lequel l'individu a un pouvoir de contrôle plus faible que sur d'autres risques sociaux. La maladie constitue un risque multifactoriel dont l'individu n'a pas un entier contrôle comme il peut en avoir au volant d'un véhicule. Le concept d'exposome traduit cette réalité.

266. *L'injuste responsabilité face à l'exposome* – Le concept marque une prise en compte des déterminants environnementaux des maladies chroniques. Cette notion a été créée en 2005 par le docteur Christopher Wild, directeur du Centre international de recherche sur le cancer. Il s'agit de « *la totalité des expositions auxquelles un individu est soumis de la conception à la mort. C'est une représentation complexe et dynamique des expositions auxquelles une personne est sujette tout au long de sa vie, intégrant l'environnement chimique, microbiologique, physique, récréatif, médicamenteux, le style de vie, l'alimentation, ainsi que les infections* »⁸⁵¹. Par la suite, la définition a été affinée par le docteur Christopher Wild qui, en 2012, a identifié un trio d'exposomes : l'exposome interne (hormones, marqueurs de stress inflammatoire, métabolites), l'exposome externe spécifique (polluants, rayons, agents infectieux, professions et modes de vie) et l'exposome externe général, qui a trait au milieu socio-économique et au cadre de vie. L'exposome constitue un ensemble de facteurs, à l'exclusion des facteurs génétiques, qui contribuent à la survenance de maladies chez un individu. Ce concept met l'accent sur l'environnement comme facteur essentiel concourant à l'état de santé de la personne humaine, particulièrement dans les pathologies chroniques telles que le cancer, le diabète, les maladies cardiovasculaires. L'exposome met en avant l'intervention d'éléments extérieurs qui concourent à la survenance de la pathologie et sur lesquels l'individu n'a pas de prise. Il s'agit

⁸⁵¹ C. P. WILD « Complementing the Genome with an « Exposome »: The Outstanding Challenge of Environmental Exposure Measurement in Molecular Epidemiology », *Cancer Epidemiol Biomarkers Prev* 2005, p. 1847, in www.lejournal.cnrs.fr ; F. HEAS, « Le concept d'exposome à l'aune du droit social », *Dr. soc.* 2020, p. 524 ; S. BRIMO et N. BONVALLOT, « L'exposome : un concept scientifique à la recherche de traduction juridique », *RDSS* 2023, p. 74.

d'éléments indépendants de la volonté de l'individu conduisant à relativiser l'image des assurés responsables que dressent les théories néo-libérales. La maîtrise qu'un individu a sur ces événements est très relative. La loi du 26 janvier 2016 en a pris conscience en consacrant l'exposome comme un critère d'analyse de la santé publique. L'article L. 1411-1 du Code de santé publique énonce que la politique de santé comprend « *La surveillance et l'observation de l'état de santé de la population et l'identification de ses principaux déterminants, notamment ceux liés à l'éducation et aux conditions de vie et de travail. L'identification de ces déterminants s'appuie sur le concept d'exposome, entendu comme l'intégration sur la vie entière de l'ensemble des expositions qui peuvent influencer la santé humaine* ». L'amélioration du savoir scientifique révèle de nouveaux facteurs qui permettent de réduire le pourcentage de réalisation du risque par une meilleure prise en charge de la maladie et une prévention de celle-ci. Mais l'aléa demeure.

267. Une responsabilité toujours injustifiée face à un aléa irréductible –

L'adoption d'un comportement préventif peut influencer sur le risque, mais l'aléa ne peut pas être réduit à néant⁸⁵². Les actions préventives agissent sur le taux de probabilité, mais non sur l'existence de l'aléa. Le risque est une éventualité que se réalise, un événement aléatoire marqué par le hasard⁸⁵³. Comme le précise François Ewald, la présence de tel ou tel marqueur génétique indique une probabilité, une variation par rapport à une moyenne d'exposition à telle ou telle affection. En dépit des progrès en analyse génétique et des efforts de prévention en santé réalisés par les professionnels de santé et les patients, le risque santé reste particulier. L'impact des efforts de

⁸⁵² En ce sens, v. : F. EWALD, « Génétique et assurance », *RGDA* 1999, p. 539 ; F. EWALD, « Assurance, prévention et prédiction... Dans l'univers du Big Data », Rapport pour l'Institut Montparnasse, 2012, p. 45 ; V. LASSERRE-KIESOW, *L'aléa* – Journées nationales association Henri CAPITANT, t. XIV, Dalloz, 2011, p. 1 ; K. BLAKE, « An opening for civil rights in health insurance after the Affordable Care Act », *Boston College Journal of Law & Social Justice*, 2016, p. 243.

⁸⁵³ M. DEGUERGUE, « Risque », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 1381 ; Y. LAMBERT-FAUVRE et L. LEVENEUR, *Droit de assurances*, Dalloz, coll. Précis, 14^e éd., 2017, p. 277 ; F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, Les presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2001, p. 3 ; F. EISINGER, « Le dépistage du risque » *ADSP* 2005, n°51, p.47.

prévention ne peut être mesuré. En dépit des efforts réalisés par les individus, la santé est un risque particulier et multifactoriel où l'action de l'individu a moins d'impact sur la réduction du risque que dans d'autres domaines, comme l'assurance automobile. Parce que l'aléa demeure, la mutualisation et la solidarité dans la prise en charge du risque maladie reste nécessaire.

B- L'ébranlement de la solidarité

268. Plan – L'introduction de la responsabilité au sein de l'assurance maladie constituerait un ébranlement profond de la solidarité, entendue comme mécanisme indemnitaire (1), mais aussi comme valeur (2).

1. La solidarité comme mécanisme indemnitaire

269. Les conséquences négatives d'un transfert de charges aux ménages – La solidarité, qui constitue le premier mécanisme de prise en charge dans la Sécurité sociale, serait ébranlée par l'introduction de la responsabilité. En cas d'inobservance d'une prescription thérapeutique, un dispositif médical ne serait pas pris en charge par la Sécurité sociale. Mais sous quelle forme ?

Dans une première hypothèse, le reste à charge devrait être payé par l'assuré social lui-même, ce qui entraînerait de nombreux effets négatifs. Tout d'abord, le reste à charge généré par la responsabilité serait trop élevé pour certains individus, les empêchant de facto d'accéder à certains soins au détriment de la qualité de la santé globale de la population. Pour reprendre l'exemple du refus de prise en charge d'une prestation en cas d'obésité, comme la chirurgie du bypass, serait laissé à l'assuré un reste à charge exorbitant comprenant la prestation de l'anesthésie et de la chirurgie, l'hospitalisation et les consultations post-opératoires avec le médecin spécialiste. Ensuite, en cas de déremboursement ciblé en raison de l'inobservance d'un traitement, comme dans le cas du traitement pour le SAHOS, les patients pourraient être dissuadés de choisir ce type de traitement faute de moyens et par peur de ne pas réussir à le respecter. Le déremboursement portera dans un premier temps sur les dispositifs les plus coûteux et, par conséquent, sur les produits les plus innovants, ce qui engendrerait une médecine à

deux vitesses. Ensuite, à l'image du modèle américain, l'État-social actif distingue solidarité et assurance.

Dans une seconde hypothèse, un transfert de la dépense serait fait aux assurances complémentaires et surcomplémentaires. A l'heure actuelle, il n'est pas interdit aux assureurs de prendre en charge de tels restes à charge, y compris dans les contrats responsables. À la responsabilisation de l'assuré social correspond l'essor de l'assurance complémentaire, déjà fortement critiqué⁸⁵⁴. Toutefois, une telle pratique serait socialement et économiquement inefficace⁸⁵⁵. Les ménages devraient financer l'augmentation de leurs primes d'assurance ou de leurs cotisations mutualistes⁸⁵⁶. La protection complémentaire est par nature inégalitaire. Elle est tout d'abord financée par des cotisations qui ne sont pas ou sont peu proportionnelles aux revenus des souscripteurs. Le financement de cette protection ne prend pas en compte les revenus du patrimoine, à la différence de la contribution sociale généralisée (CSG) qui finance l'assurance maladie obligatoire. Par ailleurs, les cotisations augmentent le plus souvent avec le nombre de personnes à charge et pénalisent donc les familles. Enfin, elles croissent avec l'âge, ce qui traduit une tarification des assurances complémentaires en fonction du risque santé. Ainsi, le déremboursement pénaliserait les personnes à revenus modestes, les personnes âgées et les familles nombreuses, favorisant la précarité et une dégradation notable de la santé publique. La santé de chacun dépend de la santé de tous⁸⁵⁷. La révolution pasteurienne a souligné l'existence d'une solidarité objective. La mauvaise santé d'un individu peut impacter celle des personnes qu'il côtoie et inversement. Ainsi, pour des raisons financières, sanitaires et humanitaires, la solidarité nationale demeure une nécessité pour la prise en charge du risque maladie.

⁸⁵⁴ A-S GINON, « Le glissement de l'assurance maladie obligatoire vers les complémentaires : vers une autre conception des dépenses de santé ? », *RDSS* 2017, p. 91.

⁸⁵⁵ D. TABUTEAU, « Reste à charge et politique de santé », *in* Dossier « Santé et restes à charges », *RDSS* 2017, p. 19.

⁸⁵⁶ P-Y GEOFFARD, « La régulation de l'assurance maladie », p. 19, *in* M-A FRISON-ROCHE *La régulation des secteurs de la santé*, vol. 6, coll. Droit et économie de la régulation, Presses de sciences po et Dalloz.

⁸⁵⁷ H. MILNE- EDWARDS, *Leçons sur la philosophie et l'anatomie comparée de l'homme et des animaux*, vol. 14, Paris V, Masson, 1857-1881 ; E. D'HOMBRES, « Le solidarisme. De la théorie scientifique au programme de gouvernement », *Revue d'éthique et de théologie morale*, vol. 260, no. 3, 2010, p. 8 ; M-C BLAIS, « La solidarité », *Le Télémaque*, 2008, vol. 33, p. 9.

270. L'immuable nécessité de la solidarité – Les raisons pour lesquelles la solidarité a été adoptée comme pilier de la protection sociale contre le risque maladie sont toujours valables.

Alors que le mécanisme assurantiel a été adopté pour d'autres risques sociaux, tel le chômage, la spécificité du risque maladie exige de recourir à la solidarité. Comme vu précédemment, cette modalité de prise en charge tend à assurer, au-delà d'un droit d'accès à la Sécurité sociale, un droit d'accéder à la santé qui, lui-même, a pour objectif d'assurer un niveau de vie décent à tous les individus⁸⁵⁸. La solidarité nationale, consacrée par le Préambule de 1946 et par les engagements internationaux de la France, permet de lutter contre la précarité en assurant les droits élémentaires de tout être humain.

Les conséquences financières et humaines du risque maladie sont telles qu'une autre voie ne pourrait être empruntée sans de graves conséquences. Une loi d'interdépendance générale régit l'organisation sociale⁸⁵⁹. La solidarité est nécessaire à la vie en société en ce qu'elle constitue un rapport de dépendance spontané existant entre les membres d'un même groupe social afin de faire face à un même risque social⁸⁶⁰. Dès l'Antiquité, la solidarité est définie par les penseurs stoïciens et épicuriens comme une inéluctable interdépendance sociale. La société est la résultante d'une solidarité spontanée entre les individus qui leur permet de décupler leurs possibilités d'action. Ils acquièrent grâce à elle sécurité et liberté⁸⁶¹. L'état de dépendance mutuelle et l'obligation de s'entraider sont à la base de toutes les institutions sociales⁸⁶².

⁸⁵⁸ V. *supra* n°82 et s.

⁸⁵⁹ P-M DUPUY, « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1341 ; P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 18.

⁸⁶⁰ V° « Solidarité », in L. GUILBERT, R. LAGANE, G. NIOBEY, *Grand Larousse de la langue française*, 1989, t. VI, p. 5481 ; G. ANTOINE, *Liberté, égalité, Fraternité ou les fluctuations d'une devise*, UNESCO, 1989, p. 149.

⁸⁶¹ F. EWALD, « Génétique et assurance », *RGDA* 1999, p. 539.

⁸⁶² V° « Solidarité » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, p. 967.

2. La solidarité comme valeur

271. La solidarité comme valeur – La solidarité est aussi nécessaire pour assurer la cohésion d'une société, conçu comme un organisme vivant. La morale sanitaire et la condition d'observance, facilitées par la télésurveillance, auraient pour conséquence de pousser les individus à se contrôler entre eux. L'individualisme, déjà présent, serait alors exacerbé, mettant à mal la solidarité et la fraternité sous-jacente⁸⁶³. Comme le montre le professeur Borgetto, la solidarité ne constitue pas uniquement une valeur, mais bien la traduction organisationnelle d'un sentiment de fraternité préexistant qui animerait une interdépendance sociale spontanée. La fraternité constituerait, selon le professeur Borgetto, la justification profonde de la solidarité⁸⁶⁴. Cette dernière aurait absorbé la notion de fraternité qui, bien que tombée en désuétude avant de connaître un sursaut⁸⁶⁵, demeure sous-jacente⁸⁶⁶. La solidarité dépasserait la nécessité d'être solidaires pour vivre en société et intégrerait une aspiration sociale bienveillante. Selon cette approche, la fraternité ne constitue donc pas le fondement immédiat de la plupart des droits et obligations instaurant la solidarité, mais sa justification en arrière-plan. La volonté de redistribuer des richesses, au cœur du solidarisme s'appuie sur l'élan fraternel qui justifie à son tour le caractère social de la dette, afin de sortir la fraternité et la solidarité de leur dimension volontaire et privée et d'en faire une obligation contraignante. Dans cette perspective, l'universalité émerge et prend vie grâce à la solidarité⁸⁶⁷.

⁸⁶³ P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995, p. 56.

⁸⁶⁴ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993, p. 11.

⁸⁶⁵ Dans une décision du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel affirme la valeur constitutionnelle du principe de fraternité. Cons. Const., 6 juill. 2018, n°2018-717/718 QPC.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 341.

⁸⁶⁷ L. ISIDRO, « L'universalité en droit de la protection sociale. Des usages aux visages », *Dr. soc.* 2018, p. 378.

272. Conclusion de section – Dans le modèle de l’État-social actif, les droits sociaux ne sont pas absolus et inaliénables. Ils doivent être légitimés et acquis au moyen d’un comportement actif de l’assuré social. S’il est pratiqué en France pour le risque maladie, son application aux dépenses de santé est techniquement envisageable d’un point de vue juridique. Tout d’abord, pourrait être utilisé le protocole d’affection de longue durée (ALD) qui exige déjà de l’assuré social un comportement actif, contractualisé avec son médecin traitant dans un protocole personnalisé dont la méconnaissance suspend, réduit voire supprime la prise en charge des prestations. Le texte ne précisant pas le type de prestations visées il pourrait être envisagé qu’il s’agisse de prestations en espèces comme en nature. Un reste à charge pour les prestations en nature serait alors applicable. Ensuite, l’arrêté du 22 octobre 2013 du Conseil d’État pourrait être consacré par le législateur à qui appartient le pouvoir de déterminer les conditions de prise en charge des prestations en nature. Le Conseil d’État aurait pu lui-même analyser l’indemnité d’immobilisation mise à la charge de l’assuré social en cas d’inobservance non comme une sanction, mais comme un reste à charge non substantiel, n’entravant pas l’accès aux soins.

Cette possible évolution suscite cependant de nombreuses craintes. La première est la naissance d’une obligation de prendre soin de soi qui est aujourd’hui favorisée par les mesures de prévention, mais reste incitative. La notion d’observance, déjà utilisée dans l’entente préalable et le protocole ALD, pourrait conduire à introduire cette obligation. Toutefois, l’absence de définition légale de la notion d’observance et l’absence d’unanimité au sein de la doctrine médicale et juridique pour la définir font craindre que ses contours trop larges aient pour effet d’instituer une dictature sanitaire. Le caractère multifactoriel des pathologies et le concept d’exposome empêchent l’individu d’avoir un entier contrôle sur sa santé, rendant inéquitable et injustifiée l’introduction de la responsabilité dans l’assurance maladie. La seconde crainte est celle d’un ébranlement de la solidarité, entendue comme un mécanisme financier, mais aussi comme une valeur. L’accès aux soins pour tous serait mis en péril au détriment d’une santé publique de qualité. L’individualisme serait exacerbé et la fraternité mise à mal.

273. Conclusion de chapitre – Si, aujourd’hui en France, la responsabilité est exclue du système de prise en charge du risque maladie par la Sécurité sociale, il ne s’agit pas d’une donnée irréversible. L’introduction de la responsabilité en vue d’opérer un changement de modèle, basculant d’un État providence social et solidaire à un État social actif, fait l’objet de revendications politiques et économiques persistantes depuis plusieurs années. Celles-ci pourraient devenir réalité en s’appuyant sur d’actuels ou futurs fondements juridiques constitutionnellement valables. Juridiquement réalisable, l’introduction de la responsabilité dans l’assurance maladie relève d’un choix politique et démocratique qu’il convient d’éclairer, pour que ne soit pas occultée la part négative inhérente à la destitution de l’assurance maladie solidaire et universelle. L’introduction de la responsabilité dans un objectif d’activation des dépenses de santé sera nécessairement accompagnée d’une nouvelle obligation de prendre soin de soi, dont les contours plus ou moins larges entraîneraient une dictature sanitaire plus ou moins liberticide. Cette obligation serait aussi source d’injustice et d’iniquité en raison du caractère multifactoriel des pathologies qui ne permet pas aux individus d’avoir un plein contrôle sur leur santé, en dépit des progrès de la médecine. Un tel choix aurait aussi pour conséquence de nuire à la solidarité, entendue comme mécanisme financier du risque social et comme valeur. L’introduction de la responsabilité conduirait les individus à financer eux-mêmes l’accès à la santé, qui serait remis en cause au détriment de la santé publique. Une régression serait alors opérée par un recul de la solidarité, qui ferait disparaître toute notion de fraternité au profit d’un individualisme exacerbé et d’une moralisation des comportements au moyen des nouvelles technologies.

Le développement de ces nouvelles technologies et plus particulièrement des objets connectés a déjà été une porte d’entrée pour les assureurs privés qui ont présenté de nouvelles offres assurantielles. Ceux-ci ne veulent plus être cantonnés à leur seul rôle de payeur et se muent en partenaires de l’assuré dans la gestion de sa santé. Si l’assuré s’implique dans la gestion de sa propre santé, la maladie peut être prise en compte dans la tarification et la prise en charge de l’assuré.

Si la responsabilité constitue une revendication croissante dans l’assurance maladie, elle peut aussi transformer l’assurance privée.

Chapitre II : La responsabilité revendiquée dans l'assurance privée

274. Plan – Si l'hypothèse de l'insertion de la responsabilité dans l'assurance maladie obligatoire est envisageable, la question se pose de savoir si ces revendications peuvent, par ricochet, pénétrer l'assurance maladie privée. La massification des données personnelles de santé et l'apparition des objets connectés modifient le rapport de l'assureur privé au risque et, par conséquent, à l'assuré et à l'offre assurantielle. Pour déterminer si la réinsertion de la responsabilité dans l'assurance privée constitue une réelle possibilité, il est nécessaire d'étudier les fondements d'une telle revendication (**Section 1**), puis les modalités que celle-ci pourrait emprunter ainsi que leur vraisemblance (**Section 2**).

Il doit être souligné que l'objet d'étude de ce chapitre est l'introduction de la responsabilité comportementale dans l'assurance privée, autrement dit la sanction de l'assuré social en raison de son comportement sanitaire. Cela exclut l'hypothèse d'une discrimination dès la conclusion du contrat d'assurance en raison de l'état de santé de l'individu ou de ses données génétiques. Ne sera pas étudiée l'hypothèse d'une tarification spécifique assurantielle à l'entrée du contrat et liée au patrimoine génétique révélé par les progrès médicaux⁸⁶⁸, car il s'agit d'une donnée factuelle extérieure à l'individu et l'assureur ne punit pas l'assuré dans sa relation contractuelle, mais refuse de l'assurer. Seul la prise en considération du comportement de l'individu et son impact sur sa santé intéresse ici ce chapitre.

⁸⁶⁸ Pour étudier cette question, v. en ce sens : M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 61 et s. ; F. EWALD, « À quelles conditions la sélection d'un risque constitue une discrimination ? », in *Droit et économie de l'assurance santé, Mélanges en l'honneur de Y. Lambert-Faivre et D-C Lambert*, Dalloz, 2002, p. 167 ; M. BERTRAND, « La protection des données personnelles comme mode de régulation du Big Data en protection sociale complémentaire », *RFAS* 2017, p. 54 ; F. EWALD, « Génétique et assurance », *RGDA* 1999, p. 539 ; D. BARDEY et P. DE DONDER « Tests génétiques et assurance santé, une tension exacerbée », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 75.

Section 1 : Les fondements de la revendication

275. Plan – Le premier fondement de cette revendication dans l’assurance privée réside dans la nouvelle appréhension du risque (§1). Le second fondement de cette revendication réside dans la nouvelle gestion du risque maladie (§2).

§1. Une nouvelle appréhension du risque

276. Plan – L’ancienne appréhension du risque, sur laquelle a été construite le modèle assurantiel en vigueur dans le Code des assurances (A), est impacté par les nouvelles technologies numériques (B).

A- L’ancienne appréhension du risque

277. Un risque initialement calculé à partir de probabilités – Le contrat d’assurance est par nature aléatoire⁸⁶⁹. Il consiste à assurer pour autrui un risque en contrepartie du versement d’une prime. « *Le risque est l’éventualité à laquelle on peut donner un prix* »⁸⁷⁰. Il désigne la probabilité de réalisation de l’évènement aléatoire et les conséquences de l’évènement redouté⁸⁷¹. Le métier de l’assureur consiste à attribuer a priori un prix au risque⁸⁷² et, pour cela, il cherche à établir des catégories homogènes de risques. Les assureurs s’appuient sur les actuaires qui ont pour mission

⁸⁶⁹ Sur la nature aléatoire du contrat d’assurance, v. : Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017, p. 278 ; J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN, L. MAYAUX (sous la dir. de J. BIGOT), *Traité de droit des assurances, Les assurances de personnes*, t. 4, LGDJ 2007, p. 57, p.516, et p.571.

⁸⁷⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017, p. 278 et p. 355 ; L. MAYAUX, *Les grandes question du droit des assurances*, LGDJ, 2011.

⁸⁷¹ Le risque désigne l’éventualité d’un évènement aléatoire, mais aussi le dommage généré. Concernant le double sens du terme « risque », v. : M. DEGUERGUE, « Risque », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1381 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, p. 1372 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017, p. 277 et s ; V. NICOLAS, « Contribution à l’étude du risque dans le contrat d’assurance », *RGDA* 1998, p. 21.

⁸⁷² F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, thèse, LGDJ, 2011, p. 1 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2021, p. 353 et s ; Y-M LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat » in *L’aléa*, Journées Nationales, t. XIV/ Le Mans, Association Henri Capitant, 2011, p. 11 ; F. EWALD, « Génétique et assurance », *RGDA* 1999, p. 539.

d'effectuer des calculs à l'aide d'une modélisation du cheminement d'évènements aléatoires, de procéder à une estimation de la valeur de cette évolution, en s'aidant de statistiques et de mathématiques financières⁸⁷³. Le calcul actuariel de probabilité du risque est fondé sur la loi des grands nombres⁸⁷⁴. L'assureur effectue son calcul uniquement sur la base de données antérieures et limitées, rendant l'établissement de la prime complexe. Il ne dispose que de données passées et limitées, ne le renseignant que sur la fréquence et l'ampleur des risques réalisés et couverts. L'assureur ne dispose pas ou de peu d'informations sur les conditions ayant conduit à la survenance du risque, surtout maladie. La relation contractuelle en matière d'assurance est marquée par une asymétrie d'informations, particulièrement forte en matière d'assurance santé.

278. Une relation contractuelle marquée par l'asymétrie d'informations –

L'asymétrie d'informations désigne une inégalité d'informations entre les cocontractants. L'une des parties dispose davantage d'informations que l'autre avant même la signature du contrat, rendant la relation asymétrique. En matière d'assurance de santé, cela est notamment dû à une déclaration du risque fondée principalement sur un simple questionnaire à remplir par l'assuré⁸⁷⁵. Toutefois, une distinction est à opérer selon la nature du contrat. Concernant, les contrats collectifs à adhésion obligatoire, les assureurs peuvent récolter des informations les renseignant sur l'état de santé des salariés bénéficiaires de la couverture collective, de manière à évaluer le risque et le tarifier. Concernant, les contrats individuels proposés par des mutuelles, l'article L. 110-2 Code de la mutualité interdit de faire une sélection médicale. Le questionnaire médical n'est pas utilisé dans ce cas. Concernant les contrats individuels proposés par des organismes non mutualistes, l'article L. 113-2 du Code des assurances permet de

⁸⁷³ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017, p. 44 ; B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, 4^e éd., LGDJ, 2021, p. 215 ; J. BONARD, *Droit des assurances*, LexisNexis, 5^e éd., 2016, p. 74.

⁸⁷⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 2017, 14^e éd., p. 44 et s.

⁸⁷⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 2017, 14^e éd., p. 280 et s. ; S. ANRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, Ellipses, 4^e éd., 2023, p. 53 et p. 112 et s. ; R. PELLET, A. SKZRYERBAK, *Droit de la protection sociale*, PUF, 1^{ère} éd., 2017, p. 334 et s. ; G. DURRY, « Les obligations envers l'assureur », *RGDM* 2003, p. 61.

recourir au questionnaire, mais il ne permet pas d'être informé sur tous les éléments susceptibles d'évaluer exactement le risque et sa survenance⁸⁷⁶.

Or, cette asymétrie d'informations qui marque le contrat d'assurance favorise l'aléa moral. Etant assuré et protégé, l'assuré n'est pas totalement exposé au risque financier engendré par la maladie, ce qui encourageait un comportement insouciant ou imprévoyant de l'individu à l'égard de sa santé. L'asymétrie d'informations, en faveur de l'assuré, conduirait ce dernier à adopter des comportements plus risqués que ceux estimés lors de la conclusion du contrat d'assurance. Serait alors inadaptée la cotation du risque et la fixation de la prime d'assurance, au détriment de l'assureur. Cet aléa moral pourrait être atténué par les progrès technologiques réalisés au cours de ces dernières années. Le phénomène dit du « Big Data », qui désigne une production massive et en temps réel des données, impacte l'appréhension traditionnelle du risque et spécifiquement du risque maladie⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ L'article L. 113-2 du Code des assurances dispose : « *L'assuré est obligé :*

1° De payer la prime ou cotisation aux époques convenues ;

2° De répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ;

3° De déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur, notamment dans le formulaire mentionné au 2° ci-dessus.

L'assuré doit, par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique, déclarer ces circonstances à l'assureur dans un délai de quinze jours à partir du moment où il en a eu connaissance ;

4° De donner avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance et au plus tard dans le délai fixé par le contrat, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur. Ce délai ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés.

Ce délai minimal est ramené à deux jours ouvrés en cas de vol et à vingt-quatre heures en cas de mortalité du bétail.

Les délais ci-dessus peuvent être prolongés d'un commun accord entre les parties contractantes.

Lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat, la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais prévus au 3° et au 4° ci-dessus ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice. Elle ne peut également être opposée dans tous les cas où le retard est dû à un cas fortuit ou de force majeure.

Les dispositions mentionnées aux 1°, 3° et 4° ci-dessus ne sont pas applicables aux assurances sur la vie. ».

⁸⁷⁷ J-M LASRY, « La rencontre choc de l'assurance et du Big Data », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 19 ; P. THOUROT, J-M NESSI, K. AMETEPÉ FOLLY, « Big Data et tarification de l'assurance », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 47.

B- L'impact des nouvelles technologies

279. Le risque maladie n'est plus appréhendé de la même manière, tant par l'assureur que par l'assuré en raison d'évolutions technologiques qui ont permis aux assureurs d'obtenir de nouvelles données pour les assurés (1) et l'apparition de nouvelles pratiques chez les assurés (2).

1- La détention de nouvelles données

280. *L'apparition de l'Internet des objets* – Le risque maladie n'est plus appréhendé de la même manière que lors de la création des assurance sociales par les assureurs privés. Alors que l'assurance privée est marquée du sceau de l'asymétrie d'informations et de la fatalité, les objets connectés rebattent les cartes en ce début de XXI^e siècle. Depuis quelques années est apparu « le phénomène Big Data » ou « données massives ». Il s'agit du gigantesque volume de données numériques produites et recueillies par les plateformes numériques et les objets dits connectés⁸⁷⁸. Les technologies de mesure et d'analyse du corps ne sont pas nouvelles et existent depuis une trentaine d'années déjà, tout comme les puces RFID (*radio frequency identification*) qui existent depuis 50 ans. Cependant, l'intégration massive de capteurs de toutes sortes dans des smartphones et tablettes vendus à des millions d'exemplaires a permis de réduire drastiquement la taille et le prix de ces composants et, par conséquent, leur diffusion dans des objets du quotidien tels que des montres

⁸⁷⁸ Cette révolution du Big Data a été permise par la chute exponentielle à la fois des coûts de stockage des données et du temps de machine nécessaire pour faire tourner les algorithmes. Les ensembles de données traités correspondant à la définition du Big Data répondent à trois caractéristiques principales : volume, vitesse et variété. P. BECKOUCHE, « La révolution numérique est-elle un tournant anthropologique ? », *Le Débat*, n° 193, 2017, p. 157 ; T. PIETTE-COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015, p. 16.

connectées⁸⁷⁹. Ces derniers constituent une révolution dans le monde de la santé et dans le monde assurantiel. En 2016, il était projeté qu'en 2020 chaque individu ait en moyenne trois objets connectés sur lui et deux milliards d'objets de ce type en France⁸⁸⁰. En 2013, parmi les objets connectés portables, 60% étaient de nature médicale selon Orange Healthcare⁸⁸¹. Selon les prévisions de Statista, le marché des objets connectés devait représenter 542 millions de dollars de revenus en France en 2023. Une hausse de plus de 8,61% par an est attendue, au moins jusqu'en 2027⁸⁸². Le cabinet Mac Kinsey Global Institute estimait dès mai 2013, dans son rapport « Disruptive Technologie », que le secteur de la santé porterait à lui seul entre un tiers et la moitié de l'impact économique annuel mondial de l'Internet des objets en 2015 qu'il évaluait notamment entre 27 000 et 6 200 milliards de dollars par an⁸⁸³. « *De toute évidence, l'e-santé reste une promesse, celle d'un marché florissant, dynamique et innovant, au bénéfice de l'amélioration des services rendus à la population et aux professionnels de santé, offrant de nouveaux métiers et un relai de croissance à notre économie* »⁸⁸⁴.

⁸⁷⁹ À titre d'exemple, en 2012 une puce peut effectuer le calcul et les opérations qui auraient été réalisées par 6 puces en 2005, faisant passer le coût de l'opération de 60\$ à 17\$. V. en ce sens, CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 17 ; G. ANINE, « L'e-santé, la révolution du « soigner » », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015 n° 103, p. 86 ; S. VULLIET-TAVERNIER, « Le *quantified self* : nouvelle forme de partage des données personnelles, nouveaux enjeux ? », *CNIL – Innovation et prospective*, n°05, juillet 2013 ; C. LAVERDET, « Les enjeux juridiques de l'Internet des objets », *JCP G* 2014, p. 1154 ; T. PIETTE-COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015, p. 1 et 11.

⁸⁸⁰ Dossier « Les objets connectés : 4^e révolution industrielle », *D. IP/IT* 2016, p. 388.

⁸⁸¹ « Orange promeut les objets connectés », *Protection sociale informations*, 2014, n°923.

⁸⁸² J. MAURE, « Ces objets connectés pour notre bien, qui nous pourrissent la vie », *Le Point*, 14 mai 2023.

⁸⁸³ CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 17.

⁸⁸⁴ M. GRIGUER, « Quel cadre légal pour l'e-santé », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°5, 2016, p. 26.

281. *Le fonctionnement de l'Internet des objets* – L'adjectif connecté accolé au terme objet désigne son jumelage à un « smartphone » ou sa liaison à un réseau sans fil. « *Un objet connecté comporte un système d'identification et de captation des données, comme la température corporelle ou le rythme cardiaque, ainsi qu'un système de transmission des données alimentant une application intelligente (une interface comme un smartphone), pour piloter l'application* »⁸⁸⁵. Pour apporter un service, les objets connectés doivent traiter cette multitude d'informations recueillies, par le biais de leurs capteurs, au moyen d'outils permettant le traitement et l'analyse rapide d'ensembles volumineux de données⁸⁸⁶. Ils permettant de capter, stocker, transmettre, traiter et présenter des données issues du monde physique⁸⁸⁷. Le terme « capter » désigne l'action de récupérer une grandeur physique pour la transformer en un signal numérique⁸⁸⁸. Le terme « stocker », lui, fait référence à l'agrégation des données brutes, produites en un temps réel arrivant de façon non prédictible⁸⁸⁹. « Présenter » fait référence à la capacité de restituer les informations de façon compréhensible pour l'être humain, tout en lui offrant un moyen d'agir ou d'interagir par le biais d'une interface numérique, souvent une application mobile⁸⁹⁰.

282. *L'acquisition de nombreuses données, en temps réel, et sur le mode de vie* – Les objets connectés permettent d'obtenir une quantité importante d'informations en temps réel et relatives au mode de vie de l'assuré⁸⁹¹. Ces différentes informations peuvent être le nombre de pas ou de kilomètres parcourus au cours d'une journée, la

⁸⁸⁵ C. LAVERDET, « Les enjeux juridiques de l'Internet des objets », *JCP G* 2014, p. 670 ; J-P CRENN, « Les objets connectés décryptés pour les juristes », *D. IP/IT* 2016, p. 389 ; T. PIETTE-COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015, p. 11.

⁸⁸⁶ CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 17 ; T. PIETTE-COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015, p. 2 ; « Objets connectés – Internet of things (IoT) », in A. DE BAYNAST, J. LEVY et J. LENDREVIE, *Mercator*, Dunod, 13e éd., 2021, p. 228.

⁸⁸⁷ T. PIETTE-COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015, p. 9.

⁸⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁸⁹ *Ibidem*.

⁸⁹⁰ *Ibidem*.

⁸⁹¹ On parle de massification des données.

réalisation de pratiques sportives, le taux de glucose ⁸⁹². Les objets connectés communiquent des informations sur le mode de vie de l'individu et des informations de santé pour lui permettre de mieux gérer sa pathologie. « *Depuis trois ans [depuis 2018], un capteur implanté à l'arrière du bras mesure en permanence mon taux de glycémie, décrit Nathalie Paoletti, diabétique de type 1, chargée de mission à l'association des diabétiques de Corse. Il me suffit de le scanner pour savoir si je suis en hypo ou hyperglycémie. Cela m'aide beaucoup pour équilibrer mon diabète* »⁸⁹³. « *La pompe à insuline, couplée à une mesure en continu du niveau de glucose, est l'avancée majeure de cette décennie pour les patients porteurs de diabète de type 1* » indique le professeur Pinget, diabétologue et fondateur du Centre européen d'étude du diabète.

En fournissant des informations sur le mode de vie des assurés et sur la gestion de leur pathologie, les objets connectés constituent l'opportunité indéniable pour les assureurs de recueillir des informations permettant de mieux tarifier le risque. Le « Big Data » est une opportunité de réduire l'aléa moral dans le contrat d'assurance, ce qui va nécessairement impacter l'assurance maladie⁸⁹⁴. La détention de telles données constitue aussi une opportunité pour opérer chez les assurés des changements d'habitudes de vie s'inscrivant dans une logique d'amélioration voir de

⁸⁹² CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 29 ; T. PIETTE- COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015, p. 4 ; N. WEINBAUM, « Les données personnelles confrontées aux objets connectés », *Communication commerce électronique* 2014, n°12, étude 22.

⁸⁹³ K. VILARASAU, « Diabète : des avancées pour les malades », *Valeurs mutualistes* n°323, 2021, p. 22.

⁸⁹⁴ M. DEL SOL, « La réglementation française de l'assurance santé à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage » in BENSAMOUN, M. BOIZARD, S. TURGIS (sous la dir.), *Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation*, Éditions Mare et Martin, 2020, p. 16 ; C. BEGUIN-FAYNEL, « L'assureur, les données et l'intelligence artificielle », *Dalloz IP/IT* 2023, p. 449 ; T. TALEYSON, « Le Big Data, moteur de la transformation à venir dans les assurances collectives », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 44 ; F-X HAY, « La mutualisation est-elle soluble dans le Big Data ? », in Dossier « Le choc du Big Data dans l'assurance », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 25 ; R. LAUBIE, « Le patient connecté ou les métamorphose de la santé », *L'expansion Management Review* 2011, n°143, p. 24.

perfectionnement de soi⁸⁹⁵. Les évolutions technologiques sont à l'origine de nouvelles pratiques sociales qui affectent l'assurance maladie privée.

2- L'apparition de nouvelles pratiques sociales

283. *L'apparition de la pratique du self-quantified* – La révolution des objets connectés n'a pas une origine uniquement économique : elle est aussi ergonomique. Le développement de l'iPhone et des *smartphones* (téléphones intelligents) ne constitue pas seulement une révolution technologique, mais aussi et surtout une révolution sociale qui a fait émerger de nouvelles pratiques de vie et habitudes⁸⁹⁶. La miniaturisation des *smartphones* et le développement d'objets connectés attenants ont conduit à l'apparition d'une pratique appelée « *self-quantified* »⁸⁹⁷. Traduit en français par l'expression « d'automesure », le *self-quantified* désigne la mesure une donnée retranscrite immédiatement sous une forme graphique et compréhensible pour un profane. Cette opération permet aux utilisateurs de mesurer une ou plusieurs données, de santé ou non, de sorte à acquérir des connaissances sur eux-mêmes et leur santé. La représentation sous forme de graphiques permet de suivre l'évolution des variables

⁸⁹⁵ CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 38.

⁸⁹⁶ L'iPhone a été lancé en 2007 par la société américaine Apple en 2007. Dans ce sens, v. : P. BECKOUCHE, « La révolution numérique est-elle un tournant anthropologique ? », *Débat* 2017, p. 153 ; S. VULLIET-TAVERNIER, « Le *quantified self* : nouvelle forme de partage des données personnelles, nouveaux enjeux ? », *CNIL – Innovation et prospective*, n°05, juillet 2013 ; CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 18.

⁸⁹⁷ Le *self-quantified*, traduit en français par l'expression d'« auto-mesure », est apparu en Californie en 2007 dans la Silicon Valley et a été popularisé par deux rédacteurs (Gary Wolf et Kevin Kelly), mais il existait dès 2003 sous la forme de forums de patients. V. : EQUIPE « Microcapteurs et microsystèmes biomédicaux INSA de Lyon » (CNRS INL), « Microcapteurs, vêtements, habitats intelligents pour le monitoring permanent : impact sociétal et éthique », in C. HERVE, M-S. JEAN, P. À MOLINARI, M-A GRIMAUD et E. LAFORET (sous la dir.), *La nanomédecine : enjeux éthiques, juridiques et normatifs*, Dalloz, 2007, p. 103.

choisies⁸⁹⁸. De la sorte, les comportements sont objectivés afin de les améliorer si besoin⁸⁹⁹.

284. L'utilité du *self-quantified* – De nombreuses applications permettent de capter des données de santé et les traduisent en graphiques ou en Codes couleurs, signalant les données anormales. Le *self-quantified* permet alors aux individus d'avoir un meilleur suivi de leur pathologie, renforçant par conséquent leur *empowerment*, c'est-à-dire leur pouvoir d'action dans la gestion de leur pathologie⁹⁰⁰. Peu important le motif pour lequel l'individu s'inscrit dans une démarche de *self-quantified* (pathologie ou non), il possède désormais un pouvoir en temps réel sur la gestion de sa santé. Il devient acteur de sa santé. L'utilisateur d'un objet connecté, en suivant l'évolution des données, peut suivre son état de santé et donc adapter son comportement de manière à empêcher sa dégradation, soit en modifiant son mode de vie soit en consultant un professionnel de santé⁹⁰¹. Cette pratique permet aussi d'opérer des changements dans le mode de vie des individus, même en dehors de toute pathologie déclarée ou suspectée. Dans ce cas, un objectif à atteindre est fixé de sorte à avoir un

⁸⁹⁸ Le *self-quantified* a davantage pour but de quantifier que de mesurer, car la quantification consiste à exprimer et faire exister sous une forme numérique ce qui, auparavant, était exprimé par des mots et non par des nombres, alors que l'idée de mesure implique qu'une donnée existe sous une forme déjà mesurable, voir en ce sens : S. VULLIET-TAVERNIER, « Le *quantified self* : nouvelle forme de partage des données personnelles, nouveaux enjeux ? », *CNIL – Innovation et prospective*, n°05, juillet 2013 ; CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 18 et p.49 ; G. ALAJOUANINE, « L'e-santé, la révolution du « soigner » », *Risques* 2015, n°103 p. 67 .

⁸⁹⁹ L. CAMBON, « Objets connectés, mobiles, communicants en prévention : dépasser l'outil, penser l'intervention », *Santé publique* 2016, p. 5 ; N. MESSAADI, « Information numérique et gestion de la maladie », *Santé publique* 2016, p. 77 ; J. DAMON, « Révolution numérique : sécurité sociale 2.0 et médecine « 5P » », *RDSS* 2017, p. 925.

⁹⁰⁰ L'*empowerment* désigne le pouvoir conféré à l'utilisateur par l'utilisation des objets connectés pour influencer sa santé positivement ou négativement. V. en ce sens : S. VULLIET-TAVERNIER, « Le *quantified self* : nouvelle forme de partage des données personnelles, nouveaux enjeux ? », *CNIL – Innovation et prospective*, n°05, juillet 2013 ; CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 21 ; A-S CASES, « L'e-santé : l'*empowerment* du patient connecté », *Journal de gestion et d'économie médicales* 2017, n°4-5, p. 137.

⁹⁰¹ Attention, automesure ne signifie pas autodiagnostic. La consultation du médecin est nécessaire, mais une responsabilisation du « patient-utilisateur » peut apparaître selon la CNIL.

point de référence pour ensuite médiatiser les résultats obtenus auprès d'une communauté en ligne. Cette médiatisation sert à valoriser les efforts fournis et à encourager les membres de cette communauté. Un compte-rendu dans le temps des activités est, aussi visualisable sous forme graphique.

285. *L'enjeu du self-quantified pour l'assurance* – L'utilisateur d'un objet connecté peut suivre l'évolution de son état de santé et empêcher sa dégradation, soit en modifiant son mode de vie, soit en consultant un professionnel de santé. Il a été vu précédemment que l'apparition de certaines maladies peut être prévenue ou mieux gérée quotidiennement par l'adoption de certains comportements⁹⁰². Le comportement d'un individu à l'égard de sa santé recouvre l'observance du traitement thérapeutique mais aussi un mode de vie sain excluant, par exemple, le tabagisme. Il influence la réalisation du risque santé, en favorisant ou non l'apparition de certaines pathologies, telles que le cancer, le diabète, etc. Les objets connectés fournissent donc à l'assureur des éléments d'appréciation prédictive du risque maladie⁹⁰³. Le *self-quantified* donne ainsi un avantage supplémentaire à l'assuré dans son rapport contractuel, car il dispose d'un pouvoir d'influence sur la possible réalisation du risque. L'asymétrie d'informations qui caractérise déjà le contrat d'assurance est accentuée.

La nouvelle appréhension du risque maladie générée par l'acquisition de nouvelles données personnelles et de santé en temps réel et par l'apparition de nouveaux comportements de la part des assurés a conduit les assureurs vers une nouvelle gestion du risque maladie au travers du contrat d'assurance.

⁹⁰² V. *supra* n° 61 et s et n°282.

⁹⁰³ CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 49.

§2. Une nouvelle gestion du risque

286. Plan – Prenant en considération les évolutions technologiques et sociales, l'assureur a élargi son rôle (A). Ont émergé de nouvelles offres (B), révélant une nouvelle gestion du risque maladie.

A- L'élargissement du rôle de l'assureur

287. Le mimétisme de l'assurance maladie par l'assureur : l'évolution vers un rôle de payeur actif – L'assurance santé a pour rôle initial de prendre en charge les conséquences du risque maladie réalisé. Les assurances complémentaires viennent assurer le reste à charge laissé à l'assuré social après intervention de l'assurance maladie. Celles-ci tendent à rompre avec cette passivité depuis quelques années pour se comporter en payeur actif, par mimétisme de la réforme de l'assurance maladie. Les assureurs se sont joints au mouvement global de promotion de la santé. À titre d'exemple, Jacques de Peretti, ancien Président-directeur général d'Axa France, décrivait ainsi en 2020 le nouveau visage de l'assureur moderne : « *il s'agit pour AXA de devenir non plus un organisme payeur qu'on sollicite dans l'urgence, mais un véritable partenaire présent à tous les moments clés de la vie de ses assurés... en les rendant confiants, tout simplement* »⁹⁰⁴. Les assureurs souhaitent désormais accompagner les assurés dans la gestion de leur pathologie et, de manière plus globale, dans la gestion de leur santé. La promotion de la prévention et du meilleur état de santé possible sont de plus en plus mis en avant par l'ensemble des acteurs de santé, que ce soit l'assurance maladie, les professionnels médicaux, mais aussi par de nouveaux acteurs émergents opérateurs économiques transformés en partenaire de santé au travers des objets connectés. Les assurances privées ne pouvaient éviter ce mouvement, d'autant plus que la réglementation abondante et stricte des contrats solidaires a produit une harmonisation des offres d'assurance qui tue tout élément concurrentiel.

⁹⁰⁴ Jacques de Peretti, cité in I. JOUANNEAU « Jacques de Peretti, Président d'Axa France : « Passer d'un statut de payeur à celui de partenaire », *Entreprendre*, 25 janvier 2020.

288. La recherche d'une offre concurrentielle – Pour être étiquetés comme solidaires et responsables, les contrats d'assurance complémentaire ne doivent pas opérer de discrimination entre les assurés, à l'égard des personnes couvertes et du montant de cotisation qui leur est applicable⁹⁰⁵. Ils doivent aussi prendre en charge un panier de soins minimum. Les éléments de démarcation et de performance financière sont désormais limités. L'uniformisation des contrats tue la concurrence. L'avantage concurrentiel ne pouvant passer par la sélection des risques, les assureurs se placent sur le terrain de la gestion du risque lui-même et se muent en partenaires de santé, développant des offres à composante comportementale et vantant les avantages d'une approche préventive par l'assuré des risques en santé. Pour se différencier, les assureurs développent des offres de couverture dites « sur mesure », favorisées par le développement des objets connectés⁹⁰⁶. Ces derniers constituent un outil d'individualisation de la relation avec l'assureur grâce à la multiplication des données personnelles transmises en temps réel et deviennent un incontournable des offres de santé⁹⁰⁷. Apparaît une ultra-individualisation des offres. Chacun désire désormais être

⁹⁰⁵ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 1102, n°1038 et s. En dehors des spécifiques contrats responsables, v. P. PIERRE, « Le traitement des discriminations en matière d'assurance de personnes », *Dr. Soc.* 2016, p. 760.

⁹⁰⁶ A-S GINON, « Les deux « assurances maladie » ou l'histoire juridique d'une relation fondée sur le « contrat responsable », *Revue des Juristes de Sciences Po* 2021, p. 85 ; P. BATIFOULIER, « Développer le marché de l'assurance pour le « bien » du patient : les dangers d'un paternalisme marchand », *RDSS* 2019, p. 819 ; P. BATIFOULIER, « Solidarité et primordialité de la santé : le nouvel esprit de l'assurance santé privée » in M. DEL SOL et P. BATIFOULIER (*sous la dir.*), *Plus d'assurance santé pour moins de protection ? Le patient face au marché*, Amplitude du droit 2022, p. 299 ; M. BERTRAND, « La protection des données personnelles comme mode de régulation du Big Data en protection sociale complémentaire », *RFAS* 2017, p. 57 ; M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 326 et s.

⁹⁰⁷ L. CAMBON, « Objets connectés, mobiles, communicants en prévention : dépasser l'outil, penser l'intervention », *Santé publique* 2016, p. 5 ; CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 17 ; « Assurance santé : quelles perspectives à l'ère des objets connectés ? », *L'Argus de l'assurance*, 13 mai 2015 ; E. DEBIES, « L'ouverture et la réutilisation des données de santé : panorama et enjeux », *RDSS* 2016, p. 697 ; R. LE MOAL, « Assurer ou prévenir les risques ? », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2017, p. 81 ; Dossier « Les objets connectés : 4^e révolution industrielle », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 388 ; « Orange promeut les objets connectés », *Protection sociale informations*, 2014, n°923 ; J. MAURE, « Ces objets connectés pour notre bien, qui nous pourrissent la vie », *Le Point*, publié le 14/05/2023 à 12h01, mis à jour le 14/05/2023 à 18h51 ; M. GRIGUER, « Quel cadre légal pour l'e-santé », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°5, 2016, p. 26.

acteur de son bien-être et de sa santé par le biais de la connaissance de ses données de santé.

La multiplication des données de santé donne aussi à l'assureur un avantage financier. En favorisant une meilleure gestion ou une prévention du risque maladie, il réduit l'ampleur du sinistre, et par conséquent, les dépenses à engager au titre de la prise en charge. Les nouvelles technologies offrent l'opportunité d'améliorer la rentabilité de leur activité⁹⁰⁸. Il pourrait être économisé, notamment, le coût social annuel de l'inactivité physique en France, soit 140 milliards d'euros⁹⁰⁹.

B- L'apparition de nouvelles offres

289. Les offres assurantielles favorisant la prévention sont variées. Certaines se contentent de promouvoir l'acquisition d'objets connectés (1), tandis que d'autres proposent un accompagnement personnalisé à l'aide d'objets connectés (2).

1- La promotion des objets connectés

290. Exemples d'offres – Nombreux sont les assureurs qui intègrent les objets connectés dans leur offre. À titre d'exemple, l'assureur Axa avait fait une expérimentation en 2014 en offrant un tracker d'activité aux souscripteurs de son offre d'assurance santé individuelle baptisée « Modulango »⁹¹⁰. Cette expérimentation avait pris la forme d'un jeu-concours pour gagner des objets connectés en santé, en l'occurrence le podomètre Pulse commercialisé par la marque Withings d'une valeur de 100 euros. Dans le même sens, le groupe Pasteur mutualité a créé en 2017 un

⁹⁰⁸ R. MARIE, « Les organismes complémentaires : nouveaux acteurs de prévention de la santé des salariés ? » *JCP S* 2017, p. 1 ; M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 329 et s. ; L. TILMAN, « Nos données ont-elles une valeur marchande ? », *RGDM* 2018, p. 87.

⁹⁰⁹ MUTUALITE FRANCAISE, « 140 milliards d'euros : c'est le montant estimé du coût social annuel de l'inactivité physique en France », 30 mai 2023 in <https://www.mutualite.fr>.

⁹¹⁰ E. CHELLE, « La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ? », *RDSS* 2018, p. 674.

abécédaire de la santé connectée ainsi qu'un forfait de prise en charge des objets connectés allant jusqu'à 150€.

Aux États-Unis, depuis janvier 2015, l'assurance Oscar permet de choisir gratuitement un bracelet podomètre de la marque Misfit qui se connecte automatiquement à l'application proposée par l'assureur Oscar⁹¹¹. Une fois le bracelet et l'application installés, l'assureur paie l'assuré pour bouger et faire de l'activité physique. L'assureur espère ainsi réduire le remboursement des frais médicaux générés par ses assurés en les responsabilisant et en les incitant à pratiquer une activité sportive régulière. Sur ce dernier point, le fabricant d'objets connectés en santé Fitbit cherche en à prouver *« l'existence d'une corrélation entre l'usage des dispositifs mobiles Fitbit et la fréquence de visites chez un médecin par un employé. Tout l'intérêt pour l'entreprise serait de montrer que l'usage de dispositifs Fitbit chez les employés permettrait de réduire les coûts des soins médicaux, ce qui profiterait à la fois à l'employeur et à l'assureur, tout en favorisant, dans la logique de l'entreprise, le bien-être des employés »*⁹¹².

2- Le développement d'un accompagnement personnalisé reposant sur des objets connectés

291. L'offre « Vigisanté » de Malakoff Humanis – De manière ciblée et individualisée, Malakoff Humanis a lancé fin 2015 un programme de e-coaching nommé « Vigisanté » qui accompagne le salarié au quotidien pour l'aider à prendre soin de sa santé et le motiver à s'y tenir. Intégré aux garanties collectives d'assurance de santé, « Vigisanté » est accessible à l'ensemble des salariés depuis leur ordinateur, tablette et smartphone. Il s'appuie sur une application Internet couplée à une plateforme téléphonique animée par des professionnels de santé. Ce programme de prévention est présenté comme personnalisé et confidentiel. Il propose d'agir sur les principaux facteurs de risque. À travers un questionnaire interactif, il détermine le profil du salarié

⁹¹¹ <https://www.hioscar.com>

⁹¹² CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 35.

pour lui proposer des programmes d'e-coaching adaptés à ses besoins et à sa motivation. Le dispositif permet d'agir dans la durée sur les facteurs de risques modifiables tels que la mauvaise alimentation, la sédentarité, le tabagisme, l'hypertension artérielle, l'hyperglycémie, le surpoids ou l'obésité. De nombreuses thématiques telles que le sommeil ou le suivi médical (vaccination, suivi bucco-dentaire, dépistages) sont également abordées. La particularité de ce programme est qu'il promeut la santé des salariés dans leur environnement personnel, mais aussi professionnel. Cette offre n'est plus valable aujourd'hui, mais la logique perdure avec ce que Malakoff Humanis a nommé la « *démarche Diagnostic et Protection du Capital humain* ».

292. L'offre « Lyfe » de CNP Assurances – Dans le même esprit que l'offre Vigisanté, l'offre « Lyfe » de CNP Assurances repose sur une plateforme digitale proposant des prestations de « *services d'e-santé allant d'une offre de coaching bien-être à la mise en disposition d'un chat vidéo, disponible via smartphone (avec la présence d'un médecin généraliste appartenant au réseau constitué par l'assureur), en passant par la mise en place de cabines de téléconsultation sur le lieu de travail* »⁹¹³. Ces services sont regroupés en différentes catégories : coaching, information/sensibilisation, prévention des risques professionnels, consultation médicale, accompagnement des personnes dépendantes dans l'entourage du salarié par exemple.

293. L'offre Vivoptim de MGEN – MGEN de son côté a développé le programme *Vivoptim*. Il s'agit d'un programme de santé personnalisé qui a pour objectif d'améliorer les habitudes de vie des assurés et de préserver durablement leur santé. « *Avec Vivoptim, MGEN s'engage dans une gestion prospective et préventive de la santé, en amont de la maladie. La finalité directe est une amélioration concrète de la qualité de vie et du bien-être des adhérents* Nous sommes également convaincus de

⁹¹³ R. JUSTON MORIVAL, A-S GINON et M. DEL SOL « Réflexions sur les offres à dimension préventive développées par les organismes d'assurance en santé », *Dr. Soc.* 2019, p. 921.

l'impact positif à moyen et long terme en matière de maîtrise des coûts de santé », explique Christophe Lafond, ancien vice-président du groupe MGEN⁹¹⁴. Le programme couvre différents objectifs tels que le poids, le sommeil, l'addiction au tabac. Après une évaluation de l'état de santé et des habitudes de vie de l'assuré des objectifs sont déterminés. Pour permettre de les atteindre, l'assuré bénéficie chaque semaine d'une session de coaching digital pour rester motivé, d'un accès à un forum composé d'une communauté de participants pour poser ses questions et enfin l'application s'apparie avec des objets connectés.

294. Conclusion de section – Le secteur des assurances privées connaît un développement des NTIC et plus particulièrement des objets connectés. Ceux-ci permettent d'obtenir aujourd'hui des quantités importantes de données, notamment de santé, en temps réel. Les assurés disposent de moyens techniques qui leur permettent de suivre de près leur santé et d'agir pour la préserver, par la consultation d'un professionnel de santé ou le changement d'une habitude de vie. Il est désormais connu que le mode de vie d'un individu affecte sa santé. Les objets connectés donnent aux individus un pouvoir d'action sur celle-ci et leur *empowerment* est renforcé par les programmes d'accompagnement personnalisés mis en place par les mutuelles et les organismes privés. La prise de conscience et la maîtrise des individus sur leur santé satisfont les critères de faute et de conscience, fondements de la responsabilité. L'inaction de l'assuré pourrait être identifiée comme une faute. La tentation de transformer la responsabilisation en responsabilité est ravivée par les objets connectés, d'autant plus que certains pays admettent que le comportement des assurés constitue un critère de prise en charge. Le Big Data et l'échange des métadonnées amènent à repenser la frontière entre l'individu et la société. Les innovations technologiques et l'apparition du « sur mesure de masse » ont un impact sur la relation entre l'individu et la société.

⁹¹⁴ MGEN, « MGEN lance Vivoptim, un programme e-santé de gestion du risque cardiovasculaire », Communiqué de presse du 9 novembre 2015.

Section 2 : La réalisation de la revendication

295. Plan – La revendication de la responsabilité dans l’assurance maladie privée connaît déjà la forme d’une modulation tarifaire dans certains pays (§1). La question se pose de savoir si elle pourrait être introduite en France (§2).

§1. La modulation tarifaire

296. Plan – La modulation tarifaire est née aux États-Unis (A) et a été déployée dans certains pays européens (B).

A- Aux États-Unis

297. Plan – Pour comprendre les enjeux de la revendication de la responsabilité dans l’assurance privée, il est nécessaire d’étudier tout d’abord le fonctionnement de cette modulation tarifaire, appelée aussi système « *pay as you live* » ou « *usage-based insurance* » (1) puis les raisons pour lesquelles cette modulation est possible aux États-Unis (2).

1- Le système “*pay as you live*”

298. L’inspiration du système *pay as you drive* – Dans l’assurance automobile a été développé le système « *pay as you drive* »⁹¹⁵ selon lequel le montant de la prime est modulé en fonction du comportement de l’assuré. La majoration de la prime d’assurance est déjà pratiquée annuellement en assurance automobile avec l’application de bonus et de malus. Dans le système d’assurance « *pay as you drive* », la modulation est réalisée mensuellement, non plus selon le nombre de sinistres déclarés, mais selon les données de conduite issues d’objets connectés, qui permettent à l’assureur d’estimer la conduite de l’assuré, prudente et responsable ou non. Ce

⁹¹⁵ M. REDON, « L’assurance santé privée à l’épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 212 et p. 240 ; F. GUIOMARD, « Prévenir et/ou réparer ? La place de la prévention dans le droit de la protection sociale » in M. BORGETTO, A-S GINON, F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 195 ; A-C BONGARD, J. SPERONI, « Big Data et conséquences », *L’argus de l’assurance*, 25 novembre 2016.

nouveau type d'offre assurantielle a été commercialisé par le groupe AXA avec l'offre « *Pay As you Drive* », lancée en 2014 via sa filiale Direct assurance. L'offre repose sur l'installation d'un boîtier connecté sur le véhicule pour enregistrer les données de conduite de l'assuré. Dans le même esprit, l'assureur Allianz a lancé la même année l'offre « Allianz conduite connectée » qui repose sur un système identique : un boîtier connecté au véhicule transférant les informations de conduite à une application Internet⁹¹⁶. Le boîtier analyse la fréquence d'utilisation du véhicule, les kilomètres parcourus et le type de conduite à partir de l'intensité des accélérations et freinages enregistrés lors de la conduite. Avec ces offres, une conduite prudente peut donner une réduction de 30% voire 50% de la prime mensuelle. À l'inverse, l'assuré peut se voir appliquer une majoration allant jusqu'à 10% en cas de conduite jugée imprudente. Aux États-Unis, ce modèle est appliqué en matière d'assurances de personnes et plus particulièrement en matière d'assurance santé.

299. Le système de modulation de l'assurance santé aux États-Unis – Dès les années 1990 sont apparues aux États-Unis des offres assurantielles qui utilisaient un système de bonus et de malus selon le comportement de l'assuré social à l'égard de sa santé⁹¹⁷. La commercialisation de la première assurance santé comportementale date de 1992. Elle fut proposée par le Providence General Medical Center de la Ville d'Everett dans l'État de Washington. Depuis 2006, seule une récompense financière peut être obtenue et non plus un malus. L'assuré peut obtenir une récompense financière, allant jusqu'à 20% de rabais sur le montant total de la prime d'assurance s'il atteint un objectif de santé. La réforme dite Obama adoptée en 2010 a favorisé l'extension de ce type de contrats aux petites entreprises⁹¹⁸. La majorité des contrats collectifs d'entreprise comportent une telle clause et ils sont souvent obligatoires pour le salarié. En cas de refus, celui-ci risque de se faire exclure,

⁹¹⁶ J. RICHIER, « L'assurance de demain, transformation ou bouleversement ? », *Risques – Les cahiers de l'assurance*, 2016, p. 10.

⁹¹⁷ E. CHELLE, « La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ? », *RDSS* 2018, p. 674.

⁹¹⁸ Amendement Safeway adopté dans le cadre de l'Affordable Care Act (ACA) de 2010.

par l'assureur, de l'assurance collective et doit par conséquent s'assurer seul en souscrivant à une assurance individuelle. Le salarié doit aussi craindre la contrainte patronale, car il est permis aux employeurs d'appliquer des pénalités aux employés qui ne souscrivent pas aux programmes de bien-être, allant de 30% à 50% du coût annuel de l'assurance. De manière plus positive, les employeurs peuvent aussi inciter les salariés à participer à ce type de programme et coopérer en communiquant leurs données personnelles, en remplissant des questionnaires de santé ou en respectant d'autres obligations liées aux programmes de bien-être. La valeur de cette incitation peut atteindre jusqu'à 30% du coût de l'assurance santé⁹¹⁹, de sorte que la disproportion des sanctions rend le programme obligatoire et non plus volontaire⁹²⁰.

2- Les raisons d'une possibilité aux États-Unis

Cette tendance, qualifiée de conditionnalité comportementale, a pu être déployée aux États-Unis pour des raisons sociales et juridiques.

300. Raisons sociales – Tout d'abord, l'idéal libéral et individualiste sur lequel repose la société américaine se traduit par un système de protection sociale fondé sur la valeur de l'équité plus que de l'égalité, à l'inverse de la France. Selon l'équité actuarielle, pratiquée aux États-Unis, la justice commande que la tarification soit calquée sur risque individuel. Les personnes en bonne santé n'ont pas à payer injustement une prime disproportionnée à leur risque pour permettre la prise en charge de coûts engendrés par de « mauvais risques », particulièrement lorsqu'ils sont le fruit de pratiques volontaires et négatives des individus, telles que le tabagisme. Le développement d'offres intégrant la prévention permet alors de répondre aux

⁹¹⁹ E. A. BROWN, « Workplace wellness : social injustice », *New-York University Journal of Legislation and Public Policy* 2017, p. 212.

⁹²⁰ Est souligné par M. Redon un paradoxe au sein de la législation américaine qui tend à élargir la couverture maladie tout en permettant la pratique de discrimination dans la prise en charge et tarification. Pour approfondir ce point, v. : M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 212 et p. 354.

préoccupations des employeurs, comme la lutte contre l'absentéisme, la promotion de la qualité de vie au travail et la valorisation de l'image de l'entreprise. L'objectif est de diminuer les coûts de santé et de diminuer l'absentéisme⁹²¹. Le paternalisme sanitaire est justifié par le productivisme⁹²². C'est pourquoi, dans la plupart des grandes entreprises américaines, ces programmes de bien-être ont été intégrés aux contrats collectifs souscrits auprès de l'employeur. Ceci est permis par la faible intervention de l'État américain dans la protection de la santé, en dépit de la réforme dite *Obamacare* qui a cherché à étendre l'assurance santé au plus grand nombre. La protection sociale est majoritairement financée par des fonds privés issus des employeurs et des salariés. Aux USA, en 2018, sur les 65,1% des Américains âgés de moins de 65 ans qui possédaient une couverture privée, 55% l'étaient par le biais de leur emploi, selon les chiffres du Census Bureau de 2018⁹²³.

301. Raisons juridiques – Quelques réglementations fédérales antidiscriminatoires ont été adoptées, mais celles-ci ne sont pas applicables aux programmes de bien-être. En 1996, l'adoption de l'*Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA), qui a vocation à protéger les données personnelles et de santé des citoyens américains, interdit en matière d'assurance santé collective la discrimination fondée sur un facteur de santé. Cette loi limite le champ d'utilisation des données médicales de santé identifiables et protégées d'un individu. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque l'assureur propose des réductions sur la prime des salariés s'ils adoptent un comportement considéré comme vertueux en santé, sous

⁹²¹ E. GHANDAKLY, « Employee wellness programs : a cure for employer health plans ? », *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2008, p. 37. ; E. CHELLE, « La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ? », *RDSS* 2018, p. 674 ; M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 342 et p. 351.

⁹²² Propos de Virginie Fauvel ancienne membre du comité exécutif d'Allianz et ancienne présidente de la commission numérique de l'association française de l'assurance, citée in J. HENNO « Pourquoi les objets connectés font rêver les compagnies d'assurances », *Les Echos*, 3 mars 2015.

⁹²³ Chiffres du Census Bureau cités in M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 349.

réserve que la réduction ne représente pas plus de 30% du coût total de la couverture d'une assurance santé collective.

L'inexistante législation encadrant l'utilisation des données de santé aux États-Unis permet leur exploitation aux fins de modulation tarifaire. Contrairement à l'Europe, les données peuvent être obtenues via des applications et peuvent être commercialisées à différentes fins et au profit de différents destinataires, tels les employeurs ou les assureurs⁹²⁴. De timides mesures de *soft law*, comme le *Privacy Framework* guide édité en 2012 par la Federale Trade Commission, ont tenté d'inciter les entreprises à adopter de meilleures pratiques telles qu'une meilleure information sur les tiers utilisateurs des données. L'EEOC (Equal Employment Opportunity Commission, traduit en français par la Commission américaine pour l'égalité des chances en matière d'emploi) a, quant à lui, recommandé que l'employeur ne prenne pas de décision à l'encontre du salarié sur la base de données collectées.

En 2008, le Genetic Information Non-discrimination Act (GINA) a prohibé toute discrimination en matière d'emploi fondée sur une information génétique et interdit aux employeurs de recueillir des données génétiques individuelles sur leurs salariés. Toutefois, encore une fois, une exception vise le salarié qui accepte des services de santé offerts dans le cadre d'un programme de bien-être souscrit par l'employeur. Enfin, en 2010, la réforme dite *Obamacare* (Affordable Care Act ou ACA) a interdit toute discrimination fondée sur l'état de santé des assurés⁹²⁵, notamment les exclusions pour antécédents médicaux dans les assurances individuelles et de groupe⁹²⁶. L'ACA a interdit de moduler les primes d'assurance en fonction de ces antécédents, mais, une nouvelle fois une exception a été prévue pour l'adhésion à un programme de bien-être. L'ACA renforce la couverture maladie et interdit de tarifier selon l'état de santé de

⁹²⁴ M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 355.

⁹²⁵ P. MORVAN, « La réforme Obama : une nouvelle assurance obligatoire de santé aux États-Unis », *Dr. soc.* 2011, p. 704.

⁹²⁶ T. Rapp, « Obamacare : genèse, bilan, futur », *Politique étrangère*, 2017, n°3, p. 139 ; M. REDON, « Les enjeux juridiques des programmes de bien-être en assurance santé collective aux États-Unis », *Dr. soc.* 2019, p. 928.

l'individu, mais il favorise en même temps, et paradoxalement, le développement des programmes de bien-être en santé⁹²⁷.

B- En Europe

302. *Le programme Vitality* – Le système américain de modulation tarifaire selon le comportement de l'assuré social dans la gestion de sa santé est répliqué en Europe depuis plusieurs années déjà. Proposé depuis les années 2000 par l'entreprise Discovery, le programme Vitality a été commercialisé tout d'abord en Afrique du Sud puis diffusé dans des pays comme l'Australie ou la Chine. En Europe, il a été déployé par le Groupe Generali, en Allemagne en 2016 puis Autriche et en France en 2017⁹²⁸. Additionnelle aux contrats collectifs et facultative, cette offre propose une individualisation à trois étapes. La première étape consiste à remplir un questionnaire en ligne pour établir un bilan de santé. La deuxième étape consiste à installer et synchroniser des objets connectés à l'application Generali. Enfin, des challenges sont adressés aux assurés pour qu'ils prennent soin de leur santé. En contrepartie des efforts de prévention menés, l'assureur leur offre une réduction allant jusqu'à 15% sur le montant de la prime. Ils peuvent aussi échanger les points obtenus contre des réductions dans des hôtels, des bons d'achat dans plusieurs enseignes commerciales⁹²⁹. En France, cette offre ne propose que des chèques-cadeaux utilisables dans des enseignes comme Decathlon, Fnac, ou encore Amazon⁹³⁰, et non à des réductions tarifaires sur la prime d'assurance, car celle-ci est proposée dans le cadre d'une assurance santé collective.

⁹²⁷ Sur l'Obamacare, v. : O. ANDRE, « La couverture maladie aux États-Unis : contribution à l'étude des systèmes de protection sociale », Thèse de droit, Université d'Aix, 2019 ; O. ANDRE, « Que reste-t-il de l'Obamacare ? », *RDSS* 2022, p. 492.

⁹²⁸ E. CHELLE, « La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ? », *RDSS* 2018, p. 674 ; A-S GINON, « Vers un paramétrage économique de l'assurance maladie complémentaire ? », *RDSS* 2017, p. 456 ; « L'individualisation des risques en santé menace-t-elle le pacte social ? », Du grand à moudre, Podcast France Inter par Hervé Gardette, 14 sept. 2016.

⁹²⁹ J. MARIN, « Aux États-Unis, John Hancock mise sur l'assurance santé interactive », *Le Monde* 22 septembre 2018.

⁹³⁰ E. CHELLE, « La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ? », *RDSS* 2018, p. 674 ; « L'individualisation des risques en santé menace-t-elle le pacte social ? », Podcast France culture, *Du Grain à moudre*, 14 septembre 2016 ; <https://www.generalivitality.com/fr>.

Ainsi, l'assureur permet à l'assuré de rembourser sa montre Apple Watch, en collectant des points, valorisés financièrement dans sa cagnotte Generali Vitality, au travers de challenges physiques mensuels. Si l'assuré remplit des objectifs fixés par l'assureur, autrement dit s'il est suffisamment observant des prescriptions comportementales énoncées, il bénéficie d'avantages matériels.

Le lancement de l'offre Generali en France a suscité la crainte de voir les pratiques américaines se développer en France. Alors que les *wellness programs* constituent désormais une donnée incontournable des assurances santé complémentaires privées, la sanction financière de l'assuré qui ne respecterait pas les prescriptions de prévention ou qui ne s'inscrirait pas dans cette démarche serait-elle envisageable en France ?

§2. Une possibilité en France ?

303. Plan – Si, en France, l'hypothèse d'une conditionnalité comportementale dans l'assurance privée peut être source de craintes (A), celles-ci sont rapidement tempérées par les limites législatives actuelles (B).

A- Une source de craintes

304. Craintes nombreuses et de tous horizons – Le développement de l'Offre Vitality accompagnée d'une modulation tarifaire ne constitue pas une chimère. Selon David Belliard : « *La pénalisation des « mauvais » patients semble (...) acceptée par une bonne partie de l'opinion. D'après une étude du cabinet Deloitte réalisée par l'Ifop (Institut français d'opinion publique fondée en 1938) et publiée en avril [...] (2015), 70 % des Français se disent ainsi favorables à la diminution du remboursement des soins pour les fumeurs, les buveurs ou encore les adeptes de sports à risque* »⁹³¹. Cette faveur et ce type d'offre ont suscité de nombreuses craintes et alertes exprimées tant

⁹³¹ D. BELLIARD, « Faut-il punir les « mauvais » malades ? », *Alternatives économiques*, 2015, n° 347, p. 36.

par des personnages politiques, telle l'ancienne ministre de la Santé Marisol Touraine⁹³², que par la doctrine juridique. Parmi les universitaires qui se sont insurgés contre cette offre peuvent notamment être cités les professeurs Didier Tabuteau⁹³³, Marion Del Sol et Anne-Sophie Ginon⁹³⁴. Même le Conseil économique social et environnemental (CESE) s'est prononcé à ce sujet et a exprimé ses craintes « *sur le défi que représente l'hyper-responsabilisation du citoyen amené à autogérer sa santé, auquel s'ajoute celui de l'hyper-individualisation. Avec la médecine prédictive, d'une part, et les outils connectés, d'autre part, la connaissance des risques de santé de l'individu comme de leur suivi tend à progresser, incitant à des politiques plus personnalisées. La révélation de ces risques et les écarts constatés entre individus posent des questions éthiques importantes dans le cadre de la préservation d'une couverture assurantielle solidaire* »⁹³⁵.

305. La solidarité en péril – La première et principale crainte réside dans la transformation de l'assurance maladie privée, qui perdrait sa dimension collective par la mise en avant du facteur individuel comportemental dans la réalisation du risque maladie⁹³⁶. Tous les ingrédients de la responsabilité sont réunis pour effectuer un changement de paradigme. Le comportement de l'individu sur sa santé pourrait être assimilé à une faute, le dommage représenté par les conséquences physiques et financières de la maladie. Les deux éléments seraient unis par un lien de causalité incontestable. Si le système de prise en charge est contesté dans l'assurance maladie obligatoire, comme il a été vu précédemment, le rôle de l'assurance privée complémentaire et la solidarité qui y est associée sont d'autant plus précaires.

⁹³² « Generali : pourquoi l'assurance au comportement fait tiquer Marisol Touraine », *L'argus de l'assurance*, 4 juillet 2016.

⁹³³ « L'individualisation des risques santé menace-t-elle le pacte social ? », Podcast France culture, *Du Grain à moudre* 14 septembre 2016.

⁹³⁴ A-S GINON, « Assurance santé comportementale » : de quoi parle-t-on ? », *Revue des contrats*, 1er juin 2017, p. 31.

⁹³⁵ CESE, rapport « L'impact de la révolution numérique en matière de santé sur l'assurance maladie », p. 5 à 7.

⁹³⁶ M. DEL SOL, « La réglementation en assurance santé collective, une logique vertueuse ? », *L'argus de l'assurance*, 17 mai 2018.

Contrairement à l'assurance maladie obligatoire, l'assurance maladie complémentaire et la prévoyance « *n'[ont] pas pour mission de produire du lien social et de générer de la sécurité collective. La mutualisation y est fondée sur la rentabilité de la prise en charge* »⁹³⁷.

Si l'assurance privée admettait sans limite la modulation tarifaire selon le comportement de l'individu, voire la sanction des individus récalcitrants à intégrer ce programme ou préférant ne pas divulguer leurs données personnelles de santé, les discriminations seraient systématiques. Seraient exclues, sans protection collective accessible financièrement, les personnes présentant un risque élevé. Les individus à risque pourraient se voir proposer des conditions moins favorables, voire se heurter à un refus d'assurance, ce qui se passe déjà aux États-Unis⁹³⁸. Ce phénomène conduirait à évincer du marché de l'assurance les individus les plus malades et les plus nécessiteux⁹³⁹. Finalement, « *Les assureurs privés entretiennent des inégalités en santé sous couvert de défense de la santé publique et de l'intérêt général* »⁹⁴⁰. Cette crainte a été mise en avant par le Conseil national de l'ordre des médecins⁹⁴¹ et le Comité économique et social européen. Serait mise à mal la solidarité qui caractérise les assurances privées et par conséquent la mutualisation des risques qu'elle permet. Serait alors menacé le droit fondamental d'accéder à la santé.

⁹³⁷ P. BATIFOULIER, « Solidarité et primordialité de la santé : Le nouvel esprit de l'assurance santé privée », in M. DEL SOL et P. BATIFOULIER (sous la dir.), *Plus d'assurance santé pour moins de protection ? Le patient face au marché*, Amplitude du droit 2022, p. 299.

⁹³⁸ M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 270.

⁹³⁹ P. BATIFOULIER et V. PAREL, « La prise en charge médicale des personnes précaires : une nécessité économique », in PIERRE-HENRI BRECHAT et alii (sous la dir.), *Innover contre les inégalités de santé*, Presses de l'EHESP « Hors collection », 2012, p. 59.

⁹⁴⁰ P. BATIFOULIER, « Solidarité et primordialité de la santé : le nouvel esprit de l'assurance santé privée », in M. DEL SOL et P. BATIFOULIER (sous la dir.) *Plus d'assurance santé pour moins de protection ? Le patient face au marché*, Amplitude du droit 2022, p. 299.

⁹⁴¹ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS (CNOM), « Livre blanc sur la santé connectée. De la e-santé à la santé connectée », 2015, p. 31 ; Comité économique et social européen, Avis « Impact de la révolution numérique en matière de santé sur l'assurance maladie », 2017, p. 2.

306. *La mutualisation en péril* – Personnaliser la prise en charge des individus au travers d'une tarification individuelle ne présente pas uniquement un danger pour les assurés, mais aussi pour les assureurs, comme l'explique Virginie Fauvel, ancienne membre du comité exécutif d'Allianz, qui a attesté du manque d'intérêt de trop personnaliser la prise en charge assurantielle⁹⁴². Une telle pratique viendrait remettre en cause la mutualisation sur laquelle repose le système économique assurantiel.

Du point de vue des assureurs, une personnalisation de la prise en charge a pour objectif de réduire les risques en promouvant un comportement positif des assurés et, par conséquent, d'attirer les « bons risques » pour obtenir un avantage sur leurs concurrents. Pourtant, n'attirer que les bons risques signifie une baisse du chiffre d'affaires pour les assureurs et donc paradoxalement moins de profits. Les assurés seront moins nombreux, car seraient exclus les « mauvais risques » de l'assurance et donc le montant des primes collectées plus faible. Autre effet pervers : si un risque a été mal évalué, les dommages issus de sa réalisation ne pourront être absorbés par l'ensemble des primes perçues, car la mutualisation consiste à répartir le coût de la réalisation d'un sinistre entre les membres d'un groupe soumis au même risque. Enfin, par cette hyper personnalisation, les « mauvais risques » ne seraient pas mélangés aux « bons risques ». Aucune assurance ne pourrait les prendre en charge, car, faute d'une dilution du risque, le modèle économique ne serait pas viable pour une assurance de personnes. L'hyperpersonnalisation des assurances ne constitue pas uniquement une menace pour les assurés, mais aussi pour le marché assurantiel en lui-même.

307. *La liberté menacée par une moralisation paternaliste* – Souligner et sanctionner le rôle des individus dans la gestion de leur santé constitue une double peine pour les assurés. À la sanction financière s'ajoute l'atteinte à la libre disposition

⁹⁴² M REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 226. Dans le même sens, v. : I. VINGIANO-VIRICEL, « Quel usage de la donnée en assurance ? », *RGDA* 2019, p. 48 ; CNIL, « Le corps, nouvel objet connecté, du *quantified-self* à la *m-santé* : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, p. 37.

du corps de l'individu ainsi qu'une peine morale⁹⁴³. La conditionnalité comportementale constitue une pression morale qui pèse sur les individus. Les personnes n'atteignant pas les objectifs de santé posés par leur assurance, elle peut entraîner un sentiment de dévalorisation⁹⁴⁴. Le nouveau « gouvernement des conduites » repose sur une vision « paternaliste », le décrit le professeur Philippe Batifoulier⁹⁴⁵. Comme toute morale, cette vision s'avère subjective. Sous couvert d'analyse scientifique, elle est en réalité le fruit des choix sociétaux et d'une majorité politique. De plus, cet idéal part d'un postulat erroné selon lequel le risque maladie est une donnée complètement maîtrisable par les individus. Or, comme il a été dit précédemment, la maladie constitue un risque dont l'aléa ne pourra jamais disparaître. Il ne s'agit pas d'une assurance de biens, mais d'une assurance de personnes. Les facteurs génétiques sont héréditaires et inéluctables. L'individu ne peut lutter contre son héritage et ne peut prédire ses manifestations. Certains facteurs peuvent favoriser l'apparition d'une pathologie, mais, à l'inverse, l'adoption d'un comportement sanitaire « optimal » ne garantit pas l'absence de pathologie. Une telle conception éclipse les déterminants sociaux de la santé que l'OMS définit comme « *les circonstances dans lesquelles les individus naissent, grandissent, vivent, travaillent et vieillissent ainsi que les systèmes mis en place pour faire face à la maladie* »⁹⁴⁶. Mariana Lecarpentier et Dominique Lhuillier affirment, dans leur recherche relative aux liens existants entre la précarité, la santé et les soins, que les disparités en santé reflètent des inégalités sociales structurelles qui ne peuvent être effacées malgré la solidarité du système de Sécurité sociale français. En analysant plusieurs études, elles ont montré que « la variable « classe sociale » influe sur une multitude de caractéristiques de l'état

⁹⁴³ V. *supra* n°265.

⁹⁴⁴ A. SPICER et S. BERINATO, « Corporate Wellness Programs Make Us Unwell », *Harvard Business Review*, mai 2015.

⁹⁴⁵ P. BATIFOULIER, « Développer le marché de l'assurance pour le « bien » du patient : les dangers d'un paternalisme marchand », *RDSS* 2019, p. 819.

⁹⁴⁶ OMS, « Comblent le fossé en une génération : instaurer l'équité en santé en agissant sur les déterminants sociaux de la santé », Rapport final de la Commission des Déterminants sociaux de la Santé 2008.

de santé »⁹⁴⁷. En cela, la solidarité et la mutualisation des risques qui la sous-tend sont nécessaires pour assurer à chacun le droit fondamental d'accéder à la santé, peu important ses finances et son milieu social.

308. Une efficacité discutable – Linda Cambon souligne que « *peu d'études analysent l'efficacité de ces objets connectés au regard des stratégies traditionnelles. Peu d'études, aussi, explorent la question de cette efficacité au regard des inégalités sociales que leur usage peut entraîner. En effet, le risque est que la « fracture numérique » entraîne une « fracture sanitaire » entre usagers ayant accès à cette technologie et en faisant usage et les autres* »⁹⁴⁸. Linda Cambon met en avant la fracture numérique qui s'ajoute à la variable sociale qui restreint déjà l'accès à la santé. Ensuite, il est légitime de se demander si la souscription de telles offres n'est pas biaisée lorsqu'il est constaté que 90% des assurés bénéficiant de l'offre Youdrive ont obtenu une réduction de leur assurance⁹⁴⁹. Margaux Redon pose légitimement la question de savoir si Axa n'aurait pas choisi ab initio des conducteurs ayant une conduite déjà considérée comme vertueuse⁹⁵⁰. Enfin, une dernière critique peut être formulée et celle-ci n'est pas des moindres. Il s'agit de la qualité des données récupérées et du traitement effectué sur celles-ci ainsi que leur association entre elles. Ces éléments constituent la base sur laquelle la personnalisation est effectuée. Toutefois, celle-ci est fortement

⁹⁴⁷ M. LE CARPENTIER et D. LHUILIER, « Précarité, santé et soins : une perspective psychosociologique », in P-H. BRECHAT et ALII (sous la dir.), *Innover contre les inégalités de santé*, Presses de l'EHESP « Hors collection », 2012, p. 23 ; H. ASTRE, C. GEORGES-TARRAGANO, F. PIERRU *et al.*, « D'une prise en charge individuelle complexe à une approche globale du soin. Les enjeux sociaux de la santé », in C. GEORGES-TARRAGANO (sous la dir.) *Soigner (l')humain – Manifeste pour un juste soin au juste coût*, Presses de l'EHESP, 2015, p. 55.

⁹⁴⁸ L. CAMBON, « Objets connectés, mobiles, communicants en prévention : dépasser l'outil, penser l'intervention », *Santé publique* 2016, p. 5. Selon l'auteur, les objets connectés « deviennent (...) la clé d'interactions sociales qui accompagnent ou définissent les comportements. Devenus médiateurs sociaux, ces objets permettent alors une forme d'exposition ou de mise en récit de soi qui, dans le domaine de la prévention, peut tourner autour de la performance, la mise en réussite ou en échec d'un comportement, dans une approche à la fois autocentrée et médiatisée ».

⁹⁴⁹ M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 221.

⁹⁵⁰ « L'individualisation des risques en santé menace-t-elle le pacte social ? », Podcast France culture, *Du Grain à moudre*, 14 septembre 2016.

subjective. La massification des données ne permet pas nécessairement de récolter des données qualitatives. De plus, le critère de surveillance choisi n'est pas nécessairement le plus pertinent tout comme la combinaison de données qui en occulte volontairement d'autres qui peuvent toutefois avoir un impact sur la réalisation du risque. Enfin, le maquillage des données par l'utilisateur est aisé.

En conclusion, la modulation tarifaire et l'hyperpersonnalisation de l'assurance maladie ne constituent pas une voie souhaitable pour le système de santé français. Heureusement, la législation française relative à l'assurance santé et la réglementation européenne relative à la protection des données personnelles permettent à l'heure actuelle de déjouer les dangers identifiés.

B- Les limites législatives actuelles

309. Plan – En France, les offres « *pay as you live* » n'existent pas et leur développement est peu probable au regard de la législation en matière d'assurance santé (1) et de la législation protectrice des données personnelles (2).

1- Législation en matière d'assurance santé

310. Plan – La réglementation relative aux assurances santé diffère en fonction du caractère collectif (a) ou individuel (b) du contrat souscrit.

a- Pour les contrats collectifs

311. La protection de la collectivité par la loi Evin – En matière d'assurance santé collective, aucune disposition légale n'interdit aux assureurs de recueillir des informations sur l'état de santé des salariés appartenant à la collectivité de travail en

faveur de laquelle l'entreprise souhaite souscrire une couverture santé⁹⁵¹. À cet effet, ils peuvent notamment recourir à des questionnaires médicaux. Potentiellement, ils peuvent croiser les informations collectées avec des objets connectés ou obtenues auprès d'un hébergeur. Néanmoins, cette possibilité est réduite à peau de chagrin par la loi n°89-1009 dite Evin du 31 décembre 1989 qui érige le collectif en garde-fou contre d'éventuelles discriminations individuelles⁹⁵². « *L'individu est protégé par la logique collective qui irrigue que la loi et le caractère éminemment social des assurances concernées [qui] a paru au législateur devoir prévaloir sur les droits ordinairement reconnus à l'assureur* »⁹⁵³. Les dispositions de cette loi, qui sont d'ordre public, interdisent aux assureurs d'exploiter des données relatives à l'état de santé et d'opérer des discriminations individuelles et cela à tous les stades de l'opération d'assurance⁹⁵⁴.

Au stade de l'accès à l'assurance, l'article 2 de la loi Evin autorise l'assureur à recueillir des données sensibles relatives à l'état de santé, mais ne l'autorise pas à exclure un individu de l'assurance collective en raison de son état de santé dégradé ou de son comportement peu vertueux. Est prohibée la sélection individuelle des assurés salariés dont l'employeur a souscrit un contrat collectif à adhésion obligatoire à leur

⁹⁵¹ L'article 225-2 du Code pénal incrimine les discriminations à raison de l'état de santé, consistant à refuser ou subordonner la fourniture d'un service à une condition fondée sur l'état de santé de la personne. Par dérogation, l'article 225-3 prévoit que l'incrimination ne trouve cependant pas à s'appliquer « *aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture travail ou d'invalidité* ». Dans le domaine de l'assurance santé, les assureurs sont autorisés à s'intéresser et à prendre en compte l'état de santé des candidats à l'assurance ; ils disposent donc en principe d'une liberté de sélection des risques, mais qui est tempéré par la loi Evin.

⁹⁵² M. DEL SOL, « La réglementation française de l'assurance santé à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage », in A. BENSAMOUN, M. BOIZARD et S. TURGIS (*sous la dir.*), *Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation*, Éditions Mare et Martin, 2020, p. 181 ; F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 9^e éd., 2024, p. 641, n°1011 ; R. PELLET, A. SKZRYERBAK, *Droit de la protection sociale*, PUF, 1^{ère} éd., 2017, p. 334 et s ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, DALLOZ, 14^e éd., 2017, p. 908.

⁹⁵³ M. DEL SOL, « La réglementation française de l'assurance santé à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage » in BENSAMOUN, M. BOIZARD et S. TURGIS (*sous la dir.*), *Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation*, Éditions Mare et Martin, 2020, p. 16.

⁹⁵⁴ *Ibidem*.

profit, car la logique est collective⁹⁵⁵. Cet article laisse le choix entre assurer collectivement ou refuser d'assurer tous les salariés.

Au stade de la tarification, le caractère collectif prévaut encore. L'article 6 de la loi Evin interdit aux assureurs de pratiquer une modulation individuelle de la prime en fonction du comportement de l'assuré⁹⁵⁶.

Enfin, au stade de la prise en charge, l'article 2 alinéa 1^{er} de la loi Evin impose aux assureurs de couvrir les suites des états pathologiques antérieurs à la souscription du contrat d'assurance⁹⁵⁷. Dès lors qu'un dispositif ou un acte médical est pris en charge par la Sécurité sociale, l'assurance maladie ne peut refuser sa prise en charge⁹⁵⁸.

b- Pour les contrats individuels

312. Généralités – Les contrats individuels d'assurance maladie ne sont pas régis par les mêmes dispositions que les contrats collectifs. De plus, au sein même des contrats individuels doit être opérée une distinction selon l'opérateur assureur. Sont à distinguer les compagnies d'assurances des mutuelles qui sont soumises à un régime particulier défini par le livre II du Code de la mutualité⁹⁵⁹. Les règles varient aussi selon le stade de vie du contrat d'assurance : l'accès à l'assurance, la tarification et la prise en charge. Seront ainsi étudiées ces trois phases avec à chaque fois une distinction selon l'opérateur économique.

313. Au stade de l'accès à l'assurance – Tout d'abord, au stade de l'accès à l'assurance, les mutuelles sont soumises à l'article L. 110-2 du Code de la mutualité qui dispose que « *les mutuelles ne peuvent en aucun cas recueillir des informations*

⁹⁵⁵ Confirmé par Cass. 2e civ., 3 fev. 2011, n°10-30588. Le recueil de données sert à l'assureur « à faire la pesée des risques, à mesurer la sinistralité du groupe pour décider ou non d'assurer et, si oui, pour fixer le montant de la prime d'assurance ».

⁹⁵⁶ G. DURRY, « La sélection de la clientèle par l'assureur : aspects juridiques », *Risques – Les cahiers de l'assurance*, 2001, p. 65.

⁹⁵⁷ P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 1102, n°1039.

⁹⁵⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017, p. 912.

⁹⁵⁹ Sur la particularité des mutuelles, v. : P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 1122, n°1071.

médicales auprès de leurs membres ou des personnes souhaitant bénéficier d'une couverture ». Par conséquent, les mutuelles ne peuvent refuser d'assurer un individu en raison de son état de santé. À l'inverse, les autres organismes assureurs ne se heurtent à aucune interdiction législative. Ils peuvent recueillir des informations via un questionnaire ou encore par la collecte de données personnelles issues d'objets numériques avec l'accord de l'individu⁹⁶⁰. Dans ce cas, l'assureur peut apprécier le risque individuel et accepter ou refuser d'assurer un individu. La déclaration des risques est ici encore prévue, conformément à l'article L. 113-2 2° du Code des assurances⁹⁶¹. La déclaration des risques est une des obligations fondamentales de l'assuré pour permettre à l'assureur de se former une opinion du risque à couvrir⁹⁶². La déclaration des risques doit correspondre à des réponses exactes à un questionnaire limitatif et précis⁹⁶³. Il revient à l'assureur de poser des questions précises qui, selon son point de vue, sont pertinentes pour apprécier le risque et l'assuré a l'obligation de répondre avec la plus grande sincérité sans pouvoir opposer à l'assureur des protections tirées, par exemple, de la notion de secret médical. Toutefois, cette pratique est résiduelle : moins de 5% des contrats opèrent une sélection médicale à l'entrée⁹⁶⁴. Ont été créés en 2011 les contrats dits « solidaires » qui ne pratiquent ni sélection médicale ni tarification du contrat en fonction de l'état de santé de l'assuré, en échange d'une exonération de la taxe sur les conventions d'assurance⁹⁶⁵. La taxation des contrats solidaires est moins élevée de 7 points par rapport à celle applicable aux autres contrats. Aujourd'hui, on estime que, plus de 95% des contrats sont solidaires.

⁹⁶⁰ Sur le questionnaire v. : *supra* n°278.

⁹⁶¹ J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX (*sous la dir. de J. BIGOT*), *Traité de droit de assurances*, t. 4 – Les assurances de personnes, LGDJ, 2007, p. 560.

⁹⁶² C. ass., art. L. 113-2.

⁹⁶³ Y. LAMBERT-FAUVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14e éd., 2017, p. 283.

⁹⁶⁴ M. DEL SOL, « La réglementation française de l'assurance santé à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage » in BENSAMOUN, M. BOIZARD et S. TURGIS (*sous la dir.*), *Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation*, Éditions Mare et Martin, 2020, p. 171 ; A-S GINON, « Les deux « assurances maladie » ou l'histoire juridique d'une relation fondée sur le « contrat responsable », *Revue des Juristes de Sciences Po* 2021, n°21, p. 85.

⁹⁶⁵ Loi n°2001-1276 du 28 décembre 2001 de finances rectificatives pour 2001, CGI, art. 995, 18° et CSS art. L. 862-4, II – 1°.

314. *Au stade de la tarification* – Au stade de la tarification, les mutuelles sont encore soumises à l'article L. 110-2 du Code de la mutualité qui interdit la modulation des cotisations, sauf en fonction du revenu, de la durée d'appartenance à la mutuelle, du régime de Sécurité sociale d'affiliation, du lieu de résidence ou du nombre d'ayants droit. Les mutuelles ne peuvent fixer les cotisations en fonction de l'état de santé de l'adhérent. À l'inverse, encore une fois, les autres assureurs privés ne se voient pas interdire la modulation tarifaire selon l'état de santé des assurés. Toutefois, le mécanisme incitatif des contrats solidaires joue ici encore.

315. *Au stade de la prise en charge* – Au stade de la prise en charge, les mutuelles sont toujours soumises à l'article L. 110- 2 du Code de la mutualité. Aucun texte n'interdit la modulation des prises en charge pour les autres organismes assureurs. Pour les assurances privées, aucune disposition punitive ou incitative n'est prévue. Toutefois, l'article 6 de la loi Evin, qui s'applique à tous les assureurs, mutualistes ou non, fait peser sur les organismes une obligation viagère de maintien des garanties frais de santé : « *Pour les opérations collectives autres que celles mentionnées à l'article 2 de la présente loi et pour les opérations individuelles et sous réserve du paiement des primes ou cotisations et des sanctions prévues en cas de fausse déclaration, à compter de l'adhésion de l'intéressé ou la souscription du contrat ou de la convention, l'organisme ne peut refuser de maintenir aux intéressés le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident. Les personnes visées sont celles qui sont affiliées au contrat collectif ou d'assurance de groupe ou mentionnées au contrat individuel ou à la convention tant que celles-ci le souhaitent, sans réduction des garanties souscrites, aux conditions tarifaires de la catégorie dont elles relèvent, avec maintien, le cas échéant, de la cotisation ou de la prime pour risque aggravé* ». L'assuré a un droit au maintien, à titre viager, de sa couverture santé individuelle sans réduction des garanties souscrites et aux conditions tarifaires de la catégorie dont il relève. Ce même texte interdit aussi de pratiquer des majorations tarifaires liées à l'évolution de l'état de santé.

316. *De légères brèches à l'impact futur négligeable* – Plusieurs brèches ont été identifiées par le professeur Marion Del Sol dans la législation prohibant les discriminations relatives à l'état de santé des assurés. Toutefois, elles semblent peu probables.

La première réside dans une possible modulation tarifaire par les assureurs et mutuelles selon le critère de la détention et de l'utilisation des objets connectés de santé ou de bien-être par l'assureur. Dans cette hypothèse, ce ne serait pas l'état de santé ou son évolution qui serait déterminant, mais l'usage que l'assuré accepterait a priori de faire de certains objets, tels qu'une montre connectée⁹⁶⁶. Cette pratique reposerait sur le présupposé admis par plusieurs compagnies assurantielles, américaines notamment, selon lesquelles les assurés disposant de ces objets suivraient plus leur état de santé et s'inscriraient dans une démarche de préservation et d'amélioration de celle-ci, réduisant par conséquent les sinistres sanitaires. Or, la détention de ces objets ne signifie pas nécessairement que l'assuré s'inscrit dans une telle. Elle ne garantit pas non plus leur efficacité, surtout si cette utilisation n'est aucunement liée à un suivi médical. Ici encore, l'effort préventif se distingue de l'état de santé des individus.

La deuxième brèche concerne les modalités de prise en charge ou de délivrance des garanties. Selon Marion Del Sol, il y aurait un angle mort législatif. L'assureur ne peut pas exclure une prise en charge en raison de la nature de la pathologie ; néanmoins, aucune contrainte juridique ne pèse sur lui quant aux conditions de prise en charge. Une modulation tarifaire pourrait intervenir ici par laquelle l'assureur mesurerait les efforts préventifs de l'assuré et non les effets sur son état de santé. De manière générale, en droit des assurances de bien, il est de plus en plus fréquent que les assureurs mettent à la charge des assurés certaines mesures de prévention. Si elle affecte l'assurabilité du risque, il faut déterminer si elle porte sur une situation permanente afférente au risque, dans ce cas il s'agit d'une condition de garantie ou si elle vise à priver l'assuré de la

⁹⁶⁶ M. DEL SOL, « La réglementation française de l'assurance santé à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage » in BENSAMOUN, M. BOIZARD et S. TURGIS (*sous la dir.*), *Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation*, Éditions Mare et Martin, 2020, p. 16.

garantie en considération de conditions particulières de réalisation du risque, auquel cas il s'agit d'une exclusion de garantie⁹⁶⁷. Selon le professeur Del Sol, il s'agirait d'une condition contractuelle de garantie, car selon la définition de la Cour de cassation, elle prive l'assuré de la garantie en considération de circonstances particulières et pas d'une circonstance permanente. Dans ce cas, le régime probatoire applicable exige que les circonstances particulières soient prouvées par l'assureur, qui devra donc établir une corrélation entre l'usage des objets connectés et son effet sur la santé. Mais, cette corrélation est incertaine comme il a pu être démontré précédemment. De plus le traitement de ces données est soumis au consentement de l'assuré. Cette entreprise probatoire lourde ne semble pas proportionnée à l'enjeu financier de l'assurance maladie complémentaire qui concerne en majorité de faibles sommes à verser. En revanche, un intérêt pourrait exister en matière de prévoyance lourde.

2- Législation relative aux données personnelles

317. Plan – L'arrivée du numérique en santé et dans le monde des assurances a suscité de nombreuses interrogations au sujet de la protection des données personnelles⁹⁶⁸. La législation encadrant les données personnelles est plus ou moins protectrice. Il existe, des données dites sensibles dont font partie les données de santé

⁹⁶⁷. De manière générale, les clauses d'exclusion de garantie sont licites si elles sont formelles et limitées. Sur la licéité des clauses d'exclusion, v. Y LAMBERT-FAIVRE et L LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e, 2017, p.346, n°469. La jurisprudence étant fournie, sont citées pour exemple, seulement : Civ. 22 avr. 1971, RGAT 1972.60 ; Cass. civ. 2^e, 4 avr. 2024, n°22-22.008. Sur la distinction entre condition de garantie et exclusion de garantie, v. : Y LAMBERT-FAIVRE et L LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017 p. 350, n°476.

⁹⁶⁸ Pour avoir un aperçu global des enjeux soulevés par le numérique en santé, v. : T. PIETTE- COUDOL, *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis 2015; M. BERNELIN, « La médecine connectée : interrogations et renouveau pour le droit international de la santé », *RDSS* 2018, p. 1007 ; P. DESMARAIS, « Quel régime pour la m-Health ? », *Communication Commerce électronique*, 2013, n°3, étude 5 ; Dossier « La protection des données personnelles des individus », *Risques – Les cahiers de l'assurance*, 2017, p. 58 et s ; E. GEFFAY, « Comment concilier protection des données privées, sécurité et innovation », *Risques – Les cahiers de l'assurance*, 2017, p. 61 ; P. LEMOINE, « Big Data, Libertés et assurance », *Risques – Les cahiers de l'assurance*, 2017, p. 688 ; M. BERTRAND, « La protection des données personnelles comme mode de régulation du Big Data en protection sociale complémentaire », *RFAS* 2017, p. 57.

et qui font l'objet d'une protection renforcée en comparaison avec de simples données personnelles. La force de cette protection constitue un rempart explicite à la modulation tarifaire. L'enjeu est de savoir qualifier le type de donnée (a) pour lui appliquer le régime adéquat (b).

a- Notion

318. La notion de données personnelles- Les données personnelles désignent « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ; est réputée être une « personne physique identifiable », une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ». Cette définition, donnée par l'article 4 du RGPD, est sensiblement la même que celle donnée par l'article 2 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et libertés. Les données personnelles qui peuvent être utilisées par l'assureur sont, par exemple, les données d'identification telles que les coordonnées, les données relatives à la situation familiale, à la situation professionnelle, etc.

319. Les données de santé, données sensibles – Parmi ces données, certaines sont dites sensibles, car elles permettent de révéler l'intimité de la vie privée, comme les données de santé. Elles contiennent des informations relatives à l'intimité de la personne et peuvent être attentatoires à sa vie privée : entre de mauvaises mains, elles peuvent être altérées voire transformées et ainsi porter atteinte à la santé des individus⁹⁶⁹. L'article 9 du RGPD définit les données sensibles comme « des informations qui révèlent la prétendue origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale,

⁹⁶⁹ L. CLUZEL-METAYER et A. FRANÇOIS, « La protection des données personnelles à l'épreuve de la télémedecine », *RDSS* 2020, p. 51.

*ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique »*⁹⁷⁰. Les données de santé et génétique constituent donc des données sensibles au sens du RGPD. De manière plus précise encore, l'article 4 du RGPD livre une définition de la donnée de santé qui « *vise toute information relative à l'identification du patient dans le système de soin ou le dispositif utilisé pour collecter et traiter des données de santé, toutes informations obtenues lors d'un contrôle ou d'un examen médical y compris des échantillons biologiques et des données génomiques, toutes informations médicales* ».

320. L'ambivalente qualification de certaines données issues d'objets connectés – L'enjeu est la qualification de certaines données afin de savoir si celles-ci constituent des données personnelles ou, plus encore, des données sensibles qui font l'objet d'un régime de protection renforcée. Les données dites de bien-être issues des objets connectés peuvent être qualifiées de données personnelles, mais certaines d'entre elles peuvent, par leur nature ou leur croisement avec d'autres données ou encore « en raison de leur destination », c'est-à-dire de l'utilisation qui en est faite sur un plan médical⁹⁷¹, révéler des « informations sur l'état de santé » de l'assuré, ce qui les range dans la catégorie des données de santé. De nombreux objets connectés, sites Internet et autres solutions technologiques sont concernés par le cadre légal et réglementaire de la e-santé, dite aussi santé numérique⁹⁷². Selon la qualification de la

⁹⁷⁰ Article 4 du règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

⁹⁷¹ L. CLUZEL-METAYER et A. FRANÇOIS, « La protection des données personnelles à l'épreuve de la télémédecine », *RDSS* 2020, p. 51 ; M. LANNA, La protection des données personnelles à l'épreuve de l'automesure connectée, Thèse de droit, Université Paris II, 2019.

⁹⁷² M. GRIGUER, « Quel cadre légal pour l'e-santé », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2016, prat. 25 ; T. PIETTE-COUDOL, « Les objets connectés, sécurité juridique et technique », *Lexis Nexis*, 2015, p. 77 et s ; E. BROSSET, « Le droit à l'épreuve de la e-santé : quelle « connexion » du droit de l'Union européenne ? », *RDSS* 2016, p. 870.

donnée, le régime sera plus ou moins protecteur de la vie privée et contre des utilisations abusives.

b- Régime

321. *Le régime applicable aux données personnelles* – Auparavant, l'utilisation des données personnelles était encadrée par la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 et la directive européenne n°95/46 du 24 octobre 1995⁹⁷³. Ces normes ont été amendées et complétées par le règlement général sur la protection des données (RGPD), appelé règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 applicable depuis le 25 mai 2018⁹⁷⁴. Le RGPD uniformise les principes de protection des données personnelles au sein de l'Union européenne (afin de parachever le marché intérieur par la construction d'un marché unique numérique) et modifie de façon substantielle l'approche du sujet de la protection des données personnelles, telle que conçue par la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et libertés⁹⁷⁵. La loi informatique et libertés de 1978, modifiée en 2004, imposait un système de déclarations préalables auprès de la CNIL. Mais, avec l'article 5 du RGPD, la logique s'inverse. Le règlement introduit l'innovante notion de *privacy by design*. La conformité aux règles de protection des données personnelles doit exister par et dès la conception du projet⁹⁷⁶. Désormais, les principes de protection des données doivent

⁹⁷³ J. BOSSI, « Comment organiser aujourd'hui en France la protection des données de santé », *RDSS* 2010, p. 208 ; N. WEINBAUM, « Les données personnelles confrontées aux objets connectés », *Communication Commerce électronique* 2014, n°12, étude 22 ; France Assureurs, Guide actualisant les principes inscrits dans le pack de conformité assurance de CNIL, juillet 2021, p. 29 et s.

⁹⁷⁴ La loi du 6 janvier 1978 n'a pas été réellement abrogée, mais plutôt adaptée et mise à jour au regard du RGPD. Sa nouvelle version est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2019. Elle comporte notamment les dispositions relatives aux « marges de manœuvre nationales » autorisées par le RGPD que le législateur a choisi d'exercer ainsi que les mesures de transposition en droit français de la directive « Police-Justice ».

⁹⁷⁵ C. CASTETS-RENARD, « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 331 ; A. BLANDIN, « La composition d'un espace européen autour du régime juridique des données personnelles », in P-A CHARDEL, *Politiques Sécuritaires et surveillance numérique*, CNRS Éditions, p. 139.

⁹⁷⁶ C. ZOLYNSKI, « Le sens des normes « by design » », in M. BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir.), *Les objets connectés*, Actes des journées du 17, 18 et 19 octobre 2017, IRJS Éditions, p. 131.

être intégrés et respectés en amont, en contrepartie de quoi les formalités d'avis ou d'autorisation préalables sont supprimées⁹⁷⁷. De plus, les responsables de traitements des données sont responsabilisés (*accountability*). Ils doivent pouvoir à tout moment prouver que leurs dispositifs de traitement des données personnelles sont bien conformes aux règles établies par les législations européenne et interne. Désormais, chaque acteur doit être en mesure de prouver à tout moment que les traitements qu'il met en œuvre respectent les principes de protection des données personnelles, notamment par la tenue de document pouvant attester de cette conformité⁹⁷⁸.

Pour assurer cette conformité, selon l'article 5 du RGPD, l'assureur doit vérifier⁹⁷⁹ :

- que les données sont traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (principes de licéité, loyauté, transparence) ;
- que les données relatives à la santé ainsi collectées sont traitées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, de manière transparente⁹⁸⁰ ;
- que les données relatives à la santé ainsi collectées sont pertinentes et adéquates et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées ;
- que les données relatives à la santé ainsi collectées sont conservées pendant une période non excessive au regard de la finalité poursuivie ;

⁹⁷⁷ C. ZOLYNSKI, « La Privacy by design appliquée aux Objets Connectés : vers une régulation efficiente du risque informationnel ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 404 ; C. ZOLYNSKI, « Le sens des normes « by design » », in M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les objets connectés », *IRJS* t. 96, p. 131 ; L. MARINO, « Le règlement européen sur la protection des données personnelles : une révolution ! », *JCP S* 2016, p. 628.

⁹⁷⁸ Les articles 33 et 34 du RGPD imposent au responsable de traitement de notifier les failles de protection des données personnelles à l'autorité de contrôle et éventuellement à la personne concernée.

⁹⁷⁹ France Assureurs, « Guide actualisant les principes inscrits dans le pack de conformité assurance de CNIL », juillet 2021, p. 27.

⁹⁸⁰ Dans le secteur de l'assurance, les données peuvent être traitées pour la passation, gestion et l'exécution des contrats d'assurance ou pour la prospection commerciale par les organismes assureurs. La gestion du contrat d'assurance inclut l'élaboration des statistiques et études actuarielles ou encore la mise en place d'actions de prévention par l'assureur. Pour plus de détails sur ce point, v. : France Assureurs, « Guide actualisant les principes inscrits dans le pack de conformité assurance de CNIL », juillet 2021, p. 18 et s.

- que les données relatives à la santé ainsi collectées font l'objet de mesures permettant d'assurer leur confidentialité et sécurité ;
- que les personnes concernées sont clairement informées des caractéristiques du traitement envisagé et qu'elles y ont consenti (sauf exception légales) ;

Selon l'article 6 du même règlement, le traitement n'est licite que si la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel⁹⁸¹, pour une ou plusieurs finalités spécifiques. *« Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie :*

- a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques ;*
- b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;*
- c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ;*
- d) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique ;*
- e) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ;*
- f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant ».*

Le consentement constitue, selon de l'article 4 du RGPD, *« toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée*

⁹⁸¹ Le consentement de l'individu à la collecte de ses données personnelles était déjà nécessaire avant le RGPD, au regard de l'ancienne loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et libertés dans sa version 1978 et mise à jour en 2018 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019).

accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Selon l'article 7, §1 du RGPD, le consentement doit être exprès et nécessite une déclaration ou un acte positif clair. La charge de la preuve de ce consentement incombe au responsable de traitement. Selon l'article 7, §3 du RGPD, la personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment en respectant le parallélisme des formes.

322. Le régime applicable aux données de santé – La qualification de données de santé a pour conséquence d'apporter davantage de limites à leur exploitation⁹⁸². Le droit leur reconnaît un statut particulier et impose le respect de règles ayant pour objectif de garantir leur confidentialité⁹⁸³. Comme l'article 8 de la loi de 1978, l'article 9 I du RGPD interdit, par principe, la collecte, l'utilisation et le traitement des données de santé. Toutefois, le RGPD, même si c'est un règlement européen d'applicabilité directe, donne une marge de manœuvre aux États. Il ne confère pas un droit absolu à la protection des données personnelles, mais opère une mise en balance entre intérêt individuel et d'autres intérêts, notamment de nature économique⁹⁸⁴. Ainsi, l'article 9, II du RGPD énumère plusieurs exceptions. Les deux premières peuvent être mobilisées par les assureurs :

⁹⁸² Il ne sera pas traité ici des données génétiques qui sont qualifiées de données sensibles et qui font l'objet d'une protection renforcée, car l'enjeu du chapitre est de déterminer la possible réalisation ou non d'une responsabilité de l'assuré social selon son comportement à l'égard de sa santé. Les données génétiques, bien que pouvant être utilisées par les assureurs pour réaliser un profilage plus précis, sont inhérentes à un individu bien que son comportement puisse les extrapoler ou non. Elles sont préalables et immuables. Dans tous les cas, il convient de préciser que leur utilisation est prohibée par plusieurs articles, tel que l'article 9 du RGPD, l'article L. 226-28-1 du Code pénal sauf exceptions comme l'hypothèse d'un médecin le requiert à des fins thérapeutiques ou si une enquête judiciaire l'exige. Une limite spécifique est aussi prévue pour les assureurs aux articles L. 1141-1 Code de la santé publique modifié par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, L. 133-1 du Code des assurances modifié par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 et 226-25 du Code pénal modifié par la loi du 6 août 2004. Les assureurs ne peuvent en aucun cas prendre en compte explicitement l'information des tests génétiques, même si elle est fournie de façon volontaire par les assurés.

⁹⁸³ J. BOSSI, « Comment organiser aujourd'hui en France la protection des données de santé », *RDSS* 2010, p. 208.

⁹⁸⁴ M. BERTRAND, « La protection des données personnelles comme mode de régulation du Big Data en protection sociale complémentaire », *RFAS* 2017, p. 54 ; France Assureurs, « Guide actualisant les principes inscrits dans le pack de conformité assurance de CNIL », juillet 2021, p. 36.

« a) la personne concernée a donné son **consentement explicite au traitement** de ces données à caractère personnel **pour une ou plusieurs finalités spécifiques**, sauf lorsque le droit de l'Union ou le droit de l'État membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut pas être levée par la personne concernée ;

b) le traitement est **nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres** au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la Sécurité sociale et de la **protection sociale**, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union, par le droit d'un État membre ou par une convention collective conclue en vertu du droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits fondamentaux et les intérêts de la personne concernée ; ».

La deuxième hypothèse permet d'écarter l'obligation de recueillir le consentement de la personne qui fait l'objet de la donnée collectée. La protection sociale vise ici les contrats de complémentaire santé et les contrats de prévoyance complémentaire⁹⁸⁵. Toutefois, l'utilisation de ces données est limitée dans sa finalité. Il doit s'agir de l'exécution du contrat, ce qui exclut la récolte de données de santé pour opérer une discrimination ou une modulation tarifaire associée au comportement de l'assuré.

La première hypothèse est plus large, car elle permet la collecte et le traitement des données avec le consentement explicite de l'assuré pour une ou plusieurs finalités spécifiques. Toutefois, ces finalités sont limitées par le droit de l'Union. Il ne peut s'agir que de l'exécution du contrat en ce qui concerne la prévoyance individuelle. Cette exception ne peut être utilisée pour opérer une modulation tarifaire dans la mesure où l'utilisation de la donnée ne peut servir qu'à la fourniture d'un service et doit être nécessaire à celui-ci.

Heureusement, les articles 21 et 22 du RGPD instaurent un droit d'opposition au profilage. Ce droit était déjà consacré à l'article 15 de la directive 95/46/CE du 24

⁹⁸⁵ Cette possibilité était déjà admise avant le RGPD. En ce sens, v. : I. de LAMBERTERIE, « La place du consentement dans la collecte et le traitement des informations sensibles. La situation en France » *RGDM* 2004, p. 59.

octobre 1195, mais il prend ici une autre résonance à l'heure du Big Data. L'article 21 consacre un droit d'opposition au traitement des données caractère personnel et au profilage. L'article 22, quant à lui, dispose que « *La personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire* ». Aussi, cette pratique est rendue impossible par les principes généraux de loyauté et de transparence énoncés au considérant 60 du RGPD. L'individu doit être informé de l'opération de traitement des données et de ses finalités⁹⁸⁶. Pourtant, les individus n'ont pas souvent conscience de la valeur de l'information fournie au tiers et consentent trop facilement au recueil des données afin de bénéficier du service proposé par l'opérateur⁹⁸⁷.

323. Conclusion de section – Dans l'assurance privée, la responsabilité de l'assuré du fait de son comportement à l'égard de sa santé prendrait la forme d'une modulation tarifaire. Le montant de la prime serait modulé selon les efforts que réalise l'assuré pour préserver sa santé et éviter la réalisation du risque maladie. Ce système est aussi nommé « *pay as you live* ». Une telle pratique présente plusieurs dangers que sont la discrimination, la démutualisation et l'exclusion de la prise en charge collective. Ceux-ci constituent déjà une réalité aux États-Unis qui autorisent cette pratique assurantielle. L'importation d'un tel modèle en France questionne et alarme, d'autant plus qu'il se répand en Europe avec certaines offres d'assureurs (par exemple, l'offre Generali). Aujourd'hui, les craintes sont toutefois contenues par la législation

⁹⁸⁶ C. ZOLYNSKI, « La privacy by Design appliquée aux objets connectés : Vers une régulation efficiente du risque informationnel ? », *D. IP/IT* 2016, p. 404.

⁹⁸⁷ J. EYNARD, *Les données personnelles : quelle définition pour un régime de protection efficace ?*, Éditions Michalon 2013, p. 142 ; A. GROSJEAN « Le profilage : un défi pour la protection des données à caractère personnel », in A. GROSJEAN (*sous la dir.*), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, éditions Larcier, 2015, p. 309 ; L. MARINO, « To be or not to be connected : ces objets connectés qui nous espionnent », *Recueil Dalloz* 2014, p. 29 ; M. REDON, « L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés », Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 91 et s.

française, protectrice de la logique collective de l'assurance santé et par la législation protectrice des données personnelles de santé, contrairement aux États-Unis⁹⁸⁸.

324. Conclusion de chapitre – La responsabilité dans la prise en charge du risque maladie est revendiquée dans la Sécurité sociale, mais aussi dans l'assurance privée, individuelle ou collective. Dans ce cas, elle ne se fonde pas sur la remise en question de l'État-providence, mais sur la recherche de l'optimisation financière et de la concurrence économique, dans une logique de marché. Cette recherche est rendue réaliste par les objets connectés et l'avènement du Big Data qui permettent de mieux appréhender et d'anticiper le comportement des assurés. Ici, comme pour l'assurance maladie, les éléments constitutifs de la responsabilité pour faute sont réunis. À cela s'ajoutent le renforcement de l'individualisme et la mondialisation. L' 'équité actuarielle en œuvre dans certains pays, comme les États-Unis, aboutit à une modulation tarifaire de l'assurance maladie en fonction du comportement sanitaire de l'assuré. La propagation de cette pratique, notamment en Europe, pose questions et suscite des craintes pour le système français, fondé sur la solidarité. Aujourd'hui, ces craintes sont contenues par la législation française en matière d'assurance maladie et de protection des données personnelles. Toutefois, aucune loi n'est immuable.

⁹⁸⁸ Cette interdiction reste à modérer. Le 23 janvier 2019, un groupe de députés français a déposé une proposition de loi à l'Assemblée Nationale¹ ayant pour objet l'interdiction de tout usage des données personnelles issues des objets connectés dans le secteur des assurances, mais celle-ci n'a pas été adoptée. Proposition de loi n° 1603 du 23 janvier 2019 visant à interdire l'usage des données personnelles collectées par les objets connectés dans le domaine des assurances. V. M. REDON, *L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés*, Thèse de droit, Université de Rennes, 2021, p. 9.

325. Conclusion de Titre – L'introduction de la responsabilité dans la prise en charge du risque maladie fait l'objet de revendications croissantes et concerne aussi bien le système de Sécurité sociale que l'assurance maladie privée. À l'origine de cette revendication se trouvent l'inefficacité de l'État-providence, l'intensification de l'individualisme, la mondialisation et l'apparition de nouvelles technologies médicales ou de bien-être qui ravivent et satisfont les critères de la responsabilité pour faute. La faute constituée d'une mauvaise gestion de sa santé personnelle contribuant à la réalisation du risque maladie peut aujourd'hui être matérialisée et prouvée. Un lien de causalité peut être établi ou, à minima, une contribution peut être identifiée dans la réalisation de ce risque multifactoriel. L'accomplissement de cette revendication ébranlerait les fondements du système de prise en charge du risque maladie, au niveau de base et complémentaire. La logique solidaire et universaliste disparaîtrait et laisserait place aux inégalités sociales, à une détérioration de la santé publique et à une moralisation des modes de vie des individus. Chacune de ces dérives exprime la dimension liberticide de la responsabilité dans la prise en charge du risque maladie. Toutefois, on ne peut ignorer l'émergence d'un désir de responsabilité et les arguments invoqués à son soutien. Un meilleur usage du système de santé et des ressources de la Sécurité sociale est impératif, et le patient-assuré social doit sans conteste y être associé. L'enjeu est de construire une véritable responsabilisation qui constituerait une notion juridique moralisante sans que soient mis en péril le système de Sécurité sociale français ou les droits individuels. Il existe un espoir, celui d'une troisième voie.

TITRE II – Un espoir

326. Plan – Le dévoiement de la responsabilisation en responsabilité ne doit pas conduire à son abandon. Christian Léonard énonce, à juste titre, que « *si choisir de responsabiliser de manière aveugle est inéquitable, ne pas choisir peut l'être tout autant* ». La responsabilisation est nécessaire au système de protection sociale français, et son dévoiement n'est pas inéluctable. L'espoir d'une véritable responsabilisation existe. La réhabilitation de la notion constitue une première étape indispensable (**Chapitre 1^{er}**). Cette notion doit être clairement et légalement définie pour assurer son existence, son autonomie et respecter sa finalité initiale. Ensuite, son existence est conditionnée à l'amélioration du cadre dans lequel celle-ci est déployée, afin qu'elle produise les effets escomptés (**Chapitre 2**).

Chapitre I : Réhabilitation de la notion

327. Plan – La responsabilisation est un néologisme qui, de surcroît, n’a fait l’objet d’aucune définition juridique. Sa construction empirique explique de facto son dévoiement vers la notion de responsabilité, elle-même large et mouvante. Pour éviter tout dévoiement ultérieur, mais aussi permettre à la responsabilisation d’atteindre son objectif initial, la réhabilitation de cette notion est nécessaire. Pour cela, il convient, dans un premier temps, d’assainir la construction empirique de tous éléments de responsabilité (**Section 1**). Dans un second temps, sur des bases saines, il convient de rénover cette notion (**Section 2**). Sa consécration légale permettra d’éclairer sa finalité et les moyens que celle-ci peut et doit emprunter.

Section 1 : Assainir

328. Plan – L’assainissement de la responsabilisation, telle qu’elle a été construite, doit être totale. Elle doit concerner sa finalité (§1) et ses moyens (§2).

§1. Assainissement de la finalité

329. Plan – La double finalité économique et thérapeutique poursuivie (A) est à l’origine d’une possible confusion entre responsabilisation et responsabilité (B).

A- Une double finalité

330. Le constat d’une double finalité poursuivie – Comme démontré précédemment, il y a une réelle confusion entre la responsabilisation et la responsabilité. Cette confusion est la conséquence d’une addition de buts poursuivis par le législateur. La responsabilisation est déployée par l’assurance maladie obligatoire dans la perspective de deux buts : économique et sanitaire. En droit de la Sécurité sociale, le législateur prône, depuis la loi du 13 août 2004, une meilleure allocation des dépenses de santé afin de limiter le déficit de la Sécurité sociale et pour réaliser une meilleure prise en charge des assurés sociaux⁹⁸⁹. Les deux finalités sont ici

⁹⁸⁹ V. *supra* n°49.

poursuivies de concert et sont mises sur un pied d'égalité. En droit de la santé publique, la loi du 9 août 2004 consacre la prévention et la promotion de la santé⁹⁹⁰. Facteur d'amélioration des soins, mais aussi de maîtrise des dépenses de santé, la prévention réconcilie les préoccupations de l'assurance maladie et les politiques de santé publique comme le démontre factuellement la proximité temporelle avec la loi du 13 août 2004. L'analyse des lois fondatrices de la responsabilisation révèle la conception de la morale du législateur, ce qu'il désigne comme le comportement responsable et moralement attendu de l'assuré social. Le comportement moral espéré est celui d'une meilleure allocation des dépenses pour éviter toute dépense inutile. La conception morale est tournée vers le système de Sécurité sociale et ses finances et non vers le besoin des assurés sociaux. L'amélioration de la prise en charge doit servir la finalité financière. L'analyse des mesures de responsabilisation déployées révèle la primauté de la finalité économique.

331. La primauté déguisée de la finalité économique – La responsabilisation mise en œuvre par le législateur s'inscrit dans un mouvement de gouvernance par les nombres nommé *New Public management* (nouvelle gestion publique)⁹⁹¹. Sont étendues à l'administration publique les règles et méthodes de l'entreprise privée, au nom d'une science générale des organisations. Le droit de la Sécurité sociale a été le premier saisi par ce nouveau mode de gestion, comme l'illustrent l'instauration en 1996 de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie (ONDAM) puis la loi organique relative aux lois de finances (LOLF). L'objectif est la performance de l'action publique. « La bataille de la performance, écrivent ainsi MM. Migaud et Carrez dans leur rapport d'information à l'Assemblée nationale, ne sera réellement gagnée qu'après plusieurs années, car c'est d'abord dans les esprits qu'elle a lieu »⁹⁹². « Cette mobilisation des

⁹⁹⁰ V. *supra* n°52.

⁹⁹¹ Une des valeurs cardinales du modèle américain est le culte de la performance. En ce sens, v. : J-M PONTIER, « Préface » in F. BOTTINI (sous la dir.), *Néo-libéralisme et américanisation du droit*, Mare&Martin, 2019, p. 4.

⁹⁹² D. MIGAUD et G. CARREZ, « La performance dans le budget de l'État », Rapport d'information n°1780, Assemblée nationale, juin 2009, p. 7 cité par A. SUPIOT in *La gouvernance par les nombres*, FAYARD 2015, p. 228.

esprits passe par une révolution du langage de l'action publique, désormais tout entière orientée vers la réalisation d'objectifs chiffrés », souligne très justement Alain Supiot⁹⁹³. Pour preuve, la réforme du 13 août 2004 multiplie les références à l'évaluation et la qualité des soins, conformément à la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 qui instaure une logique d'évaluation des dépenses de santé publique⁹⁹⁴.

Les deux voies de la responsabilisation, incitative et éducative, s'inscrivent dans ce mouvement. Tout d'abord, la responsabilisation incitative est indubitablement financière et non éducative. La mise en place d'incitations financières concernant les assurés sociaux et non plus les seuls professionnels de santé, a pour objectif de les faire participer à l'effort national. Comme il a été vu précédemment, l'incitation financière n'est aucunement accompagnée de mesure informatives ou éducatives. Pour preuve, le forfait patient urgence (FPU) oblige l'assuré social à verser un reste à charge lors d'une utilisation jugée abusive des urgences. Cette dissuasion ne fait l'objet d'aucune éducation de l'assuré social. Ensuite, concernant la responsabilisation par voie éducative, l'association de la bonne observance thérapeutique au reste à charge illustre de manière évidente la poursuite d'un objectif économique et non éducatif. Le législateur cherche à responsabiliser les assurés sociaux dans leur usage du système de santé, qui se doit d'être raisonné. L'assuré social n'est pas traité comme un acteur du système de santé, ni comme un citoyen, mais comme un agent économique. « *Dans ces conditions, il peut paraître logique qu'en contrepartie chaque assuré adopte un comportement qui n'accroît pas inutilement la charge qui pèse sur la solidarité collective. Le patient pourrait donc être appelé à faire preuve de responsabilité, s'il entend par ailleurs bénéficier pleinement de l'effort de solidarité fait par la collectivité en faveur de la santé de*

⁹⁹³ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, FAYARD 2015, p. 228 ; Pour aller plus loin, v. : A-S GINON et M. TREPEAU, « L'ONDAM peut-il s'imposer comme un outil de régulation des dépenses d'assurance maladie ? », in B. FAURE (sous la dir.) *Les objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz 2010, p. 115.

⁹⁹⁴ En ce sens : HCSP, Rapport « Objectifs de santé publique, évaluation des objectifs de la loi du 9 août 2004 », avril 2010.

chacun », rappelle l'IGAS⁹⁹⁵. Le législateur espère lutter contre l'aléa moral de l'assuré social, c'est-à-dire contre le risque de comportement insouciant ou imprévoyant de l'individu dans son recours au système de santé, généré par une prise en charge collective et automatique de ses frais de santé. Or, l'appréhension du système de santé sous un angle comptable conduit nécessairement à déployer une responsabilité et non une responsabilisation, car la réalisation d'économies est le but premier et non l'éducation de l'assuré social.

B- Une double finalité source de confusion

332. *Un enchevêtrement des moyens entraîné par un enchevêtrement des buts* – L'optimisation financière est le comportement attendu par le législateur. Pour faire prendre conscience aux individus de la valeur des dépenses de santé, un reste à charge leur est imputé. La voie de la contribution financière est adoptée pour produire chez les assurés sociaux une prise de conscience de la valeur économique des actes et produits de santé pris en charge par l'assurance maladie et, par conséquent, l'implication individuelle de chacun dans la réalisation du déficit collectif. La finalité commutative de la responsabilité est ici reprise, peu important que la sanction soit proportionnelle au dommage généré. La recherche de la compensation pousse le législateur à utiliser la contrainte de la responsabilité, tandis que la responsabilisation cherche à éduquer. La poursuite de la finalité économique entraîne l'utilisation des mécanismes de la responsabilité, adaptés aux spécificités de la Sécurité sociale. La responsabilisation qui a été construite mêle responsabilisation et responsabilité comme elle mêle finalités morale et économique. S'il est certain que la responsabilité peut être responsabilisante, la responsabilisation n'est pas synonyme de responsabilité. Pour éviter toute confusion ultérieure entre responsabilité et responsabilisation au sein de la protection sociale, il convient de bien distinguer la poursuite d'un objectif économique qui

⁹⁹⁵ D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 247.

ne peut emprunter que la voie de la responsabilité, d'un objectif éducatif qui doit emprunter la seule voie de la responsabilisation. À chaque finalité doit correspondre son propre moyen.

333. À chaque finalité son moyen – La voie de la responsabilité doit être cantonnée à l'objectif économique. La responsabilité est nécessaire au bon fonctionnement du système d'assurance maladie. C'est pourquoi elle existe déjà pour les fautes structurelles que sont la faute intentionnelle et la faute inexcusable de l'assuré. Existe aussi une faute de nature éclectique, à coloration administrative, avec pour rôle d'assurer le bon usage des ressources de l'assurance maladie afin d'éviter les abus et les fraudes. Ce type de faute vient notamment sanctionner des fautes afférentes à l'ouverture du droit aux prestations, les fautes afférentes aux formalités administratives, aux formalités médicales et aux prescriptions médicales, conditionnant le bénéfice des prestations sociales⁹⁹⁶. Utile, elle doit demeurer, mais rester cantonnée à cette fonction sous peine de détruire le système de Sécurité sociale. Doit être abandonné l'idée de poursuivre un objectif économique par voie de responsabilisation dans l'assurance maladie. La maîtrise des dépenses de santé et du déficit doit constituer une conséquence de la responsabilisation et non son objectif.

La responsabilisation doit être mobilisée pour la seule poursuite de l'objectif moral. L'objectif de la responsabilisation est et doit rester, sans conteste, la mise en mesure de l'assuré social d'effectuer des choix éclairés tant pour la gestion de sa santé que dans le recours au système de santé. La responsabilisation doit constituer un nouvel outil, supplémentaire, un nouvel atout pour le système de santé afin de répondre aux défis de l'assurance maladie et de l'État-providence que sont : la lutte contre les inégalités sociales en santé, la transition épidémiologique, l'allongement de l'espérance de vie, le démantèlement de la solidarité, le développement de l'individualisme, du libéralisme et le manque d'efficacité du système de santé. L'assurance maladie et les principes de solidarité et d'universalité sur lesquels elle repose ont encore un sens et une raison d'être. À juste titre, le Conseil national du numérique affirme : « *Nous devons réaffirmer notre engagement fort en faveur de*

⁹⁹⁶ V. *supra* n°118.

l'empowerment des citoyens plutôt que l'autonomisation « subie », le renouvellement de la solidarité plutôt que la montée des inégalités sociales et la démutualisation du risque, l'innovation ouverte et agile plutôt que le conservatisme sectoriel »⁹⁹⁷. Le conseil affirme indirectement que la responsabilisation constitue la voie à emprunter pour repenser le système de Sécurité sociale, car celle-ci se préoccupe d'un besoin tandis que la responsabilité se préoccupe d'une faute, d'un manquement.

L'assainissement ayant été opéré, dans un premier temps, sur les finalités immiscibles et respectives de la responsabilisation et de la responsabilité, la même démarche doit être opérée, dans un second temps, sur les moyens à mobiliser pour chacune.

§2. Assainissement des moyens

334. Plan – L'assainissement doit être aussi opéré quant aux moyens pouvant être mobilisés pour chaque finalité. Dans la mesure où les moyens actuellement déployés au titre de la responsabilisation ont déjà été analysés et critiqués dans la première partie, démontrant leur dérive vers la responsabilité, l'analyse de ce paragraphe se concentrera sur les outils qui ont pu être avancés par la doctrine pour repenser ou développer la responsabilisation. Parmi ces propositions, certaines entretiennent la confusion des buts et des moyens. Seront étudiés les moyens à écarter pour la finalité morale (A), mais aussi les moyens à envisager pour répondre à la finalité économique qui ne peut être décentement occultée face à l'indéniable préoccupation suscitée par le déficit de l'assurance maladie (B).

⁹⁹⁷ CNNum, Rapport « La santé, bien commun de la société numérique », octobre 2015, p. 2.

A- Les moyens à écarter pour la finalité morale

335. Plan – Plusieurs outils ont déjà été envisagés par la doctrine auxquels cette étude ne souscrit pas. Il s'agit d'une modulation du reste à charge en cas de refus de l'assuré social de s'inscrire dans une démarche d'éducation thérapeutique (A), et de la taxe comportementale (B).

1- Un reste à charge appliqué en cas de réticence à l'éducation thérapeutique

336. La proposition – Gilles Huteau a émis l'hypothèse d'instaurer un RAC pour inciter les individus à s'inscrire dans une démarche d'éducation thérapeutique⁹⁹⁸. « *Il est possible d'imaginer une augmentation du RAC si l'individu est récalcitrant à l'éducation thérapeutique* ». La participation à un programme d'ETP ne serait pas la condition du remboursement des biens médicaux et soins. Le RAC porterait sur la récalcitrance de l'individu à l'ETP elle-même. Cette hypothèse était déjà évoquée par le HCAAM dans son rapport de 2004 : « *Il convient aussi de réfléchir à de nouvelles formes de « ticket modérateur » pour développer au sein du système des incitations à une meilleure utilisation de l'offre de soins pour une meilleure utilisation des fonds collectifs* ».

337. Le refus de la proposition – Plusieurs arguments conduisent à rejeter cette proposition. Tout d'abord, toute forme de reste à charge doit être écartée. Comme cela a été dit, peu important le poids de cette contribution financière, il s'agit par nature d'une sanction, car d'une somme dont l'assuré social doit s'acquitter en raison d'une conduite jugée fautive par le législateur⁹⁹⁹. Ensuite et surtout, le reste à charge viendrait ici sanctionner une obligation nouvelle, différente de l'obligation de nature administrative et médicale déjà admise dans le système de santé. L'éducation

⁹⁹⁸ G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

⁹⁹⁹ V. *supra* n°162.

thérapeutique ne s'inscrit pas dans un objectif de meilleure administration de la Sécurité sociale. Elle s'inscrit encore moins dans la finalité économique qui doit être la seule poursuivie par la responsabilité dans l'assurance maladie. Enfin, si cette proposition a été évoquée par le HCAAM, la HAS n'y est pas favorable. À juste titre, elle souligne la difficile mise en œuvre d'un tel dispositif ¹⁰⁰⁰. Cette difficulté s'illustre déjà avec le protocole ALD qui a remplacé l'ordonnancier bizonne. L'objectif est d'impliquer activement l'assuré social dans sa prise en charge thérapeutique. L'idée serait ici d'inscrire l'éducation thérapeutique dans la liste des actions à effectuer pour bénéficier d'une prise en charge complète. Toutefois, le protocole ALD est déjà critiqué pour ne pas englober la grande diversité des situations individuelles et leur évolution dans le temps. Aussi, la création du protocole ALD a pour finalité première de réduire le reste à charge des personnes atteintes de maladies chroniques. « *Le coût particulièrement élevé des soins constitue la principale justification d'admission en ALD pour les affections hors listes, dès lors que le traitement excède six mois continus* »¹⁰⁰¹. Instaurer un RAC pour contraindre l'assuré social à l'éducation thérapeutique contreviendrait à l'objectif de ce protocole. Enfin, des craintes concernant la possible inconstitutionnalité du protocole ALD doivent être formulées. Seules les prestations en espèces peuvent être suspendues en cas de non-respect du protocole ALD ou les prestations en nature peuvent-elles être concernées ? Si le protocole ALD englobait la prescription d'éducation thérapeutique, les prestations en nature seraient-elles suspendues en cas de non-suivi d'une telle formation ? L'éducation thérapeutique serait alors transformée en condition de prise en charge. La faute afférente aux prescriptions médicales est déjà admise dans le système d'assurance maladie. Mais, ses effets sont limités aux prestations en espèces. Les prestations en nature ne peuvent être remboursées partiellement au titre du non-respect d'une prescription médicale.

¹⁰⁰⁰ HAS, « La prise en charge et la protection sociale des personnes atteintes de maladie chronique », coll. « Avis et rapports », La documentation française, 2009, p. 32.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 31.

2- La taxe comportementale

338. Définition et intérêts de la taxe comportementale – Parce qu’agir sur le levier des cotisations eu égard au comportement est impossible, Gilles Huteau soulève dans sa thèse l’hypothèse des taxes comportementales. L’expression taxe comportementale désigne un prélèvement obligatoire ayant un impact sur le comportement de l’entreprise ou du particulier assujetti. Il s’agit d’un prélèvement fiscal incitant le contribuable à se comporter en conformité avec des objectifs d’intérêt général¹⁰⁰². Le Haut conseil du financement de la protection sociale propose de définir « les prélèvements à visée comportementale » comme « les mesures fiscales et sociales dont l’objectif est de limiter une consommation ou une pratique abusive représentant un risque pour la société »¹⁰⁰³. Cette solution aurait pour avantage de s’inscrire dans la finalité de la protection sociale qui est la protection de la santé humaine, sans rompre l’égalité devant les charges publiques. Elle aurait une fonction de prévention collective. Selon le rapport annuel de la Cour des comptes rendu en 2001 sur les finances de la Sécurité sociale, les taxes comportementales poursuivent trois objectifs. Le premier est financier. Ensuite, elles permettent d’internaliser le risque et remplissent une fonction de prévention, d’évitement¹⁰⁰⁴. Il convient d’ajouter que celles-ci ne sont pas réactives à un comportement jugé néfaste, mais se situent en amont. Dès le XIX^e siècle, la doctrine a estimé que certaines taxes étaient admises, car reposant sur des produits dommageables pour la santé publique. Félix Esquirou de Parieu déclarait que « l’impôt sur l’eau-de-vie présente un de ces exemples assez rares dans lesquels l’établissement des taxes peut être éclairé et dirigé par une pensée morale autre que celle de la justice de la réparation de la charge »¹⁰⁰⁵. C’est à ce titre

¹⁰⁰² A-C DUFOUR, « L’empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055.

¹⁰⁰³ Haut Conseil du Financement de la protection sociale, « Rapport d’étape sur la clarification et la diversification du financement des régimes de protection sociale », 7 juin 2013, p. 104.

¹⁰⁰⁴ G. HUTEAU, *La responsabilité de l’assuré social dans l’assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 144.

¹⁰⁰⁵ A-C DUFOUR, « L’empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055.

que les premières taxes ont été créées par le plan Bérégovoy¹⁰⁰⁶, sur l'alcool et le tabac. Ministre des Affaires sociales, il avait déclaré lors des débats précédant l'adoption de la loi : *« à partir du moment où l'on considère que l'usage immodéré est une cause des maladies dont on a parlé, avec des conséquences néfastes pour la santé, il convient de se demander (...) si ceux qui usent de manière excessive de l'alcool ou du tabac, nuisant à leur santé et, parfois aussi, par les accidents de la route, à la collectivité tout entière, n'ont pas le devoir de contribuer, d'une manière modeste, au financement des dépenses ainsi engendrées »*¹⁰⁰⁷.

339. Les exemples de taxes comportementales existantes – L'idée est ancienne et remonte au XIX^e siècle, avant d'être étendue au XXI^e siècle à d'autres produits jugés nocifs, notamment alimentaires.

Le premier exemple concerne le tabac qui constitue la première cause de mortalité évitable en France. Près de 29% de la population française fumait quotidiennement en 2017 ; ont été dénombrés environ 73 000 décès à la suite de cancers, de maladies cardiovasculaires, d'insuffisances respiratoires ou de maladies infectieuses dues à la consommation de tabac. Le tabac constitue une des premières causes de décès en France¹⁰⁰⁸. Le prix du paquet est fixé librement par les fabricants, mais l'État peut inciter à une augmentation des prix en majorant les accises pesant sur les produits de tabac. Le droit d'accise est un impôt indirect perçu sur la consommation ou le seul commerce de certains produits, en particulier le tabac, l'alcool et ses dérivés. Dès 1983, le plan Bérégovoy crée une taxe sur le tabac et une taxe sur l'alcool¹⁰⁰⁹. De 2004 à 2010, une quasi-stabilisation des prix et de la consommation du tabac en France est à noter. Toutefois, le développement de la prévention conduit à une augmentation de la fiscalité conduisant à une augmentation des tarifs de 6% au 1^{er} octobre 2012 et 4,5%

¹⁰⁰⁶ Art. 26 de la loi n°83-25 du 19 janvier 1983, JORF n°0016 du 20 janvier 1983.

¹⁰⁰⁷ Séance du 18 oct. 1982 relative à la loi n° 83-25 du 19 janvier 1983 portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale, dite loi Bérégovoy.

¹⁰⁰⁸ A-C DUFOUR, « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055 ; « Programme national de lutte contre le tabac 2023-2027 », p. 4. in <https://sante.gouv.fr>.

¹⁰⁰⁹ Art. 26 de la loi n°83-25 du 19 janvier 1983, JORF n°0016 du 20 janvier 1983. ; G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 145.

au 1^{er} juillet 2013 et de 3% au 1^{er} janvier 2014. Les ventes de tabac ont drastiquement diminué, mais pas autant qu'espéré en raison du caractère progressif de la hausse des prix¹⁰¹⁰. L'augmentation des prix doit être significative pour avoir un effet sur la consommation, comme le rappelle la Cour des comptes dans son rapport public annuel de février 2016¹⁰¹¹. Une augmentation sensible de la fiscalité a alors été décidée par la LFSS pour 2018. Depuis le 1^{er} mars 2018, le prix moyen du paquet de cigarettes dépasse les 8€ et depuis le 1^{er} janvier 2024, la barre des 12 € pour un paquet de cigarettes a été franchie.

Ensuite, doit être mentionnée la fiscalité sur les alcools et spiritueux, instituée dès le XIX^e siècle. Après une augmentation des taxes en 2012, on a pu noter une baisse sensible de la consommation de spiritueux (4% dans la grande distribution). Toutefois cette hausse ne concerne pas tous les alcools et un fort lobbying freine une augmentation sensible des accises pourtant recommandée par la Cour des comptes¹⁰¹². Enfin, de nouvelles taxes ont été instituées, notamment en 2012, sur les boissons non alcoolisées contenant des sucres ajoutés¹⁰¹³. Jusqu'en 2018, cette taxe s'appliquait uniformément à un taux de 7,53€ par hectolitre quelle que soit la quantité de sucres ajoutée contenue dans la boisson. Ce barème n'incitait pas les fabricants à revoir la formulation de leurs boissons. En 2018, la taxe est devenue fonction du taux de sucres ajoutés. Dans le même sens, la loi de finances pour 2012 a prévu une contribution sur les boissons non alcoolisées contenant des édulcorants de synthèse. À la suite des critiques de la mission d'évaluation de contrôle de la Sécurité sociale au Sénat, qui dénonça le fait de mettre sur un pied d'égalité ces boissons avec les boissons alcoolisées et empêcher le recours aux produits substituables, la LFSS pour 2018 a réduit la taxation des boissons édulcorées de 7,53€ par hL à 3€ par hL. En 2018 était débattue

¹⁰¹⁰ Il convient d'ajouter que l'utilité de la hausse de la fiscalité sur de tels produits est fortement réduit sans campagnes de prévention et éducatives.

¹⁰¹¹ COUR DES COMPTES, « Rapport public annuel », févr. 2016, p. 342.

¹⁰¹² R. VINCENT, « L'État et les alcools : du service public à la police », *RFDA* 2023, p. 743.

¹⁰¹³ CGI, art. L. 1613 *ter* ; Projet de loi de finances pour 2012 n°3775 du 28 septembre 2011, exposé des motifs.

l'existence d'une taxe portant sur les plats préparés jugés trop salés¹⁰¹⁴, mais celle-ci n'a finalement pas été adoptée.

340. Limites de la taxe comportementale – Si la taxe comportementale n'est pas assimilable à une sanction, elle ne peut pas être utilisée au titre de la responsabilisation pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les taxes instaurent une prise en charge collective et non individuelle¹⁰¹⁵. La charge financière est reportée sur le fabricant puis sur le consommateur au travers du prix d'achat. L'intérêt des taxes comportementales est qu'elles diluent la charge de la répartition, à l'image d'un impôt. Ensuite, la difficulté est de connaître précisément les coûts sanitaires engendrés par la consommation d'un produit jugé néfaste. Par exemple, la CNAMTS estime que la consommation de tabac pèse à hauteur de 12 milliards d'euros sur l'assurance maladie alors qu'une autre étude chiffre à 26 milliards d'euros les dépenses de l'assurance maladie liées au tabac. Il est difficile d'établir précisément le périmètre des dépenses liées au tabac. Faut-il y inclure l'ensemble des pathologies pour lesquelles le tabac est un facteur avéré, y compris secondaires ? Enfin, les taxes servent surtout de variable d'ajustement pour équilibrer les régimes, car les taxes sont réparties entre les différentes branches de Sécurité sociale sans grande cohérence. Un rapport de la mission d'évaluation et de contrôle de la Sécurité sociale pour 2008 proposait d'abandonner l'expression de « fiscalité comportementale » pour lui substituer celle de « contribution de santé publique » afin d'afficher un lien clair et assumé entre la contribution assise sur le produit concerné et le coût sanitaire et financier susceptible d'être lié à la consommation¹⁰¹⁶. En 2018, le montant total des taxes affectées à la

¹⁰¹⁴ Y. DAUDIGNY et C. DEROCHE, « Fiscalité et santé publique : état des lieux des taxes comportementales » Rapport d'information n°300, Sénat, février 2014.

¹⁰¹⁵ A-C DUFOUR, « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055.

¹⁰¹⁶ *Ibidem*.

Sécurité sociale est évalué à 17mds soit 3,4% des recettes de la Sécurité sociale¹⁰¹⁷. Cependant, ces taxes ne peuvent pas être affectées à un risque particulier ni même à la prise en charge ou au développement de campagnes de prévention ciblées en raison du principe d'universalité budgétaire. Les taxes comportementales, qui font partie des taxes dites affectées, servent de variables d'ajustement pour équilibrer des branches ou des régimes. Elles poursuivent encore une fois un objectif économique et non éducatif.

B- Les moyens à envisager pour la finalité économique

341. Plan – Pour répondre à l'inquiétude suscitée par la dette sociale, la présente étude préconise que ne soit pas empruntée la voie de la responsabilisation, mais celle des moyens financiers (1) et éducatifs (2), déjà suggérée par la doctrine.

1- Moyens financiers

342. Modulation des prestations en fonction des revenus – A été émise l'idée d'une modulation des prestations selon le revenu de l'assuré social. *« Il n'est pas certain que le remboursement des médicaments et des soins doive demeurer identique quels que soient les moyens du bénéficiaire. Votre rapporteur général estime qu'une remise en cause de ce principe est inéluctable. Il reste à définir des seuils raisonnables et à garantir aux classes moyennes et supérieures un système de financement des régimes sociaux qui ne les pénalise pas une nouvelle fois. C'est pourquoi il est attaché au maintien de la proportionnalité (et à la déductibilité) de la contribution sociale généralisée, laquelle a, dans son esprit, vocation à fusionner avec l'actuel impôt sur le revenu, appelé à devenir la part progressive d'un nouvel impôt, plus large et plus simple, sur la personne et le foyer fiscal. Sur le plan technique, c'est sans doute par*

¹⁰¹⁷ Ce chiffre est tiré de l'annexe 6 au PLFSS 2019, « Évolution des périmètres d'intervention entre l'État, la sécurité sociale et les autres collectivités publiques ». Toutefois il convient de relativiser cette donnée, car à l'exception des droits de consommation sur les tabacs (11, 842 milliards d'euros) et du droit de la consommation sur les alcools (2,221 milliards d'euros) chaque taxe comportementale ne rapporte que quelques centaines de millions d'euros. En ce sens, v. : A-C DUFOUR, « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055.

une modulation des tickets modérateurs (ou du reste à charge), selon les catégories de revenus, que cette évolution sera la plus acceptable »¹⁰¹⁸. Les dépenses de Sécurité sociale relevant de la solidarité nationale et devant être assumées par tous les ménages, il serait sans doute plus juste que la participation soit fonction de leur capacité contributive, écrit Jean-Jacques Dupeyroux¹⁰¹⁹. Cette perspective permettrait de réduire les dépenses de Sécurité sociale et donc le déficit de la Sécurité sociale, tout en permettant de préserver le droit fondamental d'accès à la santé. Il pourrait cependant être objecté une remise en question du principe de solidarité nationale, alimentant les revendications néo-libérales.

343. Modulation du RAC selon les revenus – Si l'on se montre ici peu favorable aux restes à charge, par pragmatisme, leur suppression totale n'est pas envisageable. La tendance est davantage à leur développement, comme l'illustre l'apparition du FPU. Dans cette perspective, il est préconisé de faire cohabiter RAC et préservation de l'accès aux soins. Dans certains pays, comme en Belgique ou en Allemagne, il n'est pas fixé une valeur absolue du reste à charge, mais un taux d'effort maximal demandé aux ménages en fonction de leurs revenus¹⁰²⁰. Il s'agirait bien d'une responsabilité mais admise dans le système de Sécurité sociale, car poursuivant son bon usage dans une finalité économique. Surtout, de manière certaine, la contrainte financière ne serait pas substantielle, comme l'exige le Conseil constitutionnel dans le contrôle de proportionnalité qu'il opère à l'égard des restes à charge instaurés.

¹⁰¹⁸ P. MARINI, « Un cap clair et réaliste pour le reflux de la dette publique », Rapport d'information, Doc. Commission des finances du Sénat, 21 juin 2006 n°411, p. 93.

¹⁰¹⁹ J-J DUPEYROUX, « 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Dr. soc.* 1995, p. 713.

¹⁰²⁰ HCAAM, Rapport de juillet 2017 p. 105.

2- Moyens éducatifs

344. *Éduquer au système de protection sociale et sa préservation* – Dans la poursuite de l’objectif économique, une véritable éducation citoyenne doit être réalisée. Léon Bourgeois préconisait déjà à son époque la délivrance d’une éducation sur les droits et devoirs de chaque citoyen. Chacun doit être sensibilisé à la solidarité, la justice sociale et à une mutualisation la plus ample possible des risques¹⁰²¹. L’objectif est de mettre les hommes dans un état de conscience nouveau afin qu’ils reconnaissent leur dette sociale et que, résolus à l’acquitter en associés loyaux, « *ils entreprennent non pas d’établir la dépendance impossible du droit et de l’avoir, tête par tête, mais de faire masse des risques et des charges de l’État social* »¹⁰²². Pour préserver cette solidarité, l’éducation citoyenne doit aussi sensibiliser à l’existence de la dette et au meilleur usage du système de santé possible afin de lutter contre les utilisations superfétatoires. Une telle éducation n’est pourtant toujours pas délivrée dans le parcours scolaire des individus. L’aspect éducatif doit nécessairement accompagner toute mesure financière sous peine de ne constituer qu’une mesure comptable sans aucun impact social. De manière plus spécifique, les assurés sociaux et patients ont un besoin d’information claire et loyale sur ce qui reste à leur charge. Le risque d’inégalité dans l’accès aux soins doit être anticipé et cela passe par l’information¹⁰²³.

345. *Conclusion de section* – Le dévoiement de la responsabilisation en responsabilité est le fruit d’une construction empirique, d’une construction de faits sans avoir été conçue théoriquement au préalable. L’absence de définition théorique préalable est à l’origine d’une confusion des objectifs et moyens attribués

¹⁰²¹ S. AUDIER, *Léon Bourgeois – Fonder la solidarité*, Éditions Michalon, Le bien commun, 2007, p. 38 et p. 44.

¹⁰²² L. BOURGEOIS, *Essai d’une philosophie de la solidarité*, (Préface A. Croiset), Paris, Alcan, 1900, p. 81.

¹⁰²³ M-L MOQUET-ANGER, « Santé et restes à charge », in Dossier « Santé et restes à Charges », RDSS 2017, p. 5 ; Haut Conseil du financement de la protection sociale (HCFIPS), Rapport « Pour des finances sociales soutenables adaptées à de nouveaux défis », t. 1, janv. 2022. p. 217 ; G. HUTEAU, « La responsabilité collective vis-à-vis de la dette sociale : l’échec et le défi », *Dr. soc.* 2022, p. 628.

respectivement à ces deux notions. Pour que la responsabilisation puisse constituer une notion autonome et qu'elle déploie pleinement les effets attendus, un assainissement conceptuel doit être opéré dans la loi. Les finalités et les moyens aujourd'hui employés au nom de la responsabilité doivent être expurgés de toute référence à la responsabilité. La finalité économique et la recherche d'une réduction des dépenses de santé ne peuvent constituer l'objectif de la responsabilisation, mais uniquement celui de la responsabilité. Le recours à la sanction, quelle que soit son importance quantitative, ne peut qu'être assimilé à la responsabilité. Une fois cet assainissement opéré, la responsabilisation pourra être bâtie en tant que notion à part entière et conformément à sa finalité première qui est morale.

Section 2 : Rénover

346. Plan – Après avoir été assainie, la responsabilisation doit être renouvelée, réhabilitée. Dans un premier temps, la rénovation doit s'atteler à la notion, qui doit être rigoureusement définie (A). Dans un deuxième temps, la rénovation doit porter sur les moyens employés pour responsabiliser les individus (B).

§1. Rénovation de la notion

347. Plan – Pour rénover la notion de responsabilisation, dans un premier temps, celle-ci doit être consacrée légalement dans sa finalité morale (A). Dans un second temps, afin de raviver cette finalité éducative, la théorie du *care* peut être mobilisée afin d'appréhender la responsabilisation sous un nouveau prisme (B).

A- Consécration législative de la finalité morale

348. Consécration législative du but de la responsabilisation – Pour que la responsabilisation produise tous ses effets dans le système de santé, elle doit constituer un outil juridique propre et distinct de la responsabilité. La finalité morale de la responsabilisation doit être clairement établie. Sa consécration juridique est inéluctable. Il convient de revenir sur ses origines. Comme cela a été vu en introduction, le terme responsabilisation constitue une transposition française du terme anglais *responsible*. Il signifie « sérieux, réfléchi ». Le terme *responsible* a été utilisé pour la première fois par le droit constitutionnel anglais au XVIII^e siècle pour désigner

l'obligation pour les ministres de quitter le gouvernement lorsque le corps législatif leur retirait sa confiance¹⁰²⁴. La responsabilisation désigne le processus par lequel les individus doivent être mis en mesure d'opérer des choix conscients et éclairés dont ils assumeront les conséquences. Il ne s'agit jamais de conséquences économiques. Elle « s'entend à la fois comme l'action de rendre quelqu'un responsable ou de le rendre davantage responsable et, plus couramment, comme le fait de faire peser moralement une responsabilité »¹⁰²⁵. La responsabilisation est un processus moral, non indemnitaire¹⁰²⁶, qui tend à orienter le comportement des individus en agissant sur leur conscience. « *L'autorité contraint à l'obéissance, mais la raison y persuade* », énonçait le Cardinal Richelieu dans les maximes d'État¹⁰²⁷. Ici réside la différence entre la responsabilisation et la responsabilité. La responsabilisation consiste à laisser à une personne une certaine liberté d'action et d'autonomie, dans le but de lui faire prendre des responsabilités et de l'amener à se gérer avec une plus grande indépendance.

Dans le cadre de l'assurance maladie, l'objectif de la responsabilisation est de réaliser *l'empowerment* de l'assuré social en le rendant conscient et informé de la meilleure manière possible de gérer sa santé de façon préventive et curative. Libre et instruit, l'individu assumerait les seules conséquences physiques et médicales de son comportement. Dans l'hypothèse où celui-ci adopterait un comportement néfaste pour sa santé, son corps en porterait le tribut. Éventuellement, le médecin pourrait lui retirer sa confiance.

¹⁰²⁴ Le premier emploi du terme « *responsability* » est daté de 1787 dans The Oxford English Dictionary. M. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 59.

¹⁰²⁵ A-C DUFOUR, « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055 ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n°41, p. 79.

¹⁰²⁶ « Responsable », in A. REY (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 3^e éd., 2006, p. 3210 ; M. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 59 : le premier emploi du terme « *responsability* » est daté de 1787 dans The Oxford English Dictionary.

¹⁰²⁷ CARDINAL RICHELIEU, *Maximes d'État et fragments politique*.

349. Proposition de définition – Il est proposé d’insérer dans le Code de la Sécurité sociale la définition suivante : « *La responsabilisation désigne le processus par lequel l’assuré social est rendu responsable ou davantage responsable, moralement, de manière à pouvoir agir librement et en pleine connaissance de cause dans la gestion de sa santé. La loi a pour objectif de permettre à l’assuré social d’atteindre le meilleur état de santé possible en le rendant conscient et en l’informant sur la meilleure manière possible de gérer sa santé, à titre préventif et curatif.*

La responsabilisation prend la forme de normes d’encouragement à suivre une conduite déterminée, en attachant à cette conduite des conséquences positives susceptibles d’induire une motivation, soit par la mise en œuvre de conditions favorables à la tenue de cette conduite.

La responsabilisation est un droit et non une obligation juridiquement opposable à l’assuré social. Aucune contrepartie financière, même résiduelle, ne peut être mise à sa charge dans l’hypothèse où il ne suivrait pas les normes d’encouragement en vigueur, tels que l’adhésion à un programme d’éducation thérapeutique ».

B- Mobilisation de la théorie du *care*

350. Généralités – La pensée philosophique du *care* permet d’éclairer d’un jour nouveau les perspectives d’évolution que pourrait connaître une protection sociale sans être guidée par une logique purement économique et libérale. Le *care* est non seulement un concept moral, mais aussi politique¹⁰²⁸. Plusieurs théories du *care*

¹⁰²⁸ Sur la théorie du *care*, v. : J. TRONTO, *Le risque ou le care ?*, PUF 2012 ; J. TRONTO, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, Ed. La découverte 2009, p. 13 ; C. LEONARD, « Le Care capacitant. Une Alternative au paradigme néoclassique de la responsabilité individuelle », *Revue du MAUSS* 2013, p. 191 ; F. BRUGERE, *L’éthique du « care »*, PUF, « Que sais-je ? », 2021 ; A. ZIELINSKI, « L’éthique du *care*. Une nouvelle façon de prendre soin », *Études*, 2010, p. 631 ; E. PETIT, « L’économie du comportement et la théorie du *care*. Les enjeux d’une filiation », *Revue du MAUSS* 2013, p. 347 ; C. SAOUT, « Rapport en vue du cahier des charges des expérimentations des projets d’accompagnement à l’autonomie prévues par le projet de loi de modernisation de notre système de santé », 2015.

existent. Les premières ont été inspirées par les théories féministes,¹⁰²⁹ mais toutes ont pour objet le besoin d'autrui. Cette théorie a été globalisée et développée principalement par Joan Tronto qui en a fait un outil de gestion du risque social, transposable au risque maladie.

351. Plan – La théorie du *care* constitue une perspective intéressante pour repenser la responsabilisation à deux titres. Tout d'abord, cette théorie a pour objectif de répondre à un besoin plutôt que d'appréhender un risque (A). Ensuite, elle intègre et valorise le lien social au service de la solidarité (B).

1- La théorie du *care* pour répondre à un besoin individuel

352. Une pensée renversée – La théorie du *care* renouvelle l'approche traditionnelle de la morale qui est basée sur une idée de justice abstraite. Elle défend une définition des enjeux moraux dite réaliste et contextuelle, adaptée aux situations particulières. Carol Giligan, philosophe américaine, qui est la première à avoir utilisé le terme de, *care* dans son article *Une voix différente* publiée en 1982, prône « *un mode de pensée plus contextuel et narratif que formel et abstrait* »¹⁰³⁰. La philosophe explore une autre façon de réfléchir la morale. L'idée n'est plus de définir ce qu'il est « bon » ou « mauvais » de faire, mais plutôt de savoir ce qui doit être fait et de la manière dont le besoin doit être pris en charge. Les vulnérabilités, synonymes de besoin et de préoccupation d'autrui, sont au cœur de la théorie du *care*. Joan Tronto, qui a développé cette théorie, l'oppose à la théorie du risque d'Ulrich Beck. Cette dernière propose de repenser la société moderne et post-industrielle en amont tandis que la théorie du *care* entend agir en aval. Selon Ulrich Beck, les progrès technologiques et techniques de la société moderne ont engendré des risques aux conséquences inéluctables et à l'ampleur désormais inquantifiable. Aussi, la société est désormais beaucoup plus consciente du risque et de son caractère inexorable. Cette conscience des risques a abouti à une remise

¹⁰²⁹ La théorie du *care* s'inspire de l'expérience des femmes et de tout ce qu'elles ont développé comme capacité à conforter les relations interpersonnelles, à tisser les interactions sociales.

¹⁰³⁰ GILLIGAN CAROL, "In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development," Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 19.

en question de la légitimité de l'intervention de l'État. Pour répondre à cette crise, Ulrich Beck préconise une démocratisation structurelle des décisions liées à la politique scientifique, technologique et économique, permettant à tous les citoyens de pouvoir contrôler, discuter, contester les choix décisifs producteurs de risques¹⁰³¹. À l'inverse, l'approche par le *care* se centre sur le besoin plutôt que sur le risque. L'idée n'est pas d'éviter la réalisation du risque, mais de répondre correctement à l'expression d'un besoin, le besoin d'autrui. Si la Sécurité sociale s'intéresse aussi au besoin d'accéder à la santé, la différence réside sur le fondement. Le *care* se situe en aval alors que la Sécurité sociale, qui se préoccupe du risque social, appréhende la survenance du risque, en amont. C'est pourquoi, dans la conception initiale de la responsabilisation, les devoirs des individus ont été renforcés¹⁰³². À l'inverse, la responsabilisation doit être pensée comme un outil au service d'un besoin et non pas comme une finalité propre. La responsabilisation doit être pensée dans la même perspective que le *care*.

353. Les quatre phases du care – Le *care* ne constitue pas seulement un courant moral, mais bien une théorie structurée et systématisée, déployable dans la prise en charge du système de santé. Le *care* est constitué de quatre phases, destinées à répondre le mieux possible au besoin, que sont¹⁰³³ :

1. *caring about* (se soucier de) : cette première phase désigne le constat d'un besoin, la nécessité d'y répondre et l'évaluation de la possibilité d'y apporter une réponse ;
2. *taking care of* (prendre en charge) : cette phase désigne l'action d'assumer la responsabilité à l'égard de ce qui a été constaté. Il faut agir en vue de répondre au besoin identifié. La responsabilité est ici entendue comme une forme d'efficacité. L'enjeu est le pragmatisme et la réalisation du but visé ;

¹⁰³¹ U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Champs Essais 2007, p. 337 et s.

¹⁰³² A. LE GOFF, « Care empathie et justice. Un essai de problématisation », *Revue du MAUSS* 2008, p. 203 ; C. LEONARD, « Le care capacitant. Une alternative au paradigme néoclassique de la responsabilité individuelle », *Revue du MAUSS* 2013, p. 191 ; D. ROMAN, « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 233.

¹⁰³³ J. TRONTO, *Le risque ou le care ?*, PUF 2012, p. 32 et s.

3. *care giving* (prendre soin) : cette étape désigne l'action de prendre soin. Le soin doit être adapté à la singularité du besoin. Le *care* est contextuel et non essentialiste ;
4. *care receiving* (recevoir le soin) : la dernière étape vise l'évaluation du soin reçu. Pour le donneur de soin il s'agit de reconnaître l'impact sur le receveur. Le soin a-t-il produit un résultat ? Le receveur, doit être actif et faire un retour au donneur de soin sur la manière dont il reçoit celui-ci et les axes d'amélioration. L'autonomie visée par la théorie du *care* ne doit pas être confondue avec de l'assistance.

354. Les valeurs cardinales du care – Quatre éléments cardinaux guident ces quatre étapes du *care* :

1. L'attention : il est nécessaire d'être attentif aux besoins de l'autre pour y répondre. Le besoin doit avoir une place visible pour que le soin entre dans les habitudes.
La valeur de l'attention est particulièrement prégnante au stade de l'identification du besoin (*caring about*), même si elle peut aussi être trouvée au stade de la délivrance du soin pour vérifier que celui-ci est bien adapté au besoin personnel (*care giving*).
2. La responsabilité : il ne s'agit pas ici de la responsabilité qui contraint à répondre d'une action, mais plutôt d'appréhender et d'accepter le processus d'apparition du besoin. La réflexion porte donc autour de la responsabilité de chacun à l'égard du besoin d'autrui. La valeur de la responsabilité se manifeste principalement au stade de la prise en charge, mais peut aussi se traduire dans la réception du soin (*care receiving*). Tout receveur du *care* devient donneur par la suite.
3. La compétence : il s'agit de la compétence requise pour répondre réellement au besoin. Le *care* ne vise pas seulement l'intention d'aider autrui, mais bien le professionnalisme pour rendre possible l'adéquation de la réponse à la demande. Pour Joan Tronto, la dimension morale de la compétence se mesure à son résultat, mais ne se réduit pas à celui-ci, le *care* est une activité morale aussi, car tout dépend de comment est perçu le soin : est-il humiliant ou intrusif ? Cette

valeur est indubitablement requise au stade de la délivrance du soin (*care giving*).

4. La capacité de réponse : le sujet n'est pas seulement objet, mais sujet du *care*. Le *care* s'acquiert et s'affine au contact de ceux qui en ont besoin. L'enjeu est l'évaluation du soin reçu pour pouvoir répondre à l'enjeu de l'autonomie. Cette dernière valeur est mobilisée au dernier stade du *care*, celui de la réception (*care receiving*).

355. La responsabilisation dans le care – Outre la finalité purement morale et la dimension systémique de la théorie du *care*, celle-ci répond pleinement à la finalité responsabilisante mise en avant par la proposition de définition ci-dessus présentée. Tout d'abord, la théorie du *care* responsabilise sur le plan individuel. La théorie du *care* associe le receveur à la prise en charge, que ce soit dans l'expression du besoin, dans la personnalisation du besoin et dans la réception du soin. Avec le *care*, le patient devient coauteur et assimile l'enjeu de la santé. Lors de la dispense du *care*, l'individu est rendu capable. Responsabilisation et capacitation sont intimement liées. Ensuite, le *care* responsabilise aussi l'individu dans sa relation à autrui. Le *care* signifie le soin mutuel, il ne se centre donc pas uniquement sur l'individu à l'inverse de la théorie de l'*empowerment* qui délaisse le collectif. C'est à ce titre qu'elle s'avère insuffisante pour repenser la responsabilisation dans l'assurance maladie. La théorie du *care*, en assurant une prise de soin mutuelle, préserve la solidarité.

2- La théorie du *care* pour raviver le collectif

356. Le care au profit de la fraternité – Le *care* promeut un cadre réflexif à même de refonder la solidarité sur la base d'une responsabilité « capacitante ». Il existe aujourd'hui plusieurs théories du *care* mais toutes s'efforcent de repenser la théorie du contrat social et de la justice sociale. Cette théorie s'attache à mettre en lumière les liens d'interdépendance humaine en se fondant sur la commune vulnérabilité des individus et leur nécessaire protection pour assurer leur autonomie. C'est le même objectif que le contrat social, qui constitue le socle de la solidarité. Une différence demeure cependant. La dimension sociale du *care* fait écho à la notion de fraternité. À

la différence de la solidarité, qui désigne un lien qui unit, la fraternité comporterait une dimension volontariste, une dimension « d'amour de l'autre »¹⁰³⁴. La solidarité est le fruit d'une contrainte économique et juridique. La fraternité constitue soit un état de fait comme la fraternité filiale soit une volonté, celle d'être unis. Comme l'écrit le professeur Borgetto, face au développement du rejet de l'autre, le regain de la notion de fraternité apparaît essentiel¹⁰³⁵. La fraternité constitue le passé de la solidarité, car cette dernière lui a été substituée au XIX^e siècle pour la mise en œuvre des droits sociaux, mais aussi son avenir. La fraternité pourrait donner un nouveau souffle à la solidarité. Il serait opportun de raviver la raison d'être de la solidarité, à l'origine du pacte social, qui manque parfois de cohésion et d'humanité¹⁰³⁶. Le développement de la démocratie sanitaire s'inscrit dans ce même objectif.

357. *Le care au profit de la démocratie sanitaire* – La théorie du *care* favorise la dimension sociale de l'assurance maladie, car elle promeut un modèle démocratique fondé sur la participation plutôt que la sanction. Il ne s'agit pas de renvoyer à une responsabilité individuelle, mais de soutenir un phénomène de participation démocratique, d'associer les patients à l'élaboration de la norme. Selon Gilles Huteau, il faudrait élaborer un nouveau pacte de responsabilisation de l'assuré social, axé sur la « responsabilité-participation » de l'assuré social. Cette idée était déjà promue, il y a plusieurs années, par Pierre Rosanvallon, qui réclamait un entre-deux social entre l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Selon lui la participation des assurés sociaux via les syndicats était insuffisante. Le parachèvement de la démocratie en santé doit passer par l'association directe de l'utilisateur à la gouvernance¹⁰³⁷. Cela suppose que l'assurance maladie puisse accompagner

¹⁰³⁴ Expression empruntée au professeur Michel Borgetto, elle-même paraphrasée d'une formule employée par Lamartine. M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public*, LGDJ, 1993, p. 13.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 585.

¹⁰³⁶ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public*, LGDJ, 1993, p. 13.

¹⁰³⁷ D. CRISTOL, « L'utilisateur dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS* 2018, p. 413 : outre les craintes formées à l'égard des associations (crainte de paternalisme associatif), il convient de consolider la démocratie sanitaire par la démocratie d'opinion.

correctement l'assuré social dans son parcours d'accès aux soins et à la prévention, mais aussi un fonctionnement plus démocratique de l'ensemble du système de santé.

358. *Le réalisme du care collectif* – L'aspect social du *care* peut apparaître idéaliste, mais il n'en est rien. Outre la fréquente confusion entre responsabilisation et responsabilité, l'objectif économique se fonde sur une figure idéalisée et erronée d'un individu autonome et rationnel, qui s'avère une fiction¹⁰³⁸. La plupart des analyses économiques sont fondées sur deux hypothèses centrales du comportement humain : l'hypothèse de la rationalité et l'existence de préférences égoïstes. Il en résulterait que l'individu opte pour les actions qui satisfont au mieux ses préférences et que ses choix sont amoraux, c'est-à-dire qu'il ne prend pas en considération autrui tant que cela n'a pas d'impact sur le niveau de son bien-être. Telle est la pensée des économistes classiques du XVIII^e et XIX^e siècle tels que Adam Smith, David Ricardo ou encore John Stuart Mill. Cette vision est remise en question depuis une quarantaine d'années sous l'impulsion de l'économie comportementale de la psychologie économique. L'homo economicus a changé de visage. Sa logique est moins implacable, plus incertaine et plus sensible, et son irrationalité est davantage prise en compte¹⁰³⁹. Il y a un poids fondamental des normes sociales ou morales qui jouent dans l'attitude que les individus adoptent dans un contexte d'interaction sociale. L'anonymat, la défense de l'intérêt individuel, la propriété ou la compétition favorisent un repli vers un comportement égoïste alors que la communication, l'identification, la responsabilisation, l'influence sociale et l'empathie engagent dans une attitude altruiste¹⁰⁴⁰. Trois conclusions ont été tirées d'une expérience sociale nommée « le jeu du dictateur » : les individus sont capables de nourrir des « préférences sociales ou morales » et d'adopter dans certaines circonstances des comportements prosociaux ;

¹⁰³⁸ C. LEONARD, « Le *Care* capacitant. Une Alternative au paradigme néoclassique de la responsabilité individuelle », *Revue du MAUSS* 2013, p. 191.

¹⁰³⁹ Parmi les nouveaux penseurs les plus influents : George Akerlof ; Tibor Scitovski, Colin Camerme, Robert Franck, Matthew Rabin, Samuel Bowles ; v. : C. ARNSPERGER, « L'homme économique et le sens de la vie. Petit traité d'alter-économie », Textuel Paris.

¹⁰⁴⁰ Résultats tirés du jeu du dictateur mené par Forsythe, Horowitz, Savin et Sefton en 1994. V. : C. LEONARD, « Le *Care* capacitant. Une Alternative au paradigme néoclassique de la responsabilité individuelle », *Revue du MAUSS* 2013, p. 191.

ensuite, l'adoption de ces comportements dépend de l'influence sociale et en particulier de la norme caractéristique du contexte de la décision ; enfin, les émotions jouent un rôle crucial en favorisant le maintien, le respect ou la promotion des normes sociales. L'émotion participe d'un choix raisonnable contextuel plutôt que rationnel et universel. L'économie du *care* prend en compte la diversité des aspirations individuelles qui forment notre conduite et qui traduisent l'hétérogénéité irréductible des motivations humaines.

Le *care* constitue la meilleure alternative pour améliorer le système de protection sociale et pour redonner une légitimité et une vision à la notion de responsabilisation. Pour que celle-ci soit utile, il faut désormais que les moyens mobilisés réalisent cette finalité afin que sa consécration ne soit pas vaine.

Après avoir rénové la notion, il faut rénover les moyens et les mettre en conformité avec celle-ci.

§2. *Rénovation des moyens*

359. Plan – Les seuls moyens qui peuvent être utilisés pour réaliser la responsabilisation des assurés sociaux à l'égard de leur santé sont l'éducation (A), l'incitation redéfinie positivement (B) et la participation (C).

A- L'éducation

360. « *La responsabilisation prend la forme de normes d'encouragement à suivre une conduite déterminée, en attachant à cette conduite des conséquences positives susceptibles d'induire une motivation, soit par la mise en œuvre de conditions favorables à la tenue de cette conduite* ». Parmi les conditions favorables prime de manière indéniable l'éducation de l'assuré social. Il s'agit de la base élémentaire de la responsabilisation, peu important le domaine juridique dans lequel celle-ci est déployée. Aucune mesure incitative ne fonctionnera sans éducation. Aucune évolution pérenne des comportements ne se fera sans une éducation générale de la santé et une éducation thérapeutique adaptée. Deux niveaux d'éducation sont à distinguer.

Le premier est à destination de tous et délivre des informations générales et de base sur la santé : il s'agit de l'éducation à la santé. Le second niveau est personnalisé en fonction de l'individu et de la pathologie concernée : il s'agit de l'éducation thérapeutique. Centrée sur le patient, celle-ci porte sur la prise en charge préventive ou curative de la santé de chacun permettant d'adopter les connaissances et les aptitudes nécessaires à l'*empowerment*.

B- L'incitation

361. Développer les incitations positives – La présente étude propose de définir les moyens de la responsabilisation de la manière suivante : « *La responsabilisation prend la forme de normes d'encouragement à suivre une conduite déterminée, en attachant à cette conduite des conséquences positives susceptibles d'induire une motivation, soit par la mise en œuvre de conditions favorables à la tenue de cette conduite* ». Dans cette perspective, il est tout à fait concevable d'envisager une réaction positive lorsque l'assuré social se conforme aux normes d'encouragement, plutôt qu'une réaction négative comme les restes à charge qui constituent en réalité des outils de dissuasion. Dissuader n'est pas inciter. Envisagée sous un angle mélioratif, la mesure réactive constituerait une véritable incitation, au sens propre du terme, décorrélée de toute filiation avec la sanction. Ce modèle existe déjà dans l'assurance privée, comme cela a été vu précédemment avec le système « *pay as you drive* » dans l'assurance automobile et dans le domaine de la santé avec le programme Vitality¹⁰⁴¹. Dans ces deux exemples, l'adoption du comportement souhaité par l'assureur (conduite prudente sur la route ou comportement préventif à l'égard de sa santé) permet d'obtenir des avantages financiers sous forme de réductions de cotisations ou de bons d'achat dans des enseignes permettant la poursuite du comportement préventif. Il s'agit bien, dans ces deux cas, de conséquences positives exclusivement. L'assuré ne subit aucun préjudice s'il ne se conforme pas au comportement attendu par l'assureur.

¹⁰⁴¹ V. *supra* n°302.

Dans certains pays étrangers, comme les Pays-Bas ou l'Allemagne¹⁰⁴², les assurances complémentaires permettent aux assurés volontaires d'être remboursés d'une partie de leur cotisation en cas d'absence de consommation sur une année. En Suisse, la prime est abaissée, si l'assuré renonce à la liberté de choix du médecin¹⁰⁴³. Une incitation des patients à participer aux programmes de *disease management* a été instaurée en Allemagne via l'exonération d'une contribution trimestrielle de 10€¹⁰⁴⁴. Il pourrait en être de même dans les assurances maladie de nature privée en France, qui sont encore aujourd'hui assez timides, et pourquoi pas dans le modèle d'assurance maladie public. Ces mécanismes sont déjà utilisés par l'assurance maladie à destination de certaines professions de santé, comme les médecins et les pharmaciens¹⁰⁴⁵.

C- La participation

362. Plan – La participation de l'assuré social doit se faire dans la prise en charge de sa santé (1) et au travers de la démocratie sanitaire (2). La participation est le degré le plus élevé de responsabilisation. Désormais acteur, l'assuré social participe aux décisions et en assume les conséquences.

¹⁰⁴² S. STOCK, H. SCHMIDT, G. BÜSCHER, A. GERBER, A. DRABIK, C. GRAF, M. LÜNGEN, B. STOLLENWERK, « Financial incentives in the German Statutory Health Insurance : New findings, new questions », *Health Policy* 2010, n° 96, p. 51.

¹⁰⁴³ HCAAM, Rapport de juillet 2007, p. 112.

¹⁰⁴⁴ P-L BRAS, G. DUHAMEL et E. GRASS, « Améliorer la prise en charge des malades chroniques ; les enseignements des expériences étrangères de « *disease management* », Rapport fait au nom de l'IGAS, sept. 2006.

¹⁰⁴⁵ Une rémunération à la performance est applicable aux médecins et pharmaciens. Dans ce sens, v. : G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 419 ; F. GUIOMARD, « Prévenir et/ou réparer ? La place de la prévention dans le droit de la protection sociale », in M. BORGETTO, A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 193.

1- Participation à sa santé

363. *La proposition du contrat de Gilles Huteau* – Il y a lieu de souscrire à la proposition de Gilles Huteau, ancien directeur d'organismes de Sécurité sociale, d'instaurer une responsabilité-participation de l'assuré social. L'objectif serait d'instaurer un accompagnement personnalisé de l'assuré social dans sa démarche de santé¹⁰⁴⁶. Cette proposition pertinente s'appuie sur la notion de contrat qui présente plusieurs avantages.

Tout d'abord, l'auteur rappelle que la démarche d'accompagnement thérapeutique suppose un cadre juridique pour sa mise en œuvre. Or, le droit de la Sécurité sociale comprend des règles unilatérales applicables de façon uniforme à l'assuré social, sans qu'il soit possible de tenir compte des déterminants individuels de la santé de la personne humaine. Le droit statutaire n'est pas adapté, car il n'offre pas un cadre suffisamment souple à la personnalisation nécessaire pour répondre au besoin. Il est antinomique avec la perspective du *care*. L'auteur propose non pas de remplacer la relation statutaire entre l'assuré et la caisse par un lien contractuel, car cela serait contraire à la solidarité, mais d'établir un premier contrat entre le patient et le médecin (contrat d'éducation thérapeutique) et un second contrat entre le patient et la caisse d'assurance maladie dans lequel des modalités d'accompagnement de la caisse seraient précisées. La loi du 13 août 2004 sur l'assurance maladie reconnaît aux caisses de nouvelles missions, notamment en matière d'accompagnement des assurés sociaux dans leurs parcours de soins curatifs et préventifs. Selon Robert Lafore, le contractualisme serait un outil de modernisation de la protection sociale, « *le contrat opérant alors comme un aiguillon sur les services prestataires pour qu'ils s'adaptent au mieux à une demande plus forte de reconnaissance et d'efficacité* »¹⁰⁴⁷. Le contrat a pour but de personnaliser la relation et de faire prendre conscience à l'allocataire de

¹⁰⁴⁶ G. HUTEAU, « Vers quel pacte de responsabilité pour l'assuré social ? », *Gaz. Pal.*, août 2014, p. 235.

¹⁰⁴⁷ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 424.

ses droits et devoirs. Il ne s'agit pas de simples formulaires médico-administratifs signés par le médecin, ni de protocoles thérapeutiques types définis par la HAS¹⁰⁴⁸.

Ensuite, le contrat nécessite une adhésion volontaire de l'assuré social et, par conséquent, un engagement certain de sa part¹⁰⁴⁹. On nuancera ici cet argument en le présentant comme un engagement conscientisé plus que certain. Pour reprendre l'expression de Judith Rochfeld, il s'agirait d'un « contrat pédagogique »¹⁰⁵⁰, à l'image du contrat de responsabilité parentale adopté par la loi du 31 mars 2006 (mais abrogé depuis). En tout état de cause, la contractualisation envisagée ne saurait déboucher sur une individualisation des droits à prestations de nature, ni remettre en cause les principes fondamentaux de l'assurance maladie, ce qui fragiliserait le lien social.

Gilles Huteau rejette les formes juridiques autres que le contrat, tels que l'engagement unilatéral de volonté ou l'engagement d'honneur, qui ne seraient pas revêtus de portée normative¹⁰⁵¹. Ensuite, l'auteur rejette la figure du contrat moral, évoquée notamment par Stéphane Darmaisin dont l'objectif était d'intégrer la dimension morale dans le contrat en tant que somme d'obligations morales juridiquement reconnues, liant les sujets de droit, s'ajoutant au contrat de base¹⁰⁵². Quand bien même l'utilisation du contrat permet d'atténuer une certaine unilatéralité, il n'en demeure pas moins que seulement certains domaines utilisent le contrat. Enfin, il faut au moins une personne publique prenant part au contrat (personne qui participe directement à une mission de service public, ou possède des prérogatives exorbitantes du droit commun). Or, la CPAM est une personne de droit privé¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité ou nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.

¹⁰⁴⁹ G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 421.

¹⁰⁵⁰ J. ROCHFELD, « le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique » », *Revue des contrats* 2005, p. 257 cité in G. HUTEAU, *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013, p. 431.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 440.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 443.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 447.

364. Association du patient expert – La participation de l’individu peut aussi se faire au travers de la figure du patient expert, encore trop peu associée aux programmes de prise en charge en France. Peut être pris pour exemple sur le Canada. Depuis 2010, un nouveau modèle relationnel basé sur le partenariat entre les patients et les professionnels de santé est développé à la faculté de médecine de Montréal. Le « *Montreal Model* » s’appuie sur la reconnaissance des savoirs expérientiels du patient, issus de la vie avec la maladie et complémentaires des savoirs scientifiques¹⁰⁵⁴. Le professionnel de santé n’est plus le seul à détenir des informations médicales sur la pathologie de son patient. Le patient peut faire valoir son expertise, pour lui-même, mais aussi la partager¹⁰⁵⁵. Tout d’abord, dans sa propre thérapie l’expérience de ce dernier face à sa maladie devient un élément à prendre en compte par le corps médical pour rechercher l’efficacité thérapeutique. « *Le médecin a une expertise de la maladie. Le patient a son expertise à l’égard de sa vie avec la maladie* »¹⁰⁵⁶. L’expérience du patient s’ajoute donc à l’expertise médicale du médecin, dessinant alors la thérapie comme un véritable projet personnel, favorisant dès lors son respect par le patient lui-même, car a priori davantage adaptée. Ensuite, l’expertise du patient constitue une source d’information et d’entraide pour les autres personnes atteintes de la même pathologie.

Sur le plan sociologique, le processus de socialisation a évolué, passant de la transmission à l’expérience¹⁰⁵⁷. Le mouvement d’accompagnement est né dans les années 1980 avec les associations de lutte contre le Sida ou Frapsy pour les personnes en souffrance psychiatrique. C’est dans cette mouvance que se développe le service

¹⁰⁵⁴ M-P POMEY, L. FLORA, P. KARAZIVAN, V. DUMEZ, P. LEBEL, M-C VANIER, B. DEBARGES, N. CLAVEL et E. JOUET, « Le « Montreal Model » : enjeux du partenariat relationnel entre patients et professionnels de la santé », *Santé publique* 2015, p. 41.

¹⁰⁵⁵ F. MOUGEOT, M. ROBELET, C. RAMBAUD, P. OCCELLI, K. B UCHET-POYAU, S. TOUZET, P. MICHEL, « L’émergence du patient-acteur dans la sécurité des soins en France : une revue narrative de la littérature entre sciences sociales et santé publique », *Santé publique* 2018, vol. 30, n°1, p.73 ; M-D DUBOIS, « L’usager expert », *RGDM* 2018, n°69, p. 67.

¹⁰⁵⁶ CONSEIL NATIONAL DE L’ORDRE DES MEDECINS (CNOM), « Médecins et patients dans le monde des DATA, des algorithmes et de l’intelligence artificielle », janv 2018, p. 50.

¹⁰⁵⁷ C. SAOUT, Rapport en vue du cahier des charges des expérimentations des projets d’accompagnement à l’autonomie prévues par le projet de loi de modernisation de notre système de santé, 2015.

d'accompagnement pour une réduction des risques liés à la drogue. Puis le concept s'est étendu en réaction aux critiques formulées vis-à-vis de l'expertise scientifique et la diffusion des savoirs a été favorisée par les technologiques du numérique. Sont apparus au début des années 2000 des sites Internet constitués à l'image d'un réseau social, sur lequel les individus partageaient l'expérience de leur pathologie (désagrément engendrés, adaptation de la vie quotidienne à cette pathologie, dosage des médicaments, apparition de nouveaux médicaments). L'adhésion de nombreux utilisateurs a fait de ces plateformes des incontournables du système de santé et a contribué à légitimer la place du patient expert. À titre d'exemple, plus de 4 millions d'individus utilisent le site Internet www.myhealthteams.com au travers de 13 pays dans le monde et plus de 27 millions de discussions.

La figure du patient-expert est donc aujourd'hui reconnue comme une source d'information à part entière et même mise en avant par la stratégie nationale de santé 2018-2022 au travers de l'évocation de « *démarches de type patient/usager expert* »¹⁰⁵⁸. Il s'agit du modèle de la paire-aidance qui repose sur l'entraide entre personnes souffrant de la même pathologie chronique. Elle prend diverses formes, comme la participation à des groupes de parole au sein d'associations d'usagers, des rencontres dans des groupes d'entraide mutuelle, l'intégration de pairs aidants dans les services de soins¹⁰⁵⁹. Jouer sur la figure du patient expert et l'intégrer pleinement dans le dessin des programmes d'éducation thérapeutique permet de réaliser la théorie du *care* et la responsabilisation sur l'aspect individuel au stade du *care receiving*, mais aussi dans un aspect collectif au stade du *care giving*. La responsabilisation de l'individu ne doit pas nécessairement passer par l'hypothèse du contrat et être pensée avec les outils de droit, mais considérer qu'il s'agit d'une finalité du droit qui peut utiliser des outils nouveaux tels que les programmes d'éducation thérapeutique.

¹⁰⁵⁸ D. CRISTOL, « L'usager dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS*, 2018, p. 413.

¹⁰⁵⁹ Ce schéma se développe particulièrement en hôpital de jour psychiatrique. Les patients reçoivent une information sans crainte de la « blouse blanche ». Ce partenariat constitue aussi une aide pour les pairs-aidants, une thérapie non médicamenteuse, au-delà de la prise en charge classique et liée à la temporalité des symptômes.

2- Participation à la démocratie sanitaire

365. L'accès direct à la démocratie sanitaire – La stratégie nationale e-santé 2020, reprise par la SNS 2018-2022, ont fait de la démocratie sanitaire un pilier de la rénovation du système de santé. La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a déjà introduit la possibilité d'actions de groupe dès lors que l'utilisation d'un produit de santé cause un préjudice¹⁰⁶⁰. Mais l'objectif est désormais d'avoir une démocratie directe, affranchie des seules associations. Dorénavant, la participation des assurés sociaux doit contribuer à l'amélioration du système de santé et au déploiement des nouveaux outils de prise en charge. Tel est le sens du rapport Saout concernant les programmes expérimentaux d'accompagnement en santé : *« Compte tenu des enjeux repérés par la mission, l'animation de cette politique publique de reconnaissance de l'empowerment, qui s'insère dans l'œuvre de démocratie sanitaire française mise en exergue dans la stratégie nationale de santé, réclame des moyens adaptés. Il ne s'agit pas d'implanter des dispositifs « comme d'habitude » dans une logique de supervision administrative améliorée par un comité de pilotage aux inductions parfois hésitantes. Il s'agit d'animer un domaine aussi déterminant pour la démocratie sanitaire qu'a pu l'être la reconnaissance légale des droits individuels et collectifs »*¹⁰⁶¹. Les outils numériques peuvent constituer un véritable atout et un accélérateur de la démocratie sanitaire. Cet outillage servirait une expression tant collective qu'individuelle¹⁰⁶². Ainsi, depuis le 24 août 2016, l'ASIP

¹⁰⁶⁰ Possibilité ouverte en France depuis 2011 à l'article L. 5121-25 du Code de santé publique pour signaler tout effet indésirable susceptible d'être dû à un médicament ou un produit mentionné à l'article L. 5121-1 du même Code. L. MORLET-HAÏDARA, « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658 ; F. VIALLA, C. GIQUEL et J-P VAUTHIER, « L'action de groupe en droit de la santé : une avancée pour les usagers », *in* « Loi de modernisation de notre système de santé, Apports enjeux et perspectives », *RDSS* Hors-série 2016, p. 38.

¹⁰⁶¹ C. SAOUT et J. VOITURIER, « Cap santé ! Rapport en vue du cahier des charges des expérimentations des projets d'accompagnement à l'autonomie prévues par le projet de loi de modernisation de notre système de santé », juill. 2015, p. 6.

¹⁰⁶² Ministère des Affaires sociales et de la Santé, « Stratégie nationale e-santé 2020, Le numérique au service de la modernisation et de l'efficience du système de santé », 4 juillet 2016, p. 6 ; D. CRISTOL, « L'utilisateur dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS* 2018, p. 413 ; J. DAMON, « Révolution numérique : sécurité sociale 2.0 et médecine « 5P » », *RDSS* 2017, p. 925.

santé (Agence du numérique en santé) a ouvert un portail de signalement des événements sanitaires indésirables¹⁰⁶³. Les individus peuvent aussi s'exprimer directement via les outils de communication numérique lors de débats ou de consultations organisés à grande échelle. Les individus seront ainsi, par le biais de la démocratie sanitaire, pleinement associés à la préservation de leur santé et de leur système de santé.

366. Conclusion de section – Il est nécessaire de redonner du sens à la notion de responsabilisation pour que celle-ci puisse produire les effets positifs escomptés dans le système de santé. Pour cela, sa finalité morale doit être réaffirmée. L'objectif est de rendre les individus davantage responsables dans la gestion de leur santé. Les moyens utilisés doivent être alignés sur cette définition. Il peut s'agir de l'éducation, d'incitations positives et de moyens de participation. Aucun de ces moyens ne recourt à la sanction et tous contribuent à rendre les individus conscients et acteurs de leur santé.

¹⁰⁶³ D. CRISTOL, « L'utilisateur dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS* 2018, p. 413.

367. Conclusion de chapitre – La responsabilisation a encore une raison d’être. Elle ne doit pas être écartée du système de protection sociale, mais réhabilitée pour être conforme à sa finalité initiale et aux fondements de l’assurance maladie. Pour obtenir ce résultat, doit être réalisé dans un premier temps un assainissement de cette notion en écartant toute filiation ou proximité avec la responsabilité. L’objectif économique et la sanction ne sont pas l’apanage de la responsabilisation, mais de la responsabilité uniquement. La responsabilisation, poursuit une finalité morale qui est de rendre les individus conscients et informés de leur santé, pour les inciter à en prendre soin. Les moyens qui peuvent être empruntés sont l’éducation, l’incitation positive et la participation. Cette définition et les moyens concordants doivent être définis légalement pour prémunir le système de Sécurité sociale de tout dévoiement de la notion qui risquerait d’en détruire les fondements. Néanmoins, la seule efficience de la règle de droit ne suffit pas à assurer la responsabilisation complète des assurés. La responsabilisation doit s’inscrire dans un cadre permettant son déploiement effectif, au risque de rester lettre morte et un vœu pieux.

Chapitre II : Amélioration de l'environnement

368. Plan – « À ceux qui critiquent l'absence de responsabilisation des allocataires sociaux, nous répondons en exigeant le droit pour chacun à une véritable responsabilité, cela signifie donc avoir droit à une véritable liberté, à de véritables choix »¹⁰⁶⁴. La responsabilité est inutile faute de liberté et d'éducation corrélative¹⁰⁶⁵. Penser la notion de responsabilisation est insuffisant. Il est nécessaire d'appréhender l'environnement dans lequel celle-ci est déployée. Autrement, la responsabilisation peut demeurer lettre morte, un vœu pieux. La responsabilisation permet aux individus d'opérer des choix conscients et éclairés en matière de santé. La responsabilisation constitue ainsi une liberté pour les individus et une obligation de moyens à la charge de l'État et de l'ensemble des acteurs du système de santé. Ce dernier doit être amélioré pour rendre la responsabilisation effective. Depuis plusieurs années, d'indéniables évolutions positives sont à constater (**Section 1**), mais elles demeurent encore insuffisantes (**Section 2**). Le chantier est loin d'être terminé.

Section 1 : Des évolutions constatées

369. Plan – Le système de santé évolue de façon incontestable. Le numérique en santé est désormais intégré (§1), des mesures législatives ont été adoptées pour améliorer l'organisation des soins (§2) et les modalités de financement sont en cours de révision pour favoriser l'amélioration de la prise en charge par les professionnels de santé (§3).

¹⁰⁶⁴ C. LEONARD, « Être libre et responsable pour refonder la solidarité », *Revue d'éthique et de théologie morale* 2013, p. 9.

¹⁰⁶⁵ En ce sens, v. : P. RICŒUR, « Le concept de responsabilité, Essai d'analyse sémantique », *Esprit* 1994, p. 28, cité in M. JAEGER, « Du principe de responsabilité au processus de responsabilisation », *Vie sociale* 2009, p. 71.

§1. *Le numérique en santé*

370. Plan – Le numérique en santé est aujourd’hui incontournable. Il regroupe notamment la télésanté (A) et le nouvel espace de santé (B).

A- La télésanté

371. Plan – La télésanté regroupe la télémedecine (1) et le télésoin (2).

1- La télémedecine

372. Plan – Après un long processus de reconnaissance (a), la télémedecine est aujourd’hui reconnue au travers de cinq pratiques (b).

a- Le long processus de reconnaissance

373. L’intérêt de la télémedecine – L’utilisation d’Internet comme support pour l’exercice de la médecine a ouvert la voie à de nouvelles pratiques. « *Le recours à la télémedecine suscite de nombreux espoirs, tant pour lutter contre la pénurie de médecins spécialistes que pour assurer le suivi d’une population vieillissante et souffrant de plus en plus souvent de maladies chroniques* »¹⁰⁶⁶. La Cour des comptes, dans son rapport de 2017 sur l’application des lois de financement de la Sécurité sociale (LFSS), a reconnu dans la télémedecine l’opportunité d’organiser de manière plus efficiente les soins médicaux. La télémedecine permet d’offrir « *une meilleure qualité de soins, un maintien à domicile aussi long que possible, participant à la préservation du lien social, un plus grand confort dans la prise en charge remplaçant l’usager et le patient au cœur des dispositifs de santé, et l’opportunité pour l’industrie française de devenir le leader mondial des applications de télésanté et notamment de la consultation à distance et de l’hospitalisation à domicile* »¹⁰⁶⁷. Le vieillissement de la population et la multiplication des situations de dépendance constituent d’autres facteurs du

¹⁰⁶⁶ V. VIOUJAS, « La télémedecine : entre expérimentations réussies et généralisation au ralenti », *RDSS* 2015, p. 681.

¹⁰⁶⁷ COUR DES COMPTES, Rapport sur l’application des lois de financement de la sécurité sociale, « Chapitre VIII : la télémedecine : une stratégie cohérente à mettre en œuvre », sept. 2017, p. 20.

développement de la télémédecine. Elle permet aussi le décroisement entre la ville et l'hôpital¹⁰⁶⁸.

374. *La reconnaissance des actes de téléconsultation comme acte de santé* –

Fin 2012, la politique nationale de santé réaffirme son soutien à la télémédecine en réorientant son action vers la médecine de ville. L'article 36 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2014 a prévu la mise en œuvre d'expérimentations de la télémédecine dans 9 régions pilotes, grâce à la rémunération d'actes réalisés au bénéfice de patients pris en charge en ville ou structure médico-sociale¹⁰⁶⁹. Cette expérimentation dite ETAPES (expérimentation de télémédecine pour l'amélioration des parcours) se voit attribuer un financement du fonds d'intervention régional d'un montant de 8,3 millions d'euros en 2016¹⁰⁷⁰. Malgré tous ses efforts, le ministère de la Santé a reconnu le défaut de suivi et d'évaluation de cette initiative¹⁰⁷¹. L'assurance maladie a avancé en parallèle afin de réaliser la révolution annoncée de la télémédecine. L'assurance maladie est devenue un acteur à part entière du développement de la télémédecine au travers de sa signature avec la CNAM, en mars 2011, de la convention nationale d'objectifs et de gestion (CNOG) pour 2010 – 2013.

Au sein de la convention 2014 – 2017 est associé le ministère de la Santé pour la généralisation de ces expérimentations. Sont inscrits dans la nomenclature des actes médicaux remboursés par la Sécurité sociale les premiers actes de téléconsultations. En mars 2012 est inscrite la télédialyse péritonéale, en décembre 2014 le dépistage de la rétinopathie diabétique et en mars 2017 la téléconsultation en urgence en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD). La reconnaissance d'actes de télémédecine permet l'attribution d'une rémunération spécifique par l'assurance maladie. La non-prise en charge de tous les actes de téléconsultation constituait jusqu'à

¹⁰⁶⁸ M. CONTIS, « La télémédecine : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives juridiques », *RDSS* 2010, p. 235.

¹⁰⁶⁹ V° « Statut juridique de la télémédecine », *Lamy droit de la santé*, n° 275 à 235 ; B. APPOLIS, « Télémédecine et remboursements des actes », *RDSS* 2020, p. 23.

¹⁰⁷⁰ COUR DES COMPTES, Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, Chapitre VIII : la télémédecine : une stratégie cohérente à mettre en œuvre, sept. 2017, p. 312.

¹⁰⁷¹ COUR DES COMPTES, Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, Chapitre VIII : la télémédecine : une stratégie cohérente à mettre en œuvre, sept. 2017, p. 306.

lors un frein au développement de la télémédecine. Cette opinion était soutenue par le Conseil national de l'Ordre des médecins, dans un rapport de mission publié en février 2016 intitulé « *Télémédecine et autres prestations médicales électroniques* ». L'Ordre préconisait une prise en charge générale de la télémédecine et une simplification des règles l'encadrant, de manière à l'inscrire dans le cadre du parcours de santé. Pour ce faire, l'Ordre des médecins souhaitait sortir la télémédecine du cadre de la contractualisation avec les ARS. Ces volontés, dans l'esprit de la loi de financement de la Sécurité sociale 2017, se sont concrétisées par l'avenant n°6 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 25 août 2016¹⁰⁷², consacré par l'arrêté du 1^{er} août 2018¹⁰⁷³.

b- Les actes de télémédecine

375. Définition – La télémédecine est définie à l'article L. 6316-1 du Code de la santé publique de la manière suivante : « *La télémédecine est une forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication. Elle met en rapport un professionnel médical avec un ou plusieurs professionnels de santé, entre eux ou avec le patient et, le cas échéant, d'autres professionnels apportant leurs soins au patient* ». L'article R.6316-1 du Code de la santé publique dispose que « *relèvent de la télémédecine définie à l'article L. 6316-1 les actes médicaux, réalisés à distance, au moyen d'un dispositif utilisant les technologies de l'information et de la*

¹⁰⁷² L'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale dispose que « *Les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les médecins sont définis par des conventions nationales conclues séparément pour les médecins généralistes et les médecins spécialistes, par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et une ou plusieurs organisations syndicales les plus représentatives pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes ou de médecins spécialistes ou par une convention nationale conclue par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et au moins une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes et une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins spécialistes* ». C'est ainsi que la convention nationale de l'Ordre des médecins, selon l'article L. 162-5, al. 2, 4°, régit « *Les modalités de financement des expérimentations et des actions innovantes* ».

¹⁰⁷³ Arrêté du 1^{er} août 2018 portant approbation de l'avenant n°6 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 25 août 2016, JORF n°0193 du 23 août 2018 ; B. APOLLIS, « Télémédecine et remboursement des actes », *RDSS* 2020, p. 23.

communication. Elle permet d'établir un diagnostic, d'assurer, pour un patient à risque, un suivi à visée préventive ou un suivi post-thérapeutique, de requérir un avis spécialisé, de préparer une décision thérapeutique, de prescrire des produits, de prescrire ou de réaliser des prestations ou des actes, ou d'effectuer une surveillance de l'état des patients. » Cinq actes sont listés comme relevant de la télémédecine : la téléconsultation, la téléexpertise, la télésurveillance médicale, la téléassistance médicale, la réponse médicale.

376. La téléconsultation – La téléconsultation favorise l'accès aux soins. Elle a pour objet de permettre à un professionnel médical de donner une consultation à distance à un patient. Un professionnel de santé peut être présent auprès du patient et, le cas échéant, assister le professionnel médical au cours de la téléconsultation. Les psychologues mentionnés à l'article 44 de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social peuvent également être présents auprès du patient. Est aussi visée la téléconsultation en pharmacie, qui permet à la personne malade d'accéder aux soins de premier recours, soit lorsqu'elle est à distance de son médecin traitant, soit lorsqu'elle n'a pas encore de médecin traitant¹⁰⁷⁴. Le pharmacien a pour rôle d'assister le médecin dans la réalisation de certains actes participant à l'examen clinique et éventuellement d'accompagner le patient dans la bonne compréhension de la prise en charge proposée¹⁰⁷⁵. Le pharmacien de proximité a un rôle essentiel à jouer et cette étape pourrait être le premier pas pour élargir les compétences du pharmacien. Pour éviter la confusion entre le cabinet médical et l'espace commercial pharmaceutique, le pharmacien doit disposer d'un espace de confidentialité, d'équipements nécessaires à la vidéotransmission et d'équipements adaptés aux situations cliniques des patients (tensiomètre, oxymètre de pouls, etc.).

¹⁰⁷⁴ M-L MOQUET-ANGER, « Télémédecine et égal accès aux soins », *RDSS* 2020, p. 13.

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*.

377. La téléexpertise – La téléexpertise favorise la coopération entre professionnels. Elle a pour objet de permettre à un professionnel de santé de solliciter à distance l'avis d'un ou de plusieurs professionnels médicaux en raison de leur formation ou de leurs compétences particulières, sur la base des informations de santé liées à la prise en charge d'un patient. Cette technique facilite les avis entre médecins, facilite le travail d'équipe et améliore le réseau de soins¹⁰⁷⁶. Le troisième plan cancer 2014-2019, dévoilé en février 2014, présente la télémédecine comme une solution permettant de bénéficier d'expertise dans des cas complexes nécessitant des compétences pluridisciplinaires et parfois de la télésurveillance¹⁰⁷⁷. La réglementation du professionnel est adaptée par l'article R. 6326-2 du Code de la santé publique qui dispose que « *les professionnels participant à un acte de télémédecine peuvent sauf opposition de la personne dûment informée, échanger des informations relatives à cette personne, notamment par le biais des technologies de l'information et de la communication* ». Le recueil du consentement n'est donc pas obligatoire, mais la personne doit être en mesure de s'opposer ce qui implique un devoir d'information dûment rempli¹⁰⁷⁸. Ceci est prévu par la loi du 4 mars 2002. En revanche, le consentement redevient obligatoire pour le partage d'information entre professionnels ne faisant pas partie de « la même équipe de soin ».

378. La télésurveillance médicale – Elle a pour objet de permettre à un professionnel médical d'interpréter à distance les données nécessaires au suivi médical d'un patient et, le cas échéant, de prendre des décisions relatives à la prise en charge de ce patient. L'enregistrement et la transmission des données peuvent être automatisés ou réalisés par le patient lui-même ou par un professionnel de santé. Certaines applications permettent notamment de transmettre, avec l'accord du patient, les données de santé à son médecin qui effectuera une surveillance¹⁰⁷⁹. Cette pratique est davantage répandue

¹⁰⁷⁶ C. DAVER, « La télémédecine, entre progrès techniques et responsabilités », *D.* 2000, p. 528.

¹⁰⁷⁷ V. VIOUJAS, « La télémédecine : entre expérimentations réussies et généralisation au ralenti », *RDSS* 2015, p. 681.

¹⁰⁷⁸ C. LANTERO, « Télémédecine et droits des patients », *RDSS* 2020, p. 61.

¹⁰⁷⁹ Ministère des Affaires sociales et de la Santé, « Stratégie nationale e-santé 2020, Le numérique au service de la modernisation et de l'efficacité du système de santé », 4 juillet 2016, p. 6.

aux États-Unis¹⁰⁸⁰. À titre d'exemple, l'Ochsner Hospital de La Nouvelle-Orléans encourage l'utilisation d'objets connectés dans le suivi de pathologies chroniques¹⁰⁸¹. Les données collectées par les objets sont centralisées et traitées par un serveur appartenant à l'hôpital. Chaque jour, le médecin reçoit des alertes pour toutes les données anormales relatives aux patients suivis. Les objets connectés permettent ainsi à chaque patient d'opérer une meilleure surveillance de sa pathologie ou de son traitement, dans un but curatif ou préventif. « *Depuis quelques années, le groupe 5-Santé expérimente une solution mobile de réhabilitation, destinée aux patients souffrant de maladies respiratoires. Elle repose sur la transmission de données en temps réel au médecin traitant [...] ce qui permet de gagner du temps au cours des entretiens : inutile de reprendre constantes et mesures, on peut se concentrer sur le vécu du patient* »¹⁰⁸².

379. La téléassistance médicale – Elle favorise la coopération entre professionnels de santé. Elle a pour objet de permettre à un professionnel médical d'assister à distance un autre professionnel de santé au cours de la réalisation d'un acte.

380. La réponse médicale – Elle favorise, elle aussi, la coopération entre professionnels de santé. Elle est apportée dans le cadre de la régulation médicale mentionnée à l'article L. 6311-2 et au troisième alinéa de l'article L. 6314-1.

¹⁰⁸⁰ Cette pratique est plus simple à mettre en œuvre aux États-Unis en raison, notamment, de la législation relative aux données personnelles plus libérale qu'en France. Le consentement de l'individu n'est pas requis avant le traitement d'une donnée personnelle.

¹⁰⁸¹ A été créé le O'Bar, qui est un espace de santé au sein de l'hôpital où sont proposés plusieurs objets de santé numériques destinés à améliorer le bien-être des patients. Sur place, les objets connectés sont paramétrés pour les patients. V. : <https://www.ochsner.org/shop/o-bar>

¹⁰⁸² « La donnée, outil de prévention primaire et secondaire », *Protection sociale information*, 12 sept. 2018, n°1134, p. 5.

2- Le télésoin

381. L'encadrement plus global de la télésanté- La loi du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé poursuit l'encadrement de la télémedecine en l'englobant dans la télésanté. L'OMS définit la télésanté comme « *l'ensemble des activités liées à la santé et pratiquées à distance au moyen de technologies de l'information et de la communication* »¹⁰⁸³. Il s'agit par exemple des sites ou portails Internet en tout ou parties liées à la santé, qui proposent différents types de prestations : des conseils, des recommandations, des forums, etc.¹⁰⁸⁴ Depuis 2019, les pouvoirs publics ont fait le choix de ne plus mettre l'accent sur la télémedecine mais sur la télésanté de manière plus globale. Le programme « Ma santé 2022 » poursuit les objectifs d'amélioration de l'accès aux soins et de transformation numérique. De plus les pouvoirs publics veulent faire du numérique un « *gisement de progrès pour la santé* », passant par la dématérialisation d'un certain nombre de soins, et non plus seulement d'actes médicaux¹⁰⁸⁵. Ainsi, la loi du 24 juillet 2018 a rebaptisé le chapitre 6 du Code de la santé publique « *télémedecine* » en « *télésanté* »¹⁰⁸⁶.

382. Définition du télésoin – Le télésoin a été consacré par la loi du 24 juillet 2019 qui s'inscrit dans la stratégie nationale « Ma santé 2022 »¹⁰⁸⁷. L'objectif est d'améliorer l'accès aux soins et de développer l'ambulatoire pour trouver des solutions alternatives à l'hospitalisation du patient. Comme la télémedecine, le télésoin est une forme de pratique de soins à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication. L'article L. 6316-2 du Code de la santé publique dispose que le télésoin met en rapport un patient avec un ou plusieurs pharmaciens et auxiliaires

¹⁰⁸³ D. ACKER et P. SIMON, Rapport à Mme la Directrice générale de l'offre de soins, Ministère de la Santé « La place de la télémedecine dans l'organisation des soins », 2008, p. 8.

¹⁰⁸⁴ O. RENAUDI, « Télémedecine, télésanté, télésoins : des paroles aux actes », *RDSS* 2020, p. 5.

¹⁰⁸⁵ Etude d'impact du projet de loi relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé, 13 fev. 2019, p. 103.

¹⁰⁸⁶ Loi n°2019-772, 24 juill. 2019.

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*.

médicaux dans l'exercice de leurs compétences prévues au présent Code¹⁰⁸⁸. La télémédecine, quant à elle, met en relation un médecin avec son patient ou peut mettre en relation des professionnels de santé sans la présence du patient¹⁰⁸⁹. Les rapporteurs du texte à l'Assemblée nationale ont utilisé une formule vague : « *selon l'étude d'impact, seraient concernées, les professions visées par le livre III de la 4^e partie du Code de la santé publique, à l'exception des aides-soignants, ambulanciers et assistants dentaires* »¹⁰⁹⁰. Autrement dit, sont visés les infirmiers, les orthophonistes, les orthoptistes, les maïeuticiens ou les sage-femmes, les masseurs-kinésithérapeutes, les podologues et les diététiciens qui appartiennent à la catégorie des auxiliaires médicaux. Les pharmaciens peuvent aussi pratiquer le télésoin. Cette possibilité est heureuse, car le pharmacien constitue un acteur de santé de proximité régulièrement interrogé par le patient notamment celui atteint d'une maladie chronique.

B- L'espace numérique de santé

383. Vers la généralisation du dossier médical de santé – À la suite de l'adoption du règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD), qui a fait passer la législation sur le traitement des données personnelles d'une logique d'autorisation à une logique de conformité et créé des cas dérogatoires de collecte des données personnelles sensibles dès lors que celle-ci est effectuée dans un objectif d'intérêt général, le législateur est passé à une logique « opt-out » à partir du 1^{er} janvier 2022, avec l'ouverture de l'espace numérique de santé. Celui-ci est créé automatiquement, sauf opposition de la personne concernée, et les données sont plus nombreuses¹⁰⁹¹. Outre le DMP, qui connaît une véritable extension depuis l'épidémie

¹⁰⁸⁸ Les activités de télésoin ainsi que leurs conditions de mise en œuvre en ont été définies par le décret n° 2021-707 du 3 juin 2021 relatif à la télésanté codifié aux articles R. 6316-2 à R. 6316-4 du Code de la santé publique.

¹⁰⁸⁹ O. RENAUDI, « Télémédecine, télésanté, télésoins : des paroles aux actes », *RDSS* 2020, p. 5.

¹⁰⁹⁰ Rapport sur le projet de loi relatif à l'organisation et la transformation du système de santé, Ass. Nat., vol. II, n°1767, 14 mars 2019, p. 124.

¹⁰⁹¹ CSP, art. L. 1111-13-1 ; monespacesante.fr.

de la Covid-19¹⁰⁹², cet espace numérique contient les données relatives au remboursement des dépenses de santé, une messagerie sécurisée permettant aux professionnels de santé et aux établissements d'échanger entre eux, des services de télésanté, l'accès à des applications voire les constantes de santé du patient produites par les objets connectés¹⁰⁹³. Ce site sera compatible avec tous les terminaux (smartphones, tablettes et ordinateurs) et une application mobile sera disponible. Le dispositif a été conçu pour permettre à l'assuré de mieux se soigner ou de mieux être soigné en s'impliquant dans la gestion et le partage de ses informations et documents. L'avenir permettra de confirmer, ou non, si ce nouvel outil permet de responsabiliser davantage l'assuré social, qui peut toujours s'opposer au versement de documents au sein de son DMP.

§2. *L'organisation des soins*

384. *Plan* – Pour améliorer l'organisation des soins, le législateur a travaillé sur leur coordination (A) et la coopération des acteurs de santé (B). La réussite de la transition sociologique, juridique et sanitaire de l'*empowerment* du patient est conditionnée aux facteurs organisationnels qui regroupent une bonne coordination des soins et des réseaux de santé, ainsi qu'une prise en charge pluridisciplinaire facile d'accès¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² 10 millions de DMP ont été ouverts en 2021, 11 100 médecins généralistes l'utilisent désormais et chaque dossier contient en moyenne 20 documents.

¹⁰⁹³ Sur la raison d'être et la philosophie du secret médical, v. : J. LAGREE, « Éthique et partage du secret professionnel », *RDSS* 2015, p. 465. Pour une étude critique des limites portées au droit au secret de la personne malade, v. M. HARICHAUX, « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *RDSS* 2006, p. 109 ; C. LE GOFFIC, « Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine », *RDSS* 2011, p. 987.

¹⁰⁹⁴ K.V. LAARIBI, « L'empowerment » du patient chronique et la transformation du système de santé », in C. HERVE, M. STANTON-JEAN et M-F MAMZER, *La participation des patients*, Dalloz, 2017, p. 105.

A- Coordination

385. *Une nécessité* – Améliorer la coordination des soins constitue une nécessité. La fluidité du parcours de soin est au cœur de l'évolution du système de santé comme l'illustrent les différentes lois exposées ci-dessous¹⁰⁹⁵. Tout d'abord, la loi dite HPST du 21 juillet 2009, suivie de la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016 (Titre II de la loi), a introduit diverses mesures destinées à améliorer le parcours de soins du patient¹⁰⁹⁶.

386. *La loi HPST de 2009* – Une des mesures phare d'amélioration du système de santé adoptée en 2009 réside dans le décloisonnement hôpital – médecine de ville¹⁰⁹⁷. Peuvent être citées deux mesures à titre d'illustration. L'agence régionale de l'hospitalisation est devenue l'agence régionale de santé (ARS) et la planification hospitalière est devenue la planification sanitaire. La notion de service public hospitalier s'est peu à peu diluée, car certaines missions peuvent désormais être assumées par les établissements de santé privés.

387. *La loi de modernisation du système de santé de 2016* – La loi de modernisation du système de santé de 2016 poursuit les efforts menés par la loi de 2009 en instituant un renforcement de la coopération sur un modèle plus coercitif. Elle impose la transformation des communautés hospitalières territoriales (CHT) en groupements hospitaliers de territoires (GHT) pour coordonner sur le territoire l'action des établissements publics de santé tout en développant une offre de soins complémentaire selon leur niveau de spécialisation. Aussi, sont créées les équipes de soins primaires (ESP) qui fédèrent plusieurs professionnels de santé assurant des soins

¹⁰⁹⁵ J. SAISON, « Le parcours du patient au cœur de l'évolution du système de santé », *RDSS* 2021, p. 395 ; V. VIOUJAS, « Parcours du patient et relation médicale », *RDSS* 2021, p. 445.

¹⁰⁹⁶ Exposé des motifs de la loi du 26 janvier 2016.

¹⁰⁹⁷ F. SCOTTE, « Parcours de soin du patient atteint du cancer : De l'ambulatorio à la médecine personnalisée », in C. HERVE et M. STANTON-JEAN (sous la dir.), *Les nouveaux paradigmes de la médecine personnalisée ou médecine de précision, Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, Dalloz, 2014, p. 8 ; P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p.309, n°281.

de premier recours, incluant au moins un médecin généraliste. Les plateformes territoriales d'appui (PTA), quant à elles, ont pour objet d'apporter un soutien aux professionnels de santé par l'information et l'orientation dans l'accompagnement à l'organisation des parcours complexes et le soutien aux pratiques professionnelles en termes de qualité et de sécurité des soins. Enfin, la mise en place des communautés professionnelles territoriales de santé (CPTS) est la mesure phare de cette loi. Ces nouvelles structures associent professionnels de santé pour assurer des soins de premier ou de deuxième recours, mais aussi des acteurs médico-sociaux et sociaux¹⁰⁹⁸. L'objectif est de « *créer sur les territoires un véritable collectif de soins qui associe les professionnels de santé de tous les métiers, les hôpitaux, les professionnels de ville et du secteur médico-social* » afin de mettre leurs compétences « *au service de la santé des patients de leur territoire* »¹⁰⁹⁹. Cet élan se retrouve dans de nombreux pays développés. À titre d'exemple, le Danemark souhaite aussi rapprocher les services de soins ambulatoires et les services de soins aigus. Le programme « matador » a été instauré en 2000 pour les diabétiques. L'objectif est de transférer certaines compétences des médecins vers les infirmières et un volume de soins de l'hôpital vers la ville. Les personnes atteintes de maladies chroniques intègrent le programme via le médecin généraliste. Chaque équipe de prise en charge est composée d'un endocrinologue, d'un médecin généraliste et d'une infirmière spécialisée dans la gestion du diabète. Les patients voient l'infirmière une fois par trimestre, l'endocrinologue une fois par an et suivent le programme d'ETP avec l'infirmière.

388. La SNS 2018-2022 et le plan « Ma Santé 2022 » – Toutefois, ces mesures françaises étaient encore insuffisantes. Aussi, la coordination des soins fut mise en avant par la SNS 2018-2022 et surtout déployée par le plan « Ma santé 2022 », présentée le 18 septembre 2018. Elle vise à renforcer les actions amorcées par la loi du 26 janvier 2016, de modernisation de notre système de santé, dans un objectif de prise

¹⁰⁹⁸ CSP, art. L. 1434-12 et 13.

¹⁰⁹⁹ Ministère des solidarités et santé, « Ma santé 2022, Un engagement collectif », Dossier de presse, 18 septembre 2018, p. 21.

en charge globale de la personne malade, dépendante ou en situation de handicap¹¹⁰⁰. Elle a pour « *but d'assurer l'unité nécessaire à une prise en charge globale de la santé des personnes* » en décloisonnant le financement, l'organisation des soins, les exercices professionnels et les formations. L'objectif est de généraliser l'exercice collectif de la santé. Pour donner suite au bilan mitigé établi par l'IGAS sur les CPTS, il a été préconisé une nouvelle stratégie de déploiement dans laquelle s'inscrit « Ma Santé 2022 ». Les CPTS sont désormais tenues d'assurer l'accès et la continuité des soins de second recours tout en organisant la réponse aux soins non programmés. Elles assureront également la continuité des prises en charge par la sécurisation des allers-retours domicile-établissement et le maintien à domicile des personnes les plus vulnérables. Elles pourront enfin réaliser des missions de prévention et d'éducation thérapeutique.

Le plan « Ma Santé 2022 » est consacré législativement par la LFSS pour 2019 et institue deux négociations conventionnelles pour systématiser l'exercice coordonné de l'action sanitaire¹¹⁰¹. La première négociation porte sur le déploiement d'assistants médicaux destinés à libérer du temps médical pour améliorer la prise en charge des patients et la modulation de la rémunération de professionnels de santé s'inscrivant dans un exercice coordonné. La seconde négociation porte sur la définition du cadre d'exercice des CPTS, intégrant la définition de la notion d'exercice coordonné, la détermination d'un socle commun de missions et des financements de la fonction de coordination.

La loi relative à l'organisation et à la transformation du système de santé n°2019-774 du 24 juillet 2019 (dite loi OTSS) met aussi en œuvre le plan « Ma Santé 2022 ». « *Le présent projet de loi a comme première pierre de touche la structuration des soins de proximité et la constitution d'un collectif de soins. Des ponts et des outils de coopération doivent être créés entre hôpital, ville et secteur médico-social. L'exercice coordonné a vocation à se développer, la gradation des soins à être clarifiée et*

¹¹⁰⁰ J. SAISON, « « Ma Santé 2022 » : une nouvelle étape vers la consécration d'un service public de santé ? », *RDSS* 2019, p. 25.

¹¹⁰¹ Art. 42 de la loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019.

*assumée, pour fluidifier le parcours des patients et améliorer la qualité, la sécurité et la pertinence des soins dispensés »*¹¹⁰².

Enfin, il résulte du Ségur de la santé, concertation avec les acteurs du système de soins français qui s'est déroulée du 25 mai 2020 au 10 juillet 2020, l'objectif de « *fédérer des acteurs de la santé dans les territoires au service des usagers* ». L'objectif reste le découplage du système de santé avec pour matrice le parcours de soins.

B- Coopération

389. Repenser les professions médicales, la nécessité pour une prise en charge pluridisciplinaire efficace – Historiquement, la France a fait le choix d'une définition limitative des professions de santé, réglementées par la 4^e partie du Code de santé publique¹¹⁰³. L'État ayant l'obligation de veiller sur la santé des individus, il doit assurer la qualité et la sécurité scientifiques des prestations. Sont donc distingués les professions de santé réglementées par la 4^e partie du Code de la santé publique et les professionnels de santé qui n'y sont pas assimilés. Ces derniers sont, par exemple, les psychologues, ostéopathes, diététiciens. N'étant pas des professions de santé réglementées, cette catégorie ne voit pas ses prestations remboursées par la Sécurité sociale, mais plutôt par les régimes de protection sociale complémentaire. Ce cloisonnement est aujourd'hui confronté aux objectifs d'accès aux soins et de qualité ainsi qu'aux évolutions de maladie (plurifactorielle et chronique). « *Les conditions de base pour une transposition du chronic care model ne sont pas réunies faute d'équipes de soins constituées autour et sous l'autorité du médecin* »¹¹⁰⁴. La prise en charge doit être pluridisciplinaire et les professions médicales ne sont pas les seules à être indispensables pour qu'elle soit efficace¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² Exposé des motifs du projet de loi n°2019-774 du 24 juillet 2019 (dite loi OTSS).

¹¹⁰³ M-L MOQUET-ANGER, « Professions et professionnels de santé », *RDSS* 2022, p. 99.

¹¹⁰⁴ P-L BRAS, G. DUHAMEL et E. GRASS, « Améliorer la prise en charge des maladies chroniques : les enseignements des expériences étrangères de *disease management* », Rapport fait au nom de l'IGAS, sept. 2006.

¹¹⁰⁵ CONSEIL D'ÉTAT, « Les professions de santé demain », Colloque du 7 février 2020.

Aux États-Unis, par exemple, les programmes de *disease management* favorisent le contact direct des patients avec les infirmiers. Sont aussi mobilisés, sous l'autorité du médecin, d'autres professionnels de santé comme les kinésithérapeutes ou les diététiciens¹¹⁰⁶. Au Royaume-Uni, le programme *Evacare*, né en 2003, s'adresse aux patients atteints de plusieurs pathologies chroniques. Le but est de réduire la polymédication et le recours à l'hospitalisation. Ce programme fait intervenir des infirmières seniors qui interviennent en dehors des cabinets médicaux par téléphone ou au domicile des patients. Elles agissent en lien plus ou moins étroit avec le médecin traitant. Forte de ces expériences étrangères, l'inspection générale des affaires sociales (IGAS) appelle à repenser les professions médicales dans son rapport de 2008, relatif à l'amélioration de la prise en charge des maladies chroniques, via notamment des coopérations interprofessionnelles et de la montée en compétence des professionnels paramédicaux¹¹⁰⁷. Il est nécessaire de résoudre le problème lié à la fragmentation de la prise en charge, si souvent dénoncée¹¹⁰⁸. Les pouvoirs publics français en sont bien conscients. Le deuxième axe de la stratégie nationale de santé 2018-2022, intitulé « *garantir la qualité, la sécurité et la pertinence des prises en charge au bénéfice de la population* », se préoccupe de cette problématique. Un de ses axes a pour objectif d'assurer la continuité des parcours avec une offre transversale entre les acteurs sanitaires et médicaux sociaux. Pour concrétiser cet objectif, plusieurs structures ont été créées en ce sens.

¹¹⁰⁶ P-L BRAS, G. DUHAMEL et E. GRASS, « Améliorer la prise en charge des malades chroniques ; les enseignements des expériences étrangères de « *disease management* », Rapport fait au nom de l'IGAS, sept 2006 ; CONSEIL D'ÉTAT, « Les professions de santé demain », Colloque du 7 février 2020.

¹¹⁰⁷ P-L BRAS et G. DUHAMEL, « Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins » Rapport fait au nom de l'IGAS, nov. 2008 ; IGAS, Rapport de synthèse n°2021-051R, p. 6.

¹¹⁰⁸ E. CANIARD, « L'encadrement de l'observance », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007, p. 91 ; K.V. LAARIBI, « « L'empowerment » du patient chronique et la transformation du système de santé », in C. HERVE, M STANTON-JEAN et M-F MAMZER, *La participation des patients*, Dalloz, 2017. p. 105.

390. Les réseaux de soins – La notion de réseaux de soins a trouvé sa principale justification dans les contradictions et les dysfonctionnements propres d'une pratique médicale hyper spécialisée et segmentée¹¹⁰⁹. Il s'agit de permettre aux professionnels de santé d'opérer des transferts d'activité ou d'actes de soins et de redéfinir les moments d'interventions auprès du patient¹¹¹⁰. Nés de manière informelle, puis de manière expérimentale avec l'ordonnance du 24 avril 1996¹¹¹¹, les réseaux de soins ont été consacrés légalement par la loi du 4 mars 2002. Ils ont pour missions de « *favoriser l'accès aux soins, la coordination, la continuité ou l'interdisciplinarité des prises en charge sanitaires, notamment de celles spécifiques à certaines populations, pathologies ou activités sanitaires* »¹¹¹². L'article L. 6321-2 du Code de la santé publique leur prête de nombreuses formes possibles. Ils peuvent être constitués entre professionnels de santé libéraux, les médecins du travail, des établissements de santé, des groupements de coopération sanitaire, des centres de santé, des institutions sociales ou médico-sociales et des organisations à vocation sanitaire ou sociale, ainsi qu'avec des représentants des usagers. Ces réseaux peuvent s'organiser sous forme de groupements de coopération sanitaire, de groupements d'intérêt économique, de groupement d'intérêt public ou d'associations. En pratique, différents types de réseaux ont été mis en place, caractérisés par des finalités, objectifs, organisations et intervenants différents. Leur reconnaissance passe souvent par des structures diverses ne favorisant pas une conception globale de leur fonctionnement et n'assurant pas la pérennité de leur financement, condition nécessaire à leur survie à long terme.

¹¹⁰⁹ X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, 4^e éd., 2020, p. 254 ; S. BARRE, C. EVIN, P-Y FOURE, L. HOUDART, D. LAROSE, G. POUTOUT et E. PTAKHINE, *Traité pratique des réseaux de santé*, Berger-Levrault, 2005 ; M. FIESCHI, « Vers le dossier médical personnel », *Dr. soc.* 2005, p. 80.

¹¹¹⁰ D. TABUTEAU, « La politique de santé, des lois d'août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 595.

¹¹¹¹ Ord. n°96345, du 24 avr. 1996.

¹¹¹² CSP, art. L. 6321-1.

391. *Coopération professionnelle* – La loi du 21 juillet 2009 a inséré un nouveau chapitre dans le Code de la santé publique intitulé « *Coopération entre professionnels de santé* ». N'est plus seulement visée la coopération entre établissements et services de santé¹¹¹³. Les articles L. 4011-1 à L. 4011-3 de ce Code sont désormais consacrés aux transferts d'activités ou d'actes de soins opérés entre professionnels de santé ou sur la réorganisation des modes d'intervention auprès du patient. L'objectif est de favoriser de nouvelles organisations des soins ou des modes d'exercice partagés qui répondent à des besoins de santé. Auparavant, les transferts de compétences étaient autorisés de manière expérimentale entre certaines professions médicales¹¹¹⁴. Le protocole ASALEE (action de santé libérale en équipe) permettait par exemple à des infirmiers dans le cadre d'une coopération avec des médecins généralistes de déroger à leurs conditions légales d'exercice c'est-à-dire de réaliser, en lien avec le médecin, des actes relevant initialement de la compétence de ce dernier. Étaient concernés le diabète, l'hépatite C, l'ophtalmologie. L'expérimentation est généralisée par la suite à tous les acteurs de santé et à toutes les spécialités. Aujourd'hui, l'article L. 4011-1 du Code de la santé publique dispose : « *les professionnels de santé peuvent s'engager, à leur initiative, dans une démarche de coopération ayant pour objet d'opérer entre eux des transferts d'activités ou d'actes de soins ou de réorganiser leurs modes d'intervention auprès du patient. Ils interviennent dans les limites de leurs connaissances et de leur expérience ainsi que dans le cadre des protocoles définis aux articles L. 4011-2 et L. 4011-3* ». Il peut s'agir de protocoles de coopération au niveau national ou au niveau territorial. Au niveau national, les candidats s'engagent par une simple déclaration sur les protocoles déjà autorisés par des arrêtés ministériels ou répondent à des appels à manifestations. Au niveau territorial, un protocole de

¹¹¹³ C. BERGOIGNAN-ESPER, « Les formes nouvelles de coopération des acteurs de santé : entre innovation et modernisation », *RDSS* 2009, p. 806.

¹¹¹⁴ D. TABUTEAU, « La politique de santé, des lois d'août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 595.

coopération est soumis à l'ARS, qui vérifie la correspondance du projet avec un besoin de santé¹¹¹⁵. Puis, le protocole est transmis à l'HAS qui émet un avis¹¹¹⁶.

392. *Extension de missions de certaines professions de santé* – Le premier type d'extension qui peut être mentionné est la pratique avancée. Introduite en France par la loi du 26 janvier 2016, elle permet à des professionnels paramédicaux (par exemple, des infirmiers) d'exercer des missions et des compétences plus poussées, jusque-là dévolues aux seuls médecins¹¹¹⁷. L'article L. 4301-1 du Code de la santé publique permet l'exercice de la pratique avancée pour les soins de ville au sein d'établissement de santé en exercice coordonné, dans les hôpitaux des armées, en établissements médicaux-sociaux et en assistance d'un médecin spécialiste hors soins primaires¹¹¹⁸. Aujourd'hui, seule la profession d'infirmier bénéficie de cette possibilité de manière concrète et trois domaines d'intervention ont été définis dans un premier temps : les pathologies chroniques stabilisées et les polypathologies courantes en soins primaires, l'oncologie et l'hémo-oncologie, la maladie rénale chronique, la dialyse, la transplantation rénale. Toutefois, la loi ne limite pas le champ de cette pratique à ces seules professions médicales. Cette pratique est en passe de se développer. Le second type d'extension est propre aux pharmaciens d'officine qui voient leurs missions élargies. Sur le plan de la prévention, la loi du 26 décembre 2023 permet au pharmacien de délivrer plus rapidement certains antibiotiques, sans prescription médicale, après la réalisation d'un test rapide d'orientation diagnostique d'une angine

¹¹¹⁵ Décret n°2019-1482 du 27 décembre 2019.

¹¹¹⁶ Décret n°2020-148 du 21 févr. 220 relatif au fonctionnement du comité national des coopérations interprofessionnelles et des protocoles nationaux prévus à l'article L. 4011-3 et à leur application au service de santé des armées ; Décret n°2021-804 du 24 juin 2021 relatif aux modalités de déclaration et de suivi des protocoles locaux de coopération des établissements de santé, des groupements hospitaliers de territoire et du service de santé des armées.

¹¹¹⁷ Article 119 de loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

¹¹¹⁸ Ce mouvement se retrouve dans d'autres pays européens comme le Royaume-Uni. En ce sens, v. : P-L BRAS, G. DUHAMEL et E. GRASS, « Améliorer la prise en charge des malades chroniques ; les enseignements des expériences étrangères de « *disease management* », Rapport fait au nom de l'IGAS, sept. 2006.

d'origine bactérienne ou d'une cystite aiguë non compliquée chez la femme¹¹¹⁹. Ils disposent aussi de nouvelles compétences vaccinales¹¹²⁰ et peuvent être correspondants au sein de protocoles de coopération professionnelle. Depuis la loi Buzyn du 24 juillet 2019, le télésoin est possible pour les pharmaciens et auxiliaires médicaux afin de consolider les ponts entre pratique médicale et activité pharmaceutique ou paramédicale¹¹²¹.

De manière indéniable, les professions médicales évoluent. Les conclusions du « Ségur de la santé » prônent l'émergence de professions médicales intermédiaires¹¹²². Selon ce rapport, il manquerait une profession intermédiaire entre le bac +3 et le bac +10 pour améliorer l'accès aux soins et le partage d'informations.

§3. Le financement des soins

393. Plan – La réforme du système de santé ne peut être menée à bien sans repenser les modalités de financement. Le paiement à l'acte est inadapté aux nouvelles organisations de prise en charge (A). De nouvelles modalités doivent être déployées, telles que la rémunération forfaitaire et la rémunération à la performance (B).

¹¹¹⁹ CSP art. L. 5125-1-1A ; Expérimentation OSYS (orientation dans le système de soins) menée en Bretagne dans le cadre de l'article 51 de la loi du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 vise à apporter par des pharmaciens d'officine localisées en zone de sous-densité médicale, une réponse aux patients pour des situations de premier recours, de manière à décharger les médecins généralistes.

¹¹²⁰ Nouvelle convention organisant les rapports entre les pharmaciens d'officine et l'assurance maladie du 9 mars 2022, approuvée par arrêté du 31 mars 2022 (JO 10 avr. 2022). Le décret n°2022-610 du 21 avr. 2022 relatif aux compétences vaccinales des infirmiers et des pharmaciens d'officine permet au pharmacien d'officine l'administration de 15 vaccins aux personnes âgées de 16 ans et plus, selon les modalités spécifiques à chaque vaccin et sur prescription médicale.

¹¹²¹ CSP, art. L. 6316-2.

¹¹²² Cette alerte avait déjà été émise par le Conseil d'État en 2020. V. : Conseil d'État, « Les professions de santé demain », Colloque du 7 février 2020.

A- Inadaptation du paiement à l'acte

394. Une nécessaire évolution des modes de rémunération – Pour améliorer le système de santé, il faut repenser les modalités de financement. Historiquement, deux systèmes de rémunération s'opposent. Le premier est le paiement prospectif qui utilise la voie de la capitation ou du salariat. Le second est le paiement rétrospectif qui correspond à la tarification à l'activité. Les systèmes dits universels comme l'Espagne et le Royaume-Uni recourent au forfait à l'inverse des systèmes de tradition bismarckienne, comme en France et en Allemagne, qui recourent au paiement à l'acte¹¹²³. Le système de santé français a été construit sur un modèle de rémunération à l'acte dit tarification à l'activité (T2A)¹¹²⁴. Il s'agit d'un mode de rémunération à posteriori, qui rétribue la dispensation d'un acte ou d'une consultation pour un patient. Cette modalité est fortement liée au caractère libéral de l'activité médicale en France. Héritage du principe de l'entente directe¹¹²⁵, le paiement direct à l'acte par le malade constitue un des principes déontologiques fondamentaux de l'activité médicale. Toutefois, la médecine, la prise en charge de la santé, les pathologies et les attentes des patients ont évolué. Un suivi régulier et une prise en charge pluridisciplinaire sont indispensables. Les pathologies de plus en plus chroniques ne peuvent être correctement prises en charge au cours d'une consultation unique. Aussi, la tarification à l'acte favorise l'aspect curatif au détriment de la prévention et de l'ETP, faute d'être actuellement rétribués¹¹²⁶. Alors que le risque social a été conçu pour assurer les individus contre les risques de l'existence, les dépenses de prévention sont

¹¹²³ Le Royaume-Uni et États-Unis recourent à la capitation cumulée au salariat. Les Pays-Bas utilisent la capitation et le paiement à l'acte.

¹¹²⁴ R. MARIE, « L'évolution des techniques de rémunérations de ville : approche de droit comparé », *RDSS* 2012, p. 1049.

¹¹²⁵ CSP, art. L. 162-2.

¹¹²⁶ R. MARIE, « Rémunération sur objectifs de santé publique et subordination des médecins libéraux », *RDSS* 2013, p. 615.

mal prises en charge¹¹²⁷. Pour ces nombreuses raisons, la tarification à l'activité perd de sa pertinence¹¹²⁸.

B- Nouvelles modalités

395. Plan – La Convention médicale du 26 juillet 2011 actait le recours à trois modes de rémunération : la rémunération à l'acte, la rémunération forfaitaire (1), la rémunération à la performance (2)¹¹²⁹.

1- Rémunérations forfaitaires

396. Les forfaits adoptés – Face aux enjeux de la T2A, une solution peut être trouvée dans la rémunération forfaitaire qui favorise la continuité des soins, un suivi global du patient et la prévention. Le paiement au forfait est destiné à solvabiliser, valoriser et encourager de nouvelles tâches. Initié aux États-Unis et généralisé en Angleterre à partir de 2004, la France s'inscrit aussi timidement dans ce mouvement. Parmi les rémunérations systématisées peuvent être cités¹¹³⁰ :

- le forfait majoration personnes âgées (personnes de plus de 80 ans) ;
- le forfait versé pour le suivi des patients en ALD (adultes ou enfants) ;
- le forfait versé pour le suivi post ALD ;
- la majoration pour les consultations de maladies neurodégénératives.

¹¹²⁷ I. VACARIE, A. ALLOUACHE, A-S GINON, Y. FERKANE et S. LEROY, « Crise de l'État-providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2008, p. 1103.

¹¹²⁸ Dès 1994, Yves Saint-Jours dénonçait l'incompatibilité entre le paiement à l'acte et la réalisation de la médecine prévention. V. : Y. SAINT-JOURS, « La sécurité sociale et la prévention des risques sociaux », *Dr. soc.* 1994, p. 594 ; I. VACARIE, A. ALLOUACHE, A-S GINON, Y. FERKANE et S. LEROY, « Crise de l'État-providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2008, p. 1103.

¹¹²⁹ Article 25 de l'arrêté du 22 septembre 2011 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et spécialistes.

¹¹³⁰ M. BADEL, « Retour sur la rémunération des médecins ... encore libéraux ? », *RDSS* 2022, p. 1088.

Ces forfaits ont été revus et fusionnés, par la convention médicale de 2016, au sein de l'unique forfait patientèle adressé aux médecins traitants du secteur 1 ou engagés auprès de l'OPTAM¹¹³¹. A aussi été créé le « forfait structure », destiné à améliorer la gestion des cabinets médicaux (équipement du cabinet et nouveaux modes d'organisation pour améliorer les services aux patients)¹¹³². Ce forfait ne cesse d'être enrichi. Par exemple, en 2022, le médecin traitant est encouragé à faire des synthèses médicales pour le DMP. Lui est versé 1 500€ si au moins 50% de sa patientèle a un volet de synthèses médicales (VSM) dans son DMP et 3 000€ si 90% sont atteints (le DMP existe toujours et constitue une pierre angulaire de l'espace de santé)¹¹³³. Aussi, la démarche de la prise en charge coordonnée est valorisée, notamment en cas de participation du médecin à une équipe de soins primaires, à une maison de santé pluriprofessionnelle, à une communauté professionnelle territoriale de santé¹¹³⁴.

397. Les forfaits expérimentés – Le plan « Ma santé 2022 » adopté en 2018 et le rapport Aubert ont accentué la dynamique de supplémentation de l'honoraire. Depuis, sont expérimentés :

- La rémunération par épisode de soins¹¹³⁵ : consiste à verser un paiement forfaitaire unique pour l'ensemble des prestations nécessaires à la prise en charge globale d'une pathologie donnée, en ambulatoire comme à l'hôpital. L'article 51 de la LFSS pour 2018 a mis en place un cadre générique d'expérimentation au profit d'organisations innovantes permettant de décloisonner le système de santé et d'inciter à la coopération entre les acteurs¹¹³⁶. Ces expérimentations ont également un objectif d'efficience et de

¹¹³¹ <https://www.ameli.fr/> ; Arrêté du 20 octobre 2016 portant approbation de la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 25 août 2016.

¹¹³² Ce dispositif a été prorogée par le règlement arbitral du 1er mai 2023.

¹¹³³ L'échec de l'ancien DMP a notamment pour facteur la crainte de voir de nouvelles tâches administratives leur incomber, sans que ce temps ne soit rémunéré. L'obstruction est désormais levée sur ce point. En ce sens, v. : M. FIESCHI, « Vers le dossier médical personnel », *Dr. soc.* 2005, p. 80 ; « Touraine préconise un dossier médical personnel de 2^e génération », *LSQ* 9 nov. 2012, n° 16219.

¹¹³⁴ <https://www.ameli.fr>.

¹¹³⁵ <https://sante.gouv.fr/>

¹¹³⁶ Article L. 162-31-1 du Code de la sécurité sociale.

meilleure prise en compte de la prévention et de la qualité des soins. C'est dans ce cadre que le ministère en charge de la Santé et l'Assurance maladie, ont lancé, le 17 juillet 2019, l'expérimentation d'un paiement à l'épisode de soins chirurgicaux pour la colectomie pour cancer, la prothèse totale de hanche et la prothèse totale de genou.

- L'incitation à la prise en charge partagée pour les établissements¹¹³⁷ : le principe est qu'un groupement de professionnels de santé volontaires se constitue sur un territoire et définit des actions à mettre en œuvre au service de leur patientèle, afin d'améliorer notamment l'accès aux soins et la coordination des prises en charge. L'expérimentation a débuté dès juin 2019 pour les 18 groupements d'acteurs en santé ayant participé aux travaux de co-construction. Une « seconde vague » de groupements expérimentateurs à compter du 1^{er} janvier 2020 a été sélectionnée à la fin de l'année 2019 sur la base d'un appel à candidatures national. Le groupement d'acteurs en santé candidat peut prendre différentes formes (groupement de maisons de santé pluriprofessionnelles, centre de santé, communauté professionnelle territoriale de santé...). Le seul prérequis est qu'il contienne des médecins traitants participant au groupement et que la patientèle totale du groupement soit supérieure à 5000 patients. Cet intéressement ne se substitue pas au paiement à l'acte et laisse le groupement libre dans son utilisation.
- Le paiement à l'équipe professionnelle de santé pour les équipes professionnelles de ville : des professionnels de santé (médecins généralistes et infirmiers) exerçant dans une structure de ville déjà constituée (maisons ou centres de santé, par exemple) se portent volontaires pour être rémunérés au forfait et non à l'acte pour trois types de patientèle. Il s'agit soit de l'ensemble de la patientèle « médecin traitant » des médecins généralistes ou du centre de santé participant à l'expérimentation, soit de la patientèle « médecin traitant »

¹¹³⁷ <https://sante.gouv.fr/>.

des personnes âgées de plus de 65 ans, soit de la patientèle « médecin traitant » diabétique (de type 1 ou 2).

2- Rémunérations sur objectifs

398. L'exemple du modèle anglais – Se dessine dans certains pays de l'OCDE, tels que le Royaume-Uni, les États-Unis, l'Allemagne ou encore le Canada, une tendance à faire évoluer les techniques de rémunération des médecins de ville en utilisant de nouveaux modes de financement tournés vers la performance¹¹³⁸. Citons par exemple le modèle anglais au sein duquel, traditionnellement, le médecin traitant passe un contrat avec le NHS (National *Health Service* qui est l'équivalent du ministère de la Santé en France) via une structure locale décentralisée de gestion (*Primary care group ou trust*)¹¹³⁹. Désormais, une partie de la rémunération des médecins dépend de leurs performances sanitaires. Ils sont incités à appliquer les recommandations médicales de bonne pratique alors que, jusqu'alors, leurs revenus étaient liés au nombre de personnes inscrites auprès d'eux. Le dispositif « *quality ad outcomes framework* » a été mis en place en avril 2004 dans le cadre des nouveaux contrats passés entre le NHS et les médecins généralistes. Il se compose de 146 indicateurs auxquels un certain nombre de points est attribué donnant lieu à une rémunération supplémentaire, en sus de la dotation à la capitation. Sur le modèle anglais, la France a tenté l'aventure de la rémunération à la performance de manière expérimentale avec la création du contrat d'amélioration des pratiques individuelles

¹¹³⁸ P-L BRAS, G. DUHAMEL et E. GRASS, « Améliorer la prise en charge des malades chroniques ; les enseignements des expériences étrangères de « *disease management* », Rapport fait au nom de l'IGAS, sept. 2006 ; R. MARIE, « L'évolution des techniques de rémunérations de ville : approche de droit comparé », *RDSS* 2012, p. 1049 ; L. MORIN, L. MORIN, C. FOURY, P. BRIOT, A. PERROCHEAU, J. PASCAL, « Modalités d'application du « *disease management* » concernant l'organisation et la rémunération des professionnels aux USA, en Allemagne et en Angleterre : perspectives pour la France », *Santé Publique* 2010, p. 581.

¹¹³⁹ Il s'agit des responsables de l'état de santé de la population de leur ressort territorial (à l'image des ARS) qui doivent réduire les inégalités, identifier les besoins, assurer une bonne organisation de la prise en charge et des soins primaires par les cabinets médicaux de groupe qu'ils supervisent.

(CAPI) avant de pérenniser le dispositif avec la rémunération sur objectif de santé publique (ROSP).

399. L'inauguration du mécanisme par le CAPI – Concernant la rémunération à la performance, appelée aussi rémunération objectivée¹¹⁴⁰, le biais de la contractualisation est fortement mobilisé. Le contrat d'amélioration des pratiques individuelles (CAPI) a été institué à titre expérimental par la loi de financement de la Sécurité sociale de 2008 puis intégré à la convention médicale de 2011 avec la création d'une rémunération sur objectif de santé publique (ROSP) fondée sur des indicateurs décomptés en points¹¹⁴¹. Le CAPI est destiné aux médecins traitants et est signé pour une durée de 3 ans. Il comprend deux chapitres. Le premier contient 9 indicateurs. Il traite du dépistage, du suivi des pathologies chroniques et vise à consolider la participation du médecin aux actions de prévention (dépistage du cancer du sein, vaccination contre la grippe, etc.). Le deuxième chapitre regroupe 7 indicateurs et traite de l'optimisation des prescriptions. Il vise à promouvoir des prescriptions moins onéreuses à l'efficacité comparable conformément aux données actuelles de la science. L'objectif cible est déterminé à partir de la loi santé publique, des recommandations des autorités sanitaires (HAS, AFSSAPS) ou sur la base de comparaisons internationales. Pour que le médecin soit éligible, son activité doit atteindre au moins 13 des 15 indicateurs non déclaratifs, calculés en fonction d'un seuil minimal, permettant de les apprécier de façon viable. Il s'agit, soit d'un nombre minimal de patients variable selon l'indicateur, soit d'un volume minimum de boîtes de médicaments prescrites et remboursées. Est aussi introduite la notion d'objectif intermédiaire du médecin, déterminé en fonction de la situation des médecins traitants au regard de cet indicateur. Si le niveau constaté du médecin est inférieur à l'objectif intermédiaire de l'indicateur, la rémunération est basée sur la progression réalisée à

¹¹⁴⁰ M. BADEL, « Retour sur la rémunération des médecins ... encore libéraux ? », *RDSS* 2022, p. 1088.

¹¹⁴¹ P-L. BRAS, « La rémunération des médecins à la performance : efficacité clinique ou efficacité symbolique ? », *Les tribunes de la santé* 2020, p. 61 ; A.-S. GINON, « La pertinence des soins, nouvelle valeur du système de santé », *RDSS* 2018, p. 428 ; R. MARIE, « Rémunération sur objectifs de santé publique et subordination des médecins libéraux », *RDSS* 2013, p. 615 ; R. MARIE, « Les évolutions à l'œuvre en matière de rémunération des médecins libéraux », *Dr. soc.* 2012, p. 517.

partir de son niveau initial ; si le niveau constaté est situé entre l'objectif intermédiaire et l'objectif cible de l'indicateur, la rémunération est basée sur le niveau atteint ; et si le niveau constaté est supérieur à l'objectif cible, le taux de réalisation est de 100%. Le succès du CAPI a conduit à sa généralisation en 2011 avec l'introduction de la rémunération sur objectifs de santé publique (ROSP)¹¹⁴².

400. La pérennisation par la ROSP – La ROSP bénéficie aux médecins généralistes, cardiologues et gastro-entérologues. La première version de la ROSP comprend 29 indicateurs répartis en deux sous-ensembles que sont l'organisation du cabinet et la qualité de la pratique médicale. Une partie est déclarée une fois par an par les médecins et l'autre partie est directement recueillie par les caisses d'assurance maladie. Chaque critère est ensuite pondéré en fonction de la taille de la patientèle qui déclare le médecin comme médecin traitant. La convention médicale de 2016 pérennise la ROSP et entérine l'augmentation du nombre de critères cliniques, la modification des indicateurs d'organisation du cabinet, l'augmentation du nombre de points attribués ainsi que l'introduction d'indicateurs chez l'enfant¹¹⁴³. Aujourd'hui, la ROSP repose sur 29 indicateurs de pratique clinique, composés de 8 indicateurs basés sur le suivi des pathologies chroniques, 12 indicateurs sur la prévention et 9 sur l'efficacité. La valeur du point est de 7 euros¹¹⁴⁴.

401. Conclusion de section – La responsabilisation du patient-assuré social dans la prise en charge du risque maladie suppose la fluidité de son parcours de soins. Elle lui offre lisibilité et continuité dans la prise en charge, facilitant sa compréhension et son investissement dans la gestion de sa santé. Or, cette fluidité suppose la facilité d'accès aux soins, leur coordination et à une plus grande coopération des professionnels de santé. La coordination suppose un meilleur agencement des soins pour faciliter leur

¹¹⁴² P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023, p. 334, n°303 et p. 373, n°337.

¹¹⁴³ Assurance maladie, Dossier de presse « La rémunération sur objectifs de santé publique – Une amélioration continue en faveur de la qualité et de la pertinence des soins – Bilan à 4 ans et perspectives d'évolution », avr. 2016.

¹¹⁴⁴ <https://www.ameli.fr>.

accès et leur continuité, tandis que la coopération désigne l'association des différentes professions médicales, associées ou non et entendues largement. Cette coopération permet d'assurer une prise en charge pluridisciplinaire ; par conséquent, elle complète et rend efficiente la prise en charge des pathologies chroniques. Les évolutions menées pour améliorer le système de santé sont indéniables, mais elles constituent un apport relatif à la responsabilisation et l'*empowerment* du patient.

Section 2 : Des évolutions relatives

402. Plan – Les évolutions opérées pour améliorer le système de santé, support de la responsabilisation, sont relatives. Alors que les réformes menées sont partielles (§1), d'autres réformes nécessaires à la responsabilisation sont toujours attendues (§2).

§1. Réformes partielles

403. Plan – Les réformes menées par les pouvoirs publics améliorent sans nul doute l'organisation du système de santé, mais elles manquent de maturité. Il ne s'agit que du commencement d'une longue transformation à réaliser. Certaines mesures ont encore besoin d'ancrage (A), tandis que d'autres ont besoin de clarification (B).

A- Besoin d'ancrage

404. Caractère facultatif – La liberté d'exercice des médecins peut être menacée par les nouvelles modalités de rémunération¹¹⁴⁵. Certains travaux mettent en évidence un rejet important de ce type d'initiative par les praticiens eux-mêmes, même si les raisons évoquées sont très variables en fonction du profil des médecins

¹¹⁴⁵ R. MARIE, « Rémunération sur objectifs de santé publique et subordination des médecins libéraux » *RDSS* 2013, p. 615.

interrogés¹¹⁴⁶. Pourtant, il est nécessaire de souligner que les nouvelles modalités de rémunérations forfaitaires ou à la performance sont facultatives. Saisi du sujet, le Conseil d'État a eu l'occasion d'étudier le CAPI, estimant qu'il n'était pas attentatoire au principe d'indépendance de l'activité du médecin dès lors que l'adhésion était laissée à sa discrétion¹¹⁴⁷. Il s'agit pour le praticien d'une véritable incitation au sens propre du terme. L'encouragement d'une conduite se traduit par la mise en place de mesures financièrement attrayantes, tout en préservant la liberté de choix du médecin. Or, le recours à des incitations, par nature facultatives, ne favorisent pas un changement profond de l'organisation des soins et peut s'avérer inflationniste. En France, en 2021, le paiement à l'acte reste majoritaire dans les dépenses de soins des généralistes : il représente 77,8% des consultations, visites et actes techniques contre 17% de contrats et forfaits, selon la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES). Les contrats et forfaits représentent, pour les spécialistes 1,4% des dépenses de soins. Au Royaume-Uni, le taux de participation est important, mais le dispositif est très coûteux. Les premiers résultats du paiement à la performance auraient excédé le budget prévisionnel de 2 300 000 euros¹¹⁴⁸. En France, le forfait majoration pour personnes âgées a bénéficié à 75 000 médecins et coûté environ 8,4 millions d'euros rien qu'au premier trimestre 2021.

L'alternative serait de se diriger vers un système mixte et obligatoire pour tous les professionnels de santé. Au Royaume-Uni, aux Pays-Bas, en Allemagne existent déjà des systèmes mixtes qui intègrent le paiement à la capitation. Le Royaume-Uni associe capitation et salariat, les Pays-Bas associent capitation et tarification à l'activité et

¹¹⁴⁶ ANTOINE PICARD, NICOLAS MERVIEL et LOÏC COISSAC, « Rémunération sur Objectifs de Santé Publique : quelle perception en ont les médecins généralistes ? Étude qualitative réalisée auprès de soixante médecins généralistes de Maine-et-Loire, Mayenne et Sarthe », Thèse de médecine, Université d'Angers, 2016.

¹¹⁴⁷ CE, 7 avr. 2011, Confédération des syndicats médicaux français, Les entreprises du médicament, Conseil national de l'ordre des médecins, n° 329069, au Lebon ; *RFDA* 2011, p. 1225, chron. L. Clément Wilz, F. MARTUCCI et C. MAYEUR-CARPENTIER.

¹¹⁴⁸ Sur la ROSP, certaines publications sont réservées sur l'impact de ce type de paiement à la performance, en se basant notamment sur l'équivalent britannique de la ROSP : le QOF. En ce sens, v. : A. RYAN, S. KRINSKY, E. KONTOPANTELIS et T. DORAN, « *Long-term evidence for the effect of pay-for-performance in primary care on mortality in the UK: a population study* », *The Lancet*, vol. 388, n° 10041, 16 juillet 2016, p. 268 [lire en ligne [archive]].

L'Allemagne associe capitation et tarification à l'activité plafonnée selon un système d'enveloppe régionale. Le système de la capitation n'incite pas à augmenter le nombre de consultations et permet de valoriser l'efficacité qui passe notamment par l'ETP¹¹⁴⁹. Cependant, aucun des rapports n'a préconisé un abandon total de la T2A et la Cour des comptes estime qu'il ne s'agit pas du pire système¹¹⁵⁰. Les fédérations et les conférences hospitalières militent aussi en faveur d'un maintien partiel de la T2A pour ne pas retomber dans une globalisation des ressources¹¹⁵¹.

405. Caractère expérimental – L'évolution du système de santé est encore à consolider, comme le montrent les multiples expérimentations menées en vue de cette transformation. Déjà admise par le Conseil constitutionnel¹¹⁵² et le Conseil d'État¹¹⁵³, l'expérimentation constitue un véritable outil juridique, introduit par la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 qui instaure la possibilité d'effectuer des expérimentations juridiques pour essayer, tester, vérifier avant de généraliser la mesure¹¹⁵⁴. Les expérimentations sont possibles à l'échelon national et territorial. Au niveau national, l'article 37-1 de la Constitution exige que les expérimentations fassent l'objet d'une évaluation dans le texte instituant l'expérimentation. Au niveau local (collectivités territoriales et leurs groupements), l'article 72 alinéa 4 de la Constitution encadre les expérimentations¹¹⁵⁵. Le 29 juin 2019, 85 expérimentations locales étaient menées, dont 35 dans le domaine de la santé. Ainsi, par exemple, en 2016 étaient ouvertes les premières salles expérimentales de consommation de stupéfiants à moindre

¹¹⁴⁹ P-L BRAS, « Paiement à l'acte/capitation : une réforme ébauchée, mais avortée », *Les Tribunes de la santé* 2017, p. 71.

¹¹⁵⁰ Cour des comptes, « La tarification à l'activité », Observations définitives 2023, p. 11 ; J. MARTY et R. PELLET, « À propos de rapports récents de la Cour des comptes sur les établissements de santé », *RDSS* 2024, p. 106.

¹¹⁵¹ V. VIOUJAS, « La tarification à l'activité après la LFSS pour 2024 : fausse sortie ou vrai nouveau départ ? », *Dr. soc.* 2024, p. 263.

¹¹⁵² Cons. const. 28 juill. 1993, n°93-322 DC, loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

¹¹⁵³ CE, 24 juin 1993, n°353605 ; CE, 18 déc. 2002, n°234950.

¹¹⁵⁴ F. MALLOL, « Du rôle des expérimentations dans les politiques sanitaires et sociales », *RDSS* 2024, p. 65.

¹¹⁵⁵ Loi constitutionnelle du 28 mars 2003, complétée par les lois organiques n°2003-704 du 1^{er} août 2003 et n°2021-467 du 19 avril 2021.

risque. Toutefois, trop souvent, faute d'être reconduites, ces expérimentations ne sont pas immuables ni structurées de manière cohérente sur le territoire au profit d'une politique sanitaire moderne. De même, la stratégie nationale de santé 2023-2033 est toujours au stade de la discussion.

406. *Des réformes timorées* – Le manque d'ancrage de certaines mesures s'explique aussi par leur côté parcellaire. Certaines mesures ne vont pas assez loin pour être impactantes. À titre d'exemple, la ROSP n'a pas été instaurée pour tous les médecins, seulement pour le médecin traitant (adulte et enfant) et certains médecins spécialistes (cardiologie, gastroentérologie et hépatologie, endocrinologue/diabétologie/nutrition). Dans le même sens, pour assurer une implantation efficiente du DMP, doivent être assurées l'interopérabilité et la sécurité des systèmes d'information de santé, permettant de garantir l'accès du patient à son DMP à tout moment et en tout point du territoire, y compris en dehors de la France. Pour assurer cette interopérabilité nationale, il convient d'assurer la convergence des projets existants dans les territoires grâce au soutien de maîtrises d'ouvrages régionales solides et pérennes¹¹⁵⁶. Les interfaces hospitalières doivent aussi être interopérables avec les structures de soins de ville, notamment entre GHT et CPTS¹¹⁵⁷. L'IGAS soulignait en décembre 2019 la nécessaire consolidation de l'ouverture vers la médecine de ville¹¹⁵⁸.

B- Besoin de clarification

407. *Clarification dans l'organisation du système de santé* – Si la systématisation des CPTS participe à la transformation du système de santé, leur déploiement ne peut suffire à garantir la cohérence de celui-ci. Le décloisonnement

¹¹⁵⁶ A. MONNIER, « Le Dossier médical Personnel : histoire, encadrement juridique et perspectives », *RDSS* 2009, p. 625 ; « DMP : l'Asip fait le pari de la simplicité », *Protection sociale Informations* 3 nov. 2010, n° 759.

¹¹⁵⁷ J. SAISON, « Le parcours du patient au cœur de l'évolution du système de santé », *RDSS* 2021, p. 395.

¹¹⁵⁸ IGAS, Bilan d'étape des GHT, t.I, déc. 2019, p. 44.

territorial, entrepris par les lois du 21 juillet 2009 et 26 janvier 2016 ¹¹⁵⁹, a été réalisé de façon empirique avec pour effet la création de nouveaux organismes et de nouvelles strates. Le système de santé reste morcelé. Sa construction a été et reste empirique. Elle conduit à un ajout de couches institutionnelles illisibles pour l'utilisateur et les professionnels de santé. Le Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie dénonce à ce titre un foisonnement des dispositifs de coordination et appelle à un plan cohérent de rationalisation de cette offre de coordination. Il est décompté 17 modes ou conditions d'exercices et de dispositifs spécifiques de coordination. Doivent être systématisés les outils de coordination entre la ville et l'hôpital. Un besoin de clarification doit être réalisé entre les CPTS, les ESP, les plateformes territoriales d'appui (PTA). Le champ d'action de chaque mécanisme doit être plus précisément défini.

408. Clarification des actions de prévention – Une partie de la doctrine, que nous rejoignons, souligne l'insuffisance des actions et de leur visibilité tendant à améliorer l'observance des patients. La faible participation aux programmes d'éducation thérapeutique peut notamment s'expliquer par l'hétérogénéité des actions et formations. Cette hétérogénéité caractérise l'organisation, le format, la population cible, les supports utilisés, mais aussi la méthode utilisée pour structurer chaque programme. Certains programmes n'effectuent pas un suivi du patient, ou encore ne prennent pas en compte les aspects socio-environnementaux conditionnant l'observance et persévérance de l'individu. Les différents acteurs contribuant à l'élaboration et à la mise en œuvre de la prévention sont dispersés. En matière d'études et de recherches sur la situation et les risques sanitaires, différents instituts publics

¹¹⁵⁹ A. CORDIER, Rapport « Un projet global pour la stratégie nationale de santé », juin 2013 ; P. PRIBILE et N. NABET, Rapport « Stratégie de transformation du système de santé – Rapport final : Repenser l'organisation territoriale des soins », sept. 2018 ; B. DEVICTOR, Rapport « Le service public territorial de santé (SPTS), le service public hospitalier (SPH) : développer l'approche territoriale et populationnelle de l'offre en santé », avr. 2014 ; J-M. AUBERT, Rapport « Réformes des modes de financement et de régulation : vers un modèle de paiement combiné – Rapport de la Task Force « Réforme du Financement du système de santé » », janv. 2019.

comme privés réalisent leurs propres analyses¹¹⁶⁰. Il en est de même en matière de conception des programmes de prévention, d'éducation et de promotion de la santé, qui répondent à des enjeux sanitaires spécifiques¹¹⁶¹. La participation des patients n'est pas systématique et dépend des programmes. L'action n'est pas coordonnée¹¹⁶². Enfin, la mise en œuvre de la prévention passe par plusieurs canaux. Tout d'abord, la police administrative et sanitaire participe à sa réalisation. À cela il convient d'ajouter les actions de formation et d'éducation à la santé, ainsi que les programmes ciblés qui aboutissent à la dispersion des compétences entre l'État, le département, l'assurance maladie et les acteurs privés¹¹⁶³. Cet éclatement des compétences, bien que propice à une émulation stimulante et complémentaire au service de l'élaboration des actions de prévention¹¹⁶⁴, nuit à l'efficacité, à la lisibilité et à la coordination des actions de prévention.

§2. Réformes attendues

409. Plan – Une partie des critiques vise l'absence de réforme des programmes d'ETP (A) et des PAA (B).

A- Les programmes d'ETP

410. Systématisation – Plusieurs points positifs sont à souligner dans la mise en place des programmes d'ETP. En 2008, l'HAS constata une offre d'éducation thérapeutique diversifiée, mais peu de patients suivaient réellement les programmes. Il manquait un formalisme juridique. La loi HPST décide que ceux-ci sont désormais soumis à un système de déclaration et non plus d'autorisation, ce qui favorise leur

¹¹⁶⁰ J-M DE FORGES, « La prévention dans la loi du 4 mars 2002 : organisation ou politique ? », *RDSS* 2002, p. 745.

¹¹⁶¹ *Ibidem*.

¹¹⁶² HAS, Rapport d'orientation « L'éducation thérapeutique dans la prise en charge des maladies chroniques – Analyse économique et organisationnelle », fev. 2008.

¹¹⁶³ D. TABUTEAU, « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », *Dr. soc.* 2011, p. 1085.

¹¹⁶⁴ J-M DE FORGES, « La prévention dans la loi du 4 mars 2002 : organisation ou politique ? », *RDSS* 2002, p. 745.

développement. Leur mise en place est également facilitée par l'établissement d'un guide de recommandations des programmes d'ETP par l'HAS. Depuis, ils se multiplient. Toutefois, ils ciblent principalement les mêmes problèmes et manquent d'efficacité. Tout d'abord, les programmes d'ETP sont variés et surtout portés par des promoteurs de nature différente (établissements de santé public ou privé, structures d'exercice collectif, réseaux de santé, association, assurance maladie, fondations ou encore municipalités) sans cohérence d'ensemble ni évaluation des programmes. Pour que l'adhésion à un programme d'ETP s'inscrive dans les habitudes, il y a une exigence de lisibilité pour les patients qui doit passer par une politique globale et nationale. Ces programmes sont à chaque fois développés au niveau local. Ensuite, l'ETP est surtout développé en milieu hospitalier et peu en médecine de ville. En Suisse, l'ETP est à la fois hospitalier et ambulatoire. Il faudrait développer l'ETP en ambulatoire en France, en positionnant, par exemple¹¹⁶⁵, les maisons et pôles pluridisciplinaires de santé comme des structures et lieux de référence¹¹⁶⁶. Enfin, dès que les patients débutent un traitement, au titre de toute maladie chronique inscrite ou non sur la liste du Code de la santé publique, il serait nécessaire de leur proposer systématiquement de participer à un programme d'ETP¹¹⁶⁷. Cette mesure devrait être déployée en priorité auprès des patients les plus à risque, notamment ceux issus des populations socialement défavorisée¹¹⁶⁸. Pour cela, il conviendrait de systématiser la formation des professionnels de santé à l'ETP, qui sont aujourd'hui en trop petit nombre¹¹⁶⁹. Pour devenir coordinateur d'un programme d'ETP, le médecin doit suivre au minimum 40h de formation. L'ETP devrait aussi être proposée de manière continue au patient, c'est-à-dire tout au long de son parcours de santé et intégrer chaque consultation de soins. En Suisse, la rémunération dépend de la durée de la consultation et augmente par tranche de cinq minutes. Le financement de l'ETP est un obstacle à son développement.

¹¹⁶⁵ D. JACQUART, Rapport « Éducation thérapeutique du patient – Propositions pour une mise en œuvre rapide et pérenne », juill. 2010, proposition n°6, p. 52.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, proposition n°8, p. 52.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, proposition n°1, p. 52 et p. 24.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, proposition n°5, p. 52.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 17.

411. *Financement* – En secteur ambulatoire, les actions d’ETP sont financées par le fonds national de prévention et d’éducation en information sanitaire (FNPEIS) et le fonds d’intervention pour la qualité et la coordination des soins (FIQCS), tous deux gérés par l’assurance maladie. Les dotations financières sont attribuées pour un an tandis que les programmes sont établis sur plusieurs années. Une distorsion entre le financement et la durée de vie des programmes est flagrante. Côté Sécurité sociale, le financement des programmes est assuré par les ARS. Il est fortement limité pour rendre l’ETP efficace. Est uniquement prise en charge l’ETP initiale et non l’ETP de suivi ou de renforcement. Les séances dispensées en « distanciel », si elles ont été déclarées auprès de l’ARS, sont prises en compte dans le financement. Ces séances ne recouvrent pas les appels de surveillance et d’accompagnement qui pourraient être donnés par les infirmières à l’image du modèle américain. Il est indéniable qu’une augmentation des crédits de l’assurance maladie dédiés à l’ETP doit intervenir pour favoriser le développement de l’ETP. Pour préserver l’équilibre de la Sécurité sociale, objectif indispensable si l’on veut envisager une réforme réaliste, une partie de ces fonds pourrait être prise sur les rémunérations forfaitaires complémentaires allouées aux médecins qui sont, en réalité, inflationnistes ; d’autant plus que les médecins ne sont toujours pas rémunérés quand ils font de l’ETP¹¹⁷⁰. La ROSP rémunère le suivi des pathologies chroniques, mais celles-ci sont limitativement énumérées (diabète, hypertension artérielle, risque cardiovasculaire). L’incitation à la performance pourrait être centrée sur la qualité de soins et la délivrance de l’ETP, plutôt que sur des actes administratifs élémentaires. En Allemagne, les médecins bénéficient d’une rémunération forfaitaire additionnelle pour le suivi des patients inclus dans un programme d’éducation thérapeutique. La rémunération varie selon les programmes (de 75€ à 150€ par patient et par an) et la somme est versée dès la signature du contrat par le patient. À l’inverse, en France, il n’y a pas de corrélation entre le nombre de prise en charge et les moyens déployés.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 13 et 14.

B- Les PAA

412. Lever les obstacles au déploiement des PAA – Dans un premier temps, les PAA sont peu mis en place, car aucun cahier des charges n’a été défini, bien que l’article L. 1161-5 du Code de la santé publique l’exige. Il est difficile de distinguer les PAA de certains organismes ou programmes d’accompagnement, tels que les Centres d’Accueil et d’Accompagnement à la Réduction de risques pour Usagers de Drogues (CAARUD) dont les missions sont définies à l’article R. 3121-33-1. Définies dans un article propre, le CARRUD ne se voit pas attribué les mêmes missions que les PAA dont il se distingue¹¹⁷¹. Dans un second temps, le déploiement des PAA est limité par le cumul des régulations prudentielles défini aux articles L. 1161-4 et L. 1161-5 du Code de la santé publique. L’article L. 1161-4 dispose que « *Les programmes ou actions définis aux articles L. 1161-2 et L. 1161-3 ne peuvent être ni élaborés ni mis en œuvre par des entreprises se livrant à l’exploitation d’un médicament, des personnes responsables de la mise sur le marché d’un dispositif médical ou de son accessoire ou d’un dispositif médical de diagnostic in vitro ou de son accessoire ou des entreprises proposant des prestations en lien avec la santé. Toutefois, ces entreprises et ces personnes peuvent prendre part aux actions ou programmes mentionnés aux articles L. 1161-2 et L. 1161-3, notamment pour leur financement, dès lors que des professionnels de santé et des associations mentionnées à l’article L. 1114-1 élaborent et mettent en œuvre ces programmes ou actions* ».

L’article L. 1161-5, quant à lui, dispose que « *[ces programmes] sont mis en œuvre par des professionnels de santé intervenant pour le compte d’un opérateur pouvant être financé par l’entreprise se livrant à l’exploitation du médicament. Il ne peut y avoir de contact direct entre l’entreprise et le patient ou, le cas échéant, ses proches, ses représentants légaux s’il s’agit d’un mineur ou la personne chargée de la mesure de protection juridique s’il s’agit d’un majeur protégé* ». Ces interdictions emportent des conséquences opérationnelles importantes¹¹⁷². Les entreprises de télésanté sont

¹¹⁷¹ C. SAOUT, C. CHARBONNEL, D. BERTRAND, Rapport « Pour une politique nationale d’ETP », sept 2008, recommandation n°3, p. 40.

¹¹⁷² *Ibid.*, recommandation n°4 à 6, p. 40.

empêchées d'entrer en contact direct avec la personne ciblée. Elles doivent agir par le truchement d'un organisme La participation des entreprises mentionnées par l'article L. 1161-4 ne devrait pas viser les prestataires de soins à domicile. Ils pourraient en revanche être utilement astreints au respect du cahier des charges de l'article L. 1161-3, ce qui permettrait aux PSAD de dépasser la seule explication du fonctionnement d'un produit ou d'un dispositif au profit de l'hospitalisation à domicile, de l'éducation thérapeutique et de l'observance.

413. Conclusion de section – L'environnement dans lequel la responsabilisation est amenée à être déployée peut être encore amélioré, en dépit des nombreuses réformes menées au cours de ces vingt dernières années. Pour ce qui est des réformes réalisées, celles-ci souffrent d'insuffisances variables selon la mesure adoptée. Certaines ont encore besoin d'ancrage pour produire leurs effets. Les mesures menées en matière de financement sont majoritairement facultatives. Le développement de la prévention utilise principalement la voie de l'expérimentation. Les enjeux d'interopérabilité et les nouveaux modes de rémunération des médecins ne sont pas encore globalisés. Aussi, certaines modifications législatives pourraient être apportées en vue d'améliorer les programmes d'ETP et les programmes d'accompagnement à l'autonomie.

414. Conclusion de chapitre – La responsabilisation consiste à rendre l’individu responsable de ses choix. Elle suppose la liberté pour lui d’opérer librement des choix. Le système de santé doit être suffisamment adapté et performant pour laisser cette liberté s’exprimer. Il doit être en mesure d’assurer l’accès aux soins et une prise en charge efficiente, c’est-à-dire coordonnée et associant les différentes spécialités nécessaires sans encombre. Tel a été l’objet des différentes mesures adoptées ces dernières années. Le législateur s’est attelé à insérer le numérique en santé, à remodeler l’offre de soins et leur financement. Toutefois, il ne s’agit que d’un début ; l’environnement support de la responsabilisation pourrait être amélioré : les mesures menées sont encore illisibles, expérimentales ou temporaires. Aussi, certaines mesures pourraient être réalisées pour améliorer encore cet environnement, comme travailler à l’ancrage de l’ETP et au déploiement des PAA.

415. Conclusion de Titre – La responsabilisation constitue une opportunité pour le système de protection sociale. Pour qu'elle devienne réalité, il est nécessaire, en premier lieu, de réhabiliter cette notion et son régime dans sa fonction morale. La responsabilisation, contrairement à la responsabilité, n'a pas pour objectif premier la réduction des dépenses de santé, ni de faire baisser le recours au système de santé. Elle cherche à rendre les individus conscients de leur santé et autonomes dans la gestion de leur pathologie, afin d'être dans le meilleur état de santé possible. A l'opposé de la responsabilité, la responsabilisation ne recourt à aucun moyen coercitif pour atteindre son objectif, mais recourt plutôt à l'éducation, l'incitation, la participation. En second lieu, il est nécessaire d'améliorer le système de santé dans lequel la responsabilisation se développe pour qu'elle soit opérationnelle. Elle doit pouvoir devenir réalité et produire des effets au-delà de la seule réhabilitation notionnelle.

416. Conclusion de partie – L'état chancelant de la responsabilisation la place à l'embranchement de deux directions décisives pour son avenir. La première direction serait celle d'un dévoiement assumé de la responsabilisation vers la responsabilité de l'individu, obligé de prendre de soin de sa santé. Cette hypothèse constitue une crainte pour le système de protection sociale, légal et complémentaire, car elle remettrait en cause la solidarité sur laquelle il se fonde. Les conséquences seraient désastreuses pour plusieurs raisons : économiques, sanitaires et morales. Néanmoins, un espoir existe. Il s'agit de la seconde direction, celle d'une responsabilisation assainie de tout élément de nature à entraîner une confusion avec la responsabilité. La notion serait réhabilitée dans sa finalité morale, avec pour seul objectif de permettre à l'assuré social d'obtenir le meilleur état de santé possible, sans recourir à un quelconque moyen coercitif. L'intérêt de l'assuré constituerait l'objectif unique, décorrélé de tout enjeu économique, tandis que les moyens resteraient éducatifs ou incitatifs, s'inscrivant dans un système de santé dont la performance permettrait à l'utilisateur d'exercer pleinement la responsabilisation dont il a bénéficié.

Conclusion

417. La responsabilisation semble aujourd'hui pénétrer tous les domaines du droit, y compris le domaine de la protection sociale, plus particulièrement la prise en charge du risque maladie. Mais que recouvre cette notion nouvelle ? Quels sont les origines et les contours de cette notion qui constitue initialement davantage un néologisme qu'une notion à proprement parler juridique ?

418. *Origines* - La responsabilisation de l'assuré social dans la prise en charge du risque maladie est apparue au début des années 2000. Elle trouve ses origines principales dans deux législations. La première relève du champ de la Sécurité sociale. Comme une ritournelle, le législateur cherche à maîtriser les dépenses de santé en adoptant la loi du 13 août 2004. L'assurance maladie ne doit plus se comporter en payeur aveugle et passif. Toutefois, le législateur innove en associant les assurés sociaux à cet effort de gestion. De surcroît, ils y sont associés individuellement. Chaque assuré est appelé à faire un usage modéré et pertinent du système de santé afin de préserver les finances de cette institution sociale. La deuxième législation relève du champ de la santé publique. La loi du 9 août 2004, initiée par la loi du 4 mars 2002, promeut la prévention en santé. La bonne santé des individus ne doit pas seulement être rétablie, mais aussi préservée. Pour cela, le législateur multiplie les actions et informations à destination citoyens. La concomitance de la loi du 13 août 2004 et de celle du 9 août 2004 interpelle et souligne la prise de conscience par le législateur du rôle central de l'individu dans la prise en charge de sa santé. Une gestion active et préventive de la santé présente un intérêt social mais aussi économique, permettant de maîtriser et de ne pas aggraver les dépenses sociales.

Est-ce à dire que l'assuré social a une obligation de prendre soin de soi pour limiter son usage du service de santé et des ressources de l'assurance maladie ? La responsabilisation doit nécessairement être distincte de la responsabilité qui est exclue de l'assurance maladie. La maladie est un risque social pris en charge par la solidarité nationale afin d'assurer le droit fondamental d'accès à la santé. À ce titre, la responsabilité existe, mais elle occupe une place résiduelle dans l'assurance maladie.

La faute revêt dans ce cas une coloration administrative ayant pour unique rôle d'assurer le bon fonctionnement de l'assurance maladie.

419. Diagnostic - Pour déterminer si la responsabilisation est bien différente de la responsabilité, il a fallu examiner les deux voies qu'emprunte celle-là. La première modalité est financière. Pour inciter l'assuré social à faire un usage modéré et raisonné du système de santé, il ne bénéficie pas d'une prise en charge totale de ses frais de santé dans les hypothèses où celui ne s'inscrirait pas dans cette démarche. Il s'agit par exemple du reste à charge laissé lorsque le patient outrepassé la nécessaire consultation préalable de son médecin traitant pour consulter un confrère dont l'accès direct n'est pas prévu par la loi. L'objectif est de l'orienter correctement dans son recours au système de santé. La seconde voie est éducative. Sont mis en place des programmes d'éducation à la santé et des dispositifs d'accompagnement à l'autonomie par divers acteurs, notamment l'assurance maladie, les hôpitaux et les associations de patients.

Ces deux voies sont toutes deux théoriquement conformes aux principes directeurs de l'assurance maladie et se distingueraient donc de la responsabilité. Pour la voie financière, l'ensemble des restes à charge institués par le législateur ont été jugés comme des restrictions non substantielles par le Conseil constitutionnel, au motif qu'ils n'empêcheraient pas les individus d'accéder au système de santé. Quant à la voie éducative, elle constituerait la voie plus conforme à la responsabilisation, car son objectif est de dispenser un apprentissage aux individus, contribuant à leur autonomie. Toutefois, à y regarder de plus près, les deux voies révèlent des failles dans leur séparation avec la responsabilité. Pour la voie financière, le caractère substantiel d'un reste à charge n'est pas défini, ni par le législateur ni par le juge. L'appréciation est faite par le Conseil constitutionnel au cas par cas. De plus, l'appréciation du caractère substantiel est faite *in abstracto*. Enfin, la mesure est adoptée en réaction au comportement de l'assuré, rejoignant l'idée sous-jacente de faute. Une confusion entre qualification de la sanction et efficacité de la sanction semble être opérée. Pour ce qui est de la finalité éducative, le pouvoir exécutif a tenté en 2013 de faire de l'observance de son traitement par le patient une condition de prise en charge d'un dispositif médical prescrit. Était visé, le dispositif médical particulièrement coûteux de lutte contre le

syndrome d'apnée-hypopnées obstructives du sommeil. Si l'arrêté ministériel litigieux a été annulé par le Conseil d'État, le motif de la décision n'est pas pour autant rassurant. La juridiction administrative rappelle qu'une telle mesure ne peut être adoptée que par le législateur qui a pouvoir de définir les principes de direction de l'assurance maladie.

420. *Pronostic* - La responsabilité pourrait donc être réintroduite dans la prise en charge du risque maladie. Telle est d'ailleurs la revendication du mouvement néo-libéral pour lequel l'État-providence n'est pas efficace et sa légitimité est remise en cause. Ce mouvement aspire à la substitution d'un État social actif au sein duquel les droits ne seraient plus des droits acquis, dits de tirage, mais des droits conditionnés à des mesures d'action de la part des assurés sociaux, prouvant leur investissement et leur bonne foi. Les assurances privées voient aussi apparaître l'idée d'une modulation des droits en fonction du comportement de l'assuré. Dans certains pays étrangers, comme aux États-Unis, se développent des offres d'assurance santé qui modulent la prime en fonction du comportement sanitaire des individus, à l'image du système « *pay as you drive* ». Les *wellness programs* font du mode de vie des individus une donnée tarifaire. Ce mouvement est accru par le développement des objets connectés qui permettent la récolte de données de santé, massive et instantanée, au profit d'une logique individualiste. En France, ce type d'assurance ne peut se développer. La pratique du profilage et la discrimination sont interdites par la législation d'assurance santé, par la loi Evin ainsi que par la législation relative aux données de santé, via le RGPD. Néanmoins, il est indéniable qu'il existe une tension concernant l'avenir de l'assurance maladie, qu'il s'agisse des assurances sociales ou des assurances privées complémentaires et surcomplémentaires. Cette tension est le fruit d'un manque de clarté quant aux objectifs poursuivis par le législateur. Sont évoqués un objectif éducatif sanitaire et un objectif économique, mais l'analyse des dispositifs démontre que l'objectif financier prime. Ceci ajouté au manque de définition juridique de la responsabilisation, il apparaît que les prémices d'une responsabilité s'infiltrant dans les quelques espaces juridiques qui lui permettent d'exister. Par exemple, les restes à charge sont aujourd'hui déclarés constitutionnels par les sages du Conseil constitutionnels en raison de l'absence de critères juridiques établis, notamment.

Aucun critère juridique objectif n'est établi permettant d'apprécier le caractère substantiel ou non d'un reste à charge.

421. Remède - La responsabilisation constitue autant un défi qu'une nécessité pour la pérennisation du système de protection sociale français. Pour préserver la solidarité comme pilier du système de prise en charge, la présente étude s'est proposée de donner une définition juridique de la responsabilisation, qui devrait être codifiée, de manière à en définir les contours et en faire une notion pleinement mobilisable. Pour cela, la notion doit être expurgée de tout élément de ressemblance avec la responsabilité. Elle doit être débarrassée de toute contrainte financière et de toute forme réactive. Ensuite, les finalités morale et éducative de la responsabilisation, par opposition à des finalités indemnitaire et commutative, doivent être clairement consacrées. Elle doit se concentrer sur le besoin des individus et constituer un accompagnement pour leur permettre d'agir en faveur de leur santé, d'être pleinement acteurs de celle-ci. La responsabilisation ne doit pas se focaliser sur le risque maladie et ses conditions de réalisation mais sur l'objectif de participation de l'assuré social. Seule la voie éducative peut mettre en œuvre cette finalité. Si les incitations sont utilisées, celles-ci ne peuvent constituer des outils de dissuasion, surtout financiers. Enfin, pour permettre à la responsabilisation de se déployer pleinement, celle-ci doit pouvoir s'inscrire dans un environnement favorable, c'est-à-dire dans un système de santé adéquat. Depuis plusieurs années, de nombreuses réformes ont été adoptées pour le moderniser. D'indéniables progrès ont été réalisés : l'intégration du numérique en santé (télésanté et espace de numérique en santé), l'amélioration de la coordination des soins et de la coopération des acteurs de santé, l'apparition de nouvelles modalités de financement des actes de soins pour atténuer le modèle obsolète de la tarification à l'acte et favoriser la performance des professionnels de santé (ROSP). Toutefois, pour que la responsabilisation nouvellement définie soit pleinement accomplie, la transformation ne doit pas s'arrêter là : elle doit être pérennisée, car trop de réformes demeurent au stade expérimental ; elle doit aussi être claire, car le système de santé connaît un empilement de réformes et d'acteurs ; enfin doit être entreprise une clarification en faveur du développement des programmes d'éducation thérapeutique (ETP) et des programmes d'accompagnement à l'autonomie (PAA).

422. Décision - Mais, les aménagements juridiques proposés par la présente étude ne seront utiles que si le choix est fait de conserver le système de protection sociale français en l'état actuel. Les mesures préconisées amènent à se demander si le législateur ne va pas opérer et acter un démantèlement du système de protection sociale français au profit d'un modèle plus libéral, sous l'influence de la mondialisation et du modèle américain. Les nouvelles règles de gestion du risque sont à l'origine d'une mutation profonde du système de protection sociale, mais font malheureusement l'économie d'un débat de société. Or, « *l'assurance maladie est, dans son essence, une construction politique* »¹¹⁷³. Elle constitue une traduction organisationnelle et matérielle de l'État-providence. Le système de protection sociale doit être appréhendé pour ce qu'il est : une institution sociale. Dès lors, il n'appartient pas au juriste de se prononcer sur l'orientation qu'elle doit emprunter à l'avenir. Ce rôle est dévoué au pouvoir politique et au citoyen. La présente étude s'est contentée de mettre en lumière le chemin aujourd'hui emprunté par notre État-providence, jalonné de dissonances entre les intentions promulguées par le législateur et la réalité juridique.

À l'échelle européenne, le mouvement de démantèlement des solidarités ne va pas sans résistance. Par exemple, au Portugal et en Italie, les juridictions nationales ont obligé les gouvernements à prendre en compte les droits et principes fondamentaux garantis par la constitution. Le Tribunal constitutionnel portugais a invalidé à plusieurs reprises des mesures d'austérité prises par le gouvernement en application des directives de la Troïka¹¹⁷⁴. Ainsi, le Tribunal a condamné, au nom des principes d'égalité, de proportionnalité et de sécurité juridique, le ciblage des mesures d'austérité sur les travailleurs du secteur public¹¹⁷⁵. Mais la tendance lourde est malgré tout au

¹¹⁷³ D. TABUTEAU, « Assurance maladie : les « standards » de la réforme », *Dr. soc.* 2004, p. 872.

¹¹⁷⁴ La Troïka désigne le fonds monétaire international, l'Union européenne et la Banque centrale européenne.

¹¹⁷⁵ Tribunal constitutionnel portugais, Décisions n° 353/2012 du 3 juill. 2012 ; n° 187/2013 du 5 avr. 2013 ; n° 474/2013 du 17 sept. 2013 ; n° 862/13 du 19 déc. 2013 ; n° 574/2014 du 14 août 2014. Ces décisions sont consultables en portugais sur le site de la Cour (www.tribunalconstitucional.pt). Sur cette jurisprudence, v. A. MONTEIRO, « Le droit du travail au centre de la crise : un arrêt de la Cour constitutionnelle portugaise », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2015, p. 48.

démantèlement des mécanismes de solidarité au profit d'une concurrence généralisée¹¹⁷⁶.

La limite est parfois tenue entre réformer et déformer. Il s'agit d'un équilibre fragile à trouver pour concilier enjeux économiques et sociaux, concilier le passé et l'avenir, rénover une institution tout en conservant ses fondations et ses intentions. La question de la distinction entre responsabilité et responsabilisation dans l'assurance maladie est donc bien loin d'être résolue.

¹¹⁷⁶ A. SUPIOT, « La sécurité sociale entre transformisme et réformisme », *RDSS* 2016, p. 5.

Bibliographie

I. Dictionnaires

ALLAND (D.) ET RIALS (S.),

- *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003.

ARMAUD (A.-J.),

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993.

BAYNAST DE (A.), LEVY (J.) et. LENDREVIE (J.),

- *Mercator*, Dunod, 13^e éd., 2021.

BEVORT (A.), JOBERT (A.), LALLEMENT (M.) et MIAS (A.),

- *Dictionnaire du travail*, PUF, 1^e éd., 2012.

CORNU (G.),

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 15^e éd., 2024.

GUILBERT (L.), LAGANE (R.) et NIOBEY (G.),

- *Grand Larousse de la langue française*, Larousse, 1989, t. VI.

HUISMAN (D.),

- *Dictionnaire des philosophes*, PUF, 1^e éd., 1984.

MENARD (J.) et POSTEL-VINAY (N.),

- *Encyclopédie médico-chirurgicale*, Paris, Elsevier, 1998.

REY (A.),

- *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 3^e éd., 2006.

II. Traité et manuels

- **Droit civil**

BACACHE- GIBEILI (M.),

- *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 4^e éd., 2021.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil, Les obligations*, t. IV, PUF, 1956.

CARVAL (S.),

- *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

LARROUMET (C.) et AYNES (A.),

- *Introduction à l'étude du droit*, Economica, 6^e éd., 2013.

MALAUZIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL- MUNCK (P.),

- *Droit des obligations*, LGDJ 13^e éd., 2024.

MAZEAUD (H.) et TUNC (A.),

- *Traité théorique et pratique de la faute délictuelle et contractuelle*, LGDJ 6^e éd., 1965, t. I.

PICOD (Y.),

- *Répertoire de droit civil. Obligations*, Dalloz, 2017.

PLANIOL (M.),

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 1928.

RIPERT (G.),

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.

ROCHFELD (J.),

- *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022.

TERRE (F.) et MOLFESSIS (N.),

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 16^e éd., 2024.

VINEY (G.) et GHESTIN (J.),

- *Les obligations. La responsabilité : conditions*, *Traité de droit civil*, Economica, 1982.

VINEY (G.),

- *Traité de Droit civil, Introduction à la Responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2019.

- **Droit pénal**

BECCARIA (C.),

- *Des délits et des peines*, Garnier-Flammarion, 1794, éd. 1991.

BONIS (E.) et PELTIER (V.),

- *Droit de la peine*, LexisNexis, 4^e éd., 2023.

BOULOC (B.),

- *Droit pénal général*, Dalloz, 28^e éd., 2023.

DREYER (E.),

- *Droit pénal général*, LexisNexis, 7^e éd., 2024.

LEROY (J.),

- *Droit pénal général*, LGDJ, 10^e éd., 2024.

PRADEL (J.),

- *Droit pénal général*, éd. Cujas, 22^e éd., 2019.

- **Droit de la protection sociale**

BORGETTO (M.) et LAFORE (R.),

- *Droit de la Sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2024.

CHARPENTIER (F.) (sous la dir),

- *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation*, Economica, 2000.

JOIN-LAMBERT (M-T.) et alii,

- *Politiques sociales*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Dalloz, 1994.

KESSLER (F.),

- *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 6^e éd., 2017.
- *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 7^e éd., 2020.
- *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 9^e éd., 2024.

KERBOUC'H (J-Y.) et WILLMANN (C.),

- *Droit de la Sécurité sociale*, LGDJ, 11^e éd., 2024.

LABORDE (J-P.),

- *Droit de la Sécurité sociale*, PUF, 2005.

LAROQUE (P.),

- *La Sécurité sociale*, Les essentiels, 2020.

LECLERC (P.) et LAGRAVE (M.) (sous la dir),

- *La Sécurité sociale, Son histoire à travers les textes*, t. II (1870-1945), CHSS 1996.

MORVAN (P.),

- *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 11^e éd., 2023.

PELLET (R.) et SKZRYERBAK (A.),

- *Droit de la protection sociale*, PUF, 1^e éd., 2017.

PRETOT (X.),

- *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale*, Dalloz, 2^e éd., 1998.

- **Droit de la santé**

BIOY (X.), LAUDE (A.) et TABUTEAU (D.),

- *Droit de la santé*, 4^e éd. PUF, 2020.

DEPREZ(D.),

- *Lamy droit de la santé*, 2024

JUFFE (M.), BERTELLLO-GEOFFROY (M-O.), BOURRELIER (P-H.), FESSLER (J-M.), GRIMFELD (A.), HUGLO (C.), LEVI (Y.) et SIMON (A.),

- *Prévenir vaut mieux que guérir – La prévention précoce, à tous âges*, Economica, 2017.

MEMETEAU (G.),

- *Cours de droit médical*, 2^e éd., Les Etudes hospitalières 2003.

BARRE (S.), EVIN (C.), FOURE (P-Y.), HOUDART (L.), LAROSE (D.), POUTOUT (G.) et PTAKHINE (E.),

- *Traité pratique des réseaux de santé*, Berger-Levrault, 2005.

- **Droit des assurances**

ANRAVANEL-JOLLY (S.),

- *Droit des assurances*, Ellipses, 4^e éd., 2023.

BEIGNIER (B.) et BEN HADJ YAHHIA (S.),

- *Droit des assurances*, 4^e éd., LGDJ, 2021.

BONARD J.,

- *Droit des assurances*, LexisNexis, 5^e éd., 2016, p. 74.

LAMBERT -FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.),

- *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2017.

III. Monographies

ANDRIEU (C.),

- *Le programme commun de la Résistance (des idées dans la guerre)*, Les Éditions de l'Erudit, 1984.

ARISTOTE,

- *Ethique à Nicomaque*, R. Bodéüs (trad.) Flammarion, 2004.

ARNSPERGER (C.),

- « L'homme économique et le sens de la vie. Petit traité d'alter-économie », Textuel Paris.

AUBRY (C.) et RAU (C.),

- *Droit civil français*, t.I.

AUDIER (S.),

- *Léon Bourgeois – Fonder la solidarité*, Éditions Michalon, Le bien commun, 2007.

BECHILLON de (D.),

- *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997.

BECK (U.),

- *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Champs Essais 2007.

BERLHALI (H.),

- *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017.

BLOCH (C.) et TUETHEY (A.),

- *Procès-verbaux et rapports du Comité de Mendicité de la Constituante : 1790-1791*, Paris, Imprimerie Nationale, 1911.

BOBBIO (N.),

- *De la structure à la fonction, Nouveaux essais de la théorie du droit*, Dalloz, 2012.

BORGETTO (M.),

- *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993.

BOUTONNET (M.),

- *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005.

BOURDILLON (F.), BRÜCKER (G.) et TABUTEAU (D.),

- *Traité de santé publique*, 2^e éd., Médecine-Sciences Flammarion, 2007.

BOURGEOIS (L.),

- *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Paris Alcan, 1900.
- *Solidarité*, Paris, Librairie Armand Colin, 5^e éd., 1906.

BRUGERE (F.),

- *L'éthique du « care »*, PUF, « Que sais-je ? », 2021.

CARBONNIER (J.),

- *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd. 2004.

CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.) (sous la dir.),

- *Les sanctions en droit contemporain*, vol.1, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012.

DEGOFFRE (M.),

- *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000.

DELMAS-MARTY (M.),

- *Le flou du droit*, PUF, 1986.

DIGNEFFE (F.) et MOREAU (T.),

- *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, éd. Larcier, coll. « Perspectives criminologiques », 2006.

DUGUIT (L.),

- *Traité de droit constitutionnel*, t.1., Paris, De Bocard, 3^e éd., 1927.

DURAND (P.),

- *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, Dalloz, 1953.

DURKHEIM (E.),

- *De la division du travail social*, Paris Alcan, 1893.

ESPING-ANDERSEN (G.),

- *Les trois mondes de l'État-providence. Essai sur le capitalisme moderne*, PUF, 2007.

EWALD (F.),

- *L'État-providence*, Grasset, 1986.

EYNARD (J.),

- *Les données personnelles : quelle définition pour un régime de protection efficace ?*, Éditions Michalon 2013.

FOUCAULT (M.),

- *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

FOUILLE (A.),

- *La science sociale contemporaine*, Paris Hachette, 1880.

GENY (G.),

- *Science et technique en Droit privé positif*, t.1, Sirey, 1943.

GERRY-VERNIERES (S.),

- *Les « petites » sources du droit, A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012.

GINON A-S et GUIOMARD (F.) (sous la dir.),

- *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016.

GIRARD (J-F.) et EYMERI (J-M.),

- *Quand la santé devient publique*, Paris Hachette, Coll. « Littératures », 1998.

GOYARD-FABRE (S.),

- *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992.

HART (H.L.A.),

- *Le concept de droit*, trad. par M. VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Publications de Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

HERVE (C.) et STANTON-JEAN (M.), (sous la dir.),

- *Les nouveaux paradigmes de la médecine personnalisée ou médecine de précision, Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, Dalloz, 2014.

HIRSCH (M.),

- *Les enjeux de la protection sociale*, Monchrestien, 2^e éd., 1994.

JOSSERAND (L.),

- *De l'esprit des lois et de leur relativité- Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927.

KELSEN (H.),

- *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. LAROCHE ET V. FAURE, LGDJ, coll « Brylant », 1997.
- *Théorie pure du droit*, trad. CH. EISENMANN, Bruylant-LGFJ, 1999.

KERVASDOUE de (J.), KIMBERLY (J.) et RODWIN (V.),

- *La santé rationnée ?*, Economica, 1981.

LAUDE (A.) et TABUTEAU (D.) (sous la dir.),

- *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007.

LECLERC (P.),

- *La Sécurité sociale. Son histoire à travers les textes*, t. II (1870-1945), 1996.

LIBCHABER (R.),

- *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013.

LOCKIEC (P.),

- *Contrat et pouvoir; Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

MAYAUX (L.),

- *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011.

MEDA (D.),

- *L'État prévoyant, Quelles origines, quelles significations?*, Fondation Jean-Jaurès, 2009.

MEIFFRET DEL SANTO (K.),

- *La fraude en droit de la protection sociale*, PUAM, 2018.

MILLET (F.),

- *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, Les presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2001.

MILNE- EDWARDS (H.),

- *Leçons sur la philosophie et l'anatomie comparée de l'homme et des animaux*, vol. 14, Paris V, Masson, 1857-1881.

MOTULSKY (H.),

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 1948 (rééd. 2002).

PALIER (B.),

- *Gouverner la Sécurité sociale*, PUF, 2002

PERES DOURDOU (C.),

- *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

PIETTE-COUDOL (T.),

- *Les objets connectés, sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015.

RICHELIEU (CARDINAL),

- *Maximes d'État et fragments politique*, publ. par G. HANOTAUX, éd. originale 1880.

RIPERT (G.),

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.

ROCHFELD (J.),

- *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 1^{er} éd., 2011.

ROSANVALLON (P.),

- *La crise de l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1992.
- *La nouvelle question sociale, Repenser l'État-providence*, Éditions du Seuil, 1995.

DE SAINT EXUPERY (A.),

- *Terre des hommes*, Gallimard, 1939.

SAINT-JOURS (Y.),

- *Traité de Sécurité sociale, Le droit de la Sécurité sociale*, t. I, LGDJ, 1980.
- *La faute dans le droit général de la Sécurité sociale*, LGDJ, 1972.

SAEILLES (E.),

- *L'individualisation de la peine*, Paris Alcan, 1927.

SLINGENEYER (T.),

- *La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité*, Champ pénal, 2007.

STOFFEL-MUNCK (P.),

- *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

SUPIOT (A.),

- *Homo juridicus*, Éditions du Seuil, 2005.
- *La gouvernance par les nombres*, FAYARD 2015, p. 228.

TABUTEAU (D.),

- *Démocratie sanitaire*, éd. O. Jacob, 2013.

THIBIERGE (C.) et alii,

- *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

TRONTO (J.),

- *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, éd. La découverte 2009
- *Le risque ou le care ?*, PUF 2012.

IV. Thèses

ANDRE (O.),

- *La couverture maladie aux États-Unis : contribution à l'étude des systèmes de protection sociale*, Thèse de droit, Université d'Aix, 2019.

BOURDENX (A.),

- *La responsabilisation : essai sur la transformation de la protection sociale*, Thèse de droit, Université de Bordeaux, 2023.

COURVALIN (T.),

- *Le risque social. Une responsabilité au secours de la dignité de la victime*, Thèse de droit, Université Nanterre, 2013.

DEMONT (B.),

- *L'aléa dans le contrat d'assurance*, LGDJ, coll. « Thèses », 2013.

DEMOULAIN (M.),

- *Nouvelles technologies et droit des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. « Thèses », 2012.

HAGE-CHAHINE (N.),

- *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2017.

HUTEAU (G.),

- *La responsabilité de l'assuré social dans l'assurance maladie*, Thèse de droit, Université de Nantes, 2013.

KEIM-BAGOT (M.),

- *De l'accident du travail à la maladie professionnelle : la métamorphose du risque professionnel, enjeux et perspectives*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 148, 2015.

LANNA (M.),

- *La protection des données personnelles à l'épreuve de l'automesure connectée*, Thèse de droit, Université Paris II, 2019.

LEFER (C.),

- *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, Thèse de droit, Université Paris II, 2016.

MILLET (F.),

- *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, coll. « Thèses », 2011.

PICARD (A.), MERVIEL (N.) et COISSAC (L.),

- *Rémunération sur Objectifs de Santé Publique : quelle perception en ont les médecins généralistes ? Étude qualitative réalisée auprès de soixante médecins généralistes de Maine-et-Loire, Mayenne et Sarthe*, Thèse de médecine, Université d'Angers, 2016.

REDON (M.),

- *L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés*, Thèse de droit, Université de Rennes, 2021.

RIOT (C.),

- *Le risque social*, Université de Montpellier I, coll. « Thèses », 2005.

SALEILLES (R.),

- *Les Accidents du travail et Responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Thèse de droit, Paris, 1897.

SAVATIER (R.),

- *Des effets et des sanctions du devoir moral*, Thèse de droit, Université de Poitiers, 1916.

STARCK (B.),

- *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse, Paris, 1947.

VAN DER VLIST (S.),

- *La participation des salariés à la direction de l'entreprise, étude critique*, Thèse de droit, Université Paris II, 2019.

VINEY (G.),

- *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Thèse de droit, Paris, LGDJ, 1965.

V. Articles de doctrine

ADELE (P.-A.),

- « Surveiller et punir par les dispositifs médicaux », *RDSS* 2015, p. 300.

ALAJOUANINE (G.),

- « L'e-santé, la révolution du « soigner » », *Risques* 2015, n°103 p. 67.

ALFANDARI (E.),

- « La démocratie sanitaire – Aspect juridique et médical », *RGDM* 2004, p. 37.

AMSELEK (P.),

- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 275.

ANDRE (O.),

- « Que reste-t-il de l'Obamacare ? », *RDSS* 2022, p. 492.
- « L'empreinte du *workfare* dans les programmes d'assistance aux États-Unis », *Dr. soc.* 2024, p.56.

ANINE (G.),

- « L'e-santé, la révolution du « soigner » », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015 n° 103, p. 86.

APPOLIS (B.),

- « Télémédecine et remboursements des actes », *RDSS* 2020, p. 23.

ASTRE (H.), GEORGES-TARRAGANO (C.), PIERRU (F.) et *alii.*,

- « D'une prise en charge individuelle complexe à une approche globale du soin. Les enjeux sociaux de la santé », in C. GEORGES-TARRAGANO (*sous la dir.*) *Soigner (l'humain – Manifeste pour un juste soin au juste coût*, Presses de l'EHESP, 2015, p. 55.

ATIAS (C.),

- « Les RMO : révolution ou continuité » *RDSS* 1994, p. 23.

AUBERT (J.-M.),

- « La construction du reste à charge », in Dossier « Santé et restes à charge », *RDSS* 2017, p. 33.

AUVRAY (L.), DOUSSIN (A.) et LE FUR (P.),

- « Santé, soins et protection sociale en 2002 », CREDES, *Question d'économies de la santé* déc. 2003, n°78.

AVRIL (P.),

- « Responsabilité et *accountability* », in O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (*sous la dir.*), *La responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, p. 88.

BADEL (M.),

- « La Sécurité sociale a 70 ans. Vive l'universalisation ! », *Dr. soc.* 2016, p. 263.
- « Retour sur la rémunération des médecins ... encore libéraux ? », *RDSS* 2022, p. 1088.

BARDEY (D.) et DE DONDER (P.),

- « Tests génétiques et assurance santé, une tension exacerbée », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 75.

BATIFOULIER (P.),

- « De la responsabilité individuelle aux priorités collectives. Une analyse institutionnaliste des politiques de la demande en santé », *Ethique et économie* 2012, n°9, p. 25.
- « Développer le marché de l'assurance pour le « bien » du patient : les dangers d'un paternalisme marchand », *RDSS* 2019, p. 819.
- « Solidarité et primordialité de la santé : le nouvel esprit de l'assurance santé privée » in M. DEL SOL et P. BATIFOULIER (sous la dir.), *Plus d'assurance santé pour moins de protection ? Le patient face au marché*, *Amplitude du droit* 2022, p. 299.

BATIFOULIER (P.) et PAREL (V.),

- « La prise en charge médicale des personnes précaires : une nécessité économique », in PIERRE-HENRI BRECHAT et alii (sous la dir.), *Innover contre les inégalités de santé*, Presses de l'EHESP « Hors collection », 2012, p. 59.

BAZZOCCHI (D.),

- « L'état social rationné ? », in *Politiques de santé : Idées, innovations et illusions – Mélanges en l'honneur de Jean Kervasdoué*, *Economica*, 2015, p. 91.

BAUDIER (F.) et LEOUBE (G.),

- « L'éducation thérapeutique du patient et *disease management* : pour une 3e voie « à la française » ? », *Santé Publique* 2007, p. 335.

BEAUVIRONNET (E.),

- « La Sécurité sociale au prisme de la discipline budgétaire européenne », *RDSS* 2019, p. 273.

BEBEAR (C.),

- « Protection sociale et charges sociales : pour un changement radical du système ! », *Dr. soc.* 1995, p. 734.

BECKOUCHE (P.),

- « La révolution numérique est-elle un tournant anthropologique ? », *Le Débat* 2017, n°193, p. 157.

BEGUIN-FAYNEL (C.),

- « L'assureur, les données et l'intelligence artificielle », *Dalloz IP/IT* 2023, p. 449.

BERGOIGNAN-ESPER (C.),

- « Les formes nouvelles de coopération des acteurs de santé : entre innovation et modernisation », *RDSS* 2009, p. 806.

BERNELIN (M.),

- « La médecine connectée : interrogations et renouveau pour le droit international de la santé », *RDSS* 2018, p. 1007.

BERTRAND (M.),

- « La protection des données personnelles comme mode de régulation du Big Data en protection sociale complémentaire », *RFAS* 2017, p. 54.

BEVIERE-BOYER (B.),

- « De la responsabilisation de la personne à l'égard de sa santé prédictive au risque de développement progressif en responsabilité, *RGDM* 2020, p. 187.

BLAIS (M-C.),

- « La solidarité », *Le Télémaque* 2008, vol. 33, p. 9.

BLANDIN (A.),

- « La composition d'un espace européen autour du régime juridique des données personnelles », in P-A CHARDEL, *Politiques Sécuritaires et surveillance numérique*, CNRS Éditions, p. 139.

BORGETTO (M.),

- « Brève réflexion sur les apports et les limites de la loi créant une CMU », *Dr. Soc.* 2000, p. 30.
- « La doctrine solidariste de Léon Bourgeois : une nouvelle définition des rapports entre le politique, le social et le droit », in CARLOS MIGUEL HERRERA (sous la dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, éd. Kimé, 2003, p. 35.
- « Le médecin traitant », *RDSS* 2005, p. 897.
- « L'activation de la solidarité : d'hier à aujourd'hui », *Dr. soc.* 2009, p. 1043.
- « La portée juridique de la notion d'accompagnement » ? *RDSS* 2012, p. 1029.
- « Les droits sociaux entre procès et progrès », *Informations sociales*, 2013, n°178, p. 14.
- « La Sécurité sociale à l'épreuve de l'universalité », *RDSS* 2016, p. 11.

BORGETTO (M.) et LAFORE (R.),

- « L'État-providence, le droit social et la responsabilité », *Lien social et politiques* 2001, n°46, p. 31.

BOURDENX (A.),

- « Le forfait patient urgences », *RDSS* 2023, p. 75.

BOSSI (J.),

- « Comment organiser aujourd'hui en France la protection des données de santé », *RDSS* 2010, p. 208.

- « Le règlement européen et la protection des données de santé », *D. IP/IT* 2017, p. 260.

BRAS (P-L.),

- « Déficit de l'assurance maladie : dérembourser ou prélever ? », *Dr. soc.*, 2004, p. 645.
- « Le médecin traitant : raisons et déraison d'une politique publique », *RDSS* 2006, p. 59.
- « Paiement à l'acte/capitation : une réforme ébauchée, mais avortée », *Les Tribunes de la santé* 2017, p. 71.
- « La rémunération des médecins à la performance : efficacité clinique ou efficacité symbolique ? », *Les tribunes de la santé* 2020, p. 61.

BRECHAT (P-H.),

- « Prévention et promotion de la santé : pierre angulaire de la loi », *Revue droit et santé*, Hors-série « La loi de modernisation de notre système de santé », 2016, p. 23.

BREUIL-GENIER (P.),

- « Comportements opportunistes des patients et des médecins : l'apport d'analyses par épisodes de soins », *Economie et prévisions* 2000, n°142.

BRIMO (S.) et BONVALLOT (N.),

- « L'exposome : un concept scientifique à la recherche de traduction juridique », *RDSS* 2023, p. 74.

BROSSET (E.),

- « Le droit à l'épreuve de la e-santé : quelle « connexion » du droit de l'Union européenne ? », *RDSS* 2016, p. 870.

BONGARD (A-C.) et SPERONI (J.),

- « Big Data et conséquences », *L'argus de l'assurance*, 25 novembre 2016.

BOUVENOT (G.),

- « Les apports et les limites de la notion de service médical rendu », *RDSS* 2011, p. 403.

CABANIS (J-N.),

- « La loi du 26 janvier 2016 relative à la modernisation de notre système de santé : une nouvelle étape pour la santé publique », *RDSS* 2016, p. 597.

CAMBON (L.),

- « Objets connectés, mobiles, communicants en prévention : dépasser l'outil, penser l'intervention », *Santé publique* 2016, p. 5.

CANIARD (E.),

- « L'encadrement de l'observance », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007, p. 91.

CAPITANT (H.),

- « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365.

CARDIN (H.),

- « La loi du 4 mars 2002 dite « Loi Kouchner » », *Les Tribunes de la santé* 2014, p. 27.

CARPENTIER LE (M.) et LHUILIER (D.),

- « Précarité, santé et soins : une perspective psychosociologique », in P-H. BRECHAT et ALII (sous la dir.), *Innover contre les inégalités de santé*, Presses de l'EHESP « Hors collection », 2012, p. 23.

CASES (A-S.),

- « L'e-santé : l'empowerment du patient connecté », *Journal de gestion et d'économie médicales* 2017, n°4-5, p. 137.

CASTETS-RENARD (C.),

- « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », *D. IP/IT* 2016, p. 331.

CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.),

- « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (sous la dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. I*, Dalloz, coll. « L'esprit des lois », 2012, p. XXX.

CHAMBARETAUD (S.) et LEQUET-SALMA (D.),

- « Managed, care et concurrence aux États-Unis, évaluation d'un mode de régulation », *RFAS* 2002, p. 11.

CHAMPEY (Y.),

- « Médecine personnalisée génomique et choix thérapeutiques médicamenteux. Bouleversements, perspectives » in C. HERVE et M. STANTON-JEAN (sous la dir.), *Les nouveaux paradigmes de la médecine personnalisée ou médecine de précision, Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, Dalloz, 2014, p. 69.

CHANU (P-Y.),

- « Modernité de la Sécurité sociale », *RFAS* 2016, p. 333.

CHARPENTIER (A.) et SUIRE (R.),

- « Données et santé – Valeurs, acteurs et enjeux », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2016, n°107, p. 111.

CHAUCHARD (J-P.),

- « De la définition du risque social », *Trav. et protection sociale*, juin 2000, p. 4.
- « Les querelles de ménage de l'assurance maladie et de la solidarité », *RDSS* 2006, p. 288.
- « Les nécessaires mutations de l'État-providence, du risque social à l'émergence d'un droit-besoin », *Dr. soc.* 2012, p. 135.

CHEVALLIER (J.),

- « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM et G. MARTIN (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, PUF, 1998, p. 36.

CLAVERANNE (J.-P.) et VINOT (D.),

- « L'émergence des droits des patients dans les systèmes de santé occidentaux : anciens problèmes et nouveaux défis », *RGDM* 2004, p. 17.

CLUZEL-METAYER (L.) et FRANÇOIS (A.),

- « La protection des données personnelles à l'épreuve de la télémédecine », *RDSS* 2020, p. 51.

CONTIS (M.),

- « La télémédecine : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives juridiques », *RDSS* 2010, p. 235.

COPPENS (P.),

- « La sanction de la règle juridique : de la contrainte à l'incitation », in CHAPUT Y. (sous la dir.), *La sanction : la lecture des économistes et des juristes*, Brylant, 2011, p. 27.

CHELLE (E.),

- « La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ? », *RDSS* 2018, p. 674.

CHEVALLIER (K.),

- « Vers un droit postmoderne ? » in J. CLAM et F. MARTIN, (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p. 21.

COUDREAU (C.),

- « Elaborer un programme pluriannuel de modernisation des hôpitaux et des cliniques de l'Île-de-France », *Dr. soc.* 1997, p. 869.

CRENN (J.-P.),

- « Les objets connectés décryptés pour les juristes », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 389.

CRISTOL (D.),

- « Prévention et santé publique dans la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 832.
- « L'utilisateur dans la stratégie nationale de santé : la démocratie en santé en quête d'un nouveau souffle », *RDSS* 2018, p. 413.

DAMON (J.),

- « Révolution numérique : Sécurité sociale 2.0 et médecine « 5P » », *RDSS* 2017, p. 925.
- « Rétrospective et prospective de la protection sociale », in BORGETTO M., A-S GINON, GUIOMARD F. (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 11.
- « Prévenir c'est guérir ou c'est punir ? », *RDSS* 2023, p. 492.

DAVER (C.),

- « La télémédecine, entre progrès techniques et responsabilités », *D.* 2000, p. 528.

DEBIES (E.),

- « L'ouverture et la réutilisation des données de santé : panorama et enjeux », *RDSS* 2016, p. 697.

DESCAMPS (O.),

- « La responsabilité dans le Code civil. Histoire de la justice », 2009, n°19, p. 291.

DESPES (C.), DOURGNON (P.) et FANTIN (R.),

- « Le renoncement aux soins pour raisons financières : une approche économétrique », *Questions d'économie de la santé* Irdes, nov 2011, p. 170.

DEGUERGUE (M.),

- « Risque », in D. ALLAND ET S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1372.
- « L'obligation de mener une vie saine ? », *RGDM* 2013, p. 13.

DEJEAN de LA BATIE (N.),

- « Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français », *Revue internationale de droit comparé* 1966, vol. 18, n°1, p. 293.

DEL SOL (M.),

- « La réglementation en assurance santé collective, une logique vertueuse ? », *L'argus de l'assurance*, 17 mai 2018.
- « La réglementation française de l'assurance santé à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage », in A. BENSAMOUN, M. BOIZARD et S. TURGIS (sous la dir.), *Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation*, Éditions Mare et Martin, 2020, p. 181.

DESMARAIS (P.),

- « Quel régime pour la m-Health ? », *Communication Commerce électronique*, 2013, n°3, étude 5.

DORT (A.),

- « La fiscalisation des ressources de la Sécurité sociale, une notion à redéfinir », *Dr. soc.* 2022, p. 965.

DOSSIERS,

- « Le plan Juppé », *Dr. soc* 1996.
- « Les sanctions administratives », *Courrier juridique des affaires sociales et des sports*, 2011, n°88.
- « Les objets connectés : 4^e révolution industrielle », *D. IP/IT* 2016, p. 388.
- « La protection des données personnelles des individus », *Risques – Les cahiers de l'assurance*, 2017, p. 58.

DRUAIS (P-L.),

- « Prescription ou promotion de l'observance », p. 75, in A. LAUDE et TABUTEAU D. (sous la dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007.

DUBOIS (M-D.),

- « L'usager expert », *RGDM* 2018, p. 67.

DUBOIS (O.),

- « Médecine et nouvelles technologies : quel impact ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie de la protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, éd. Liaisons, 2000, p. 729.

DUBOIS (L.),

- « La maîtrise des dépenses de santé et la loi du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie », *RDSS* 1993, p. 421.

DUFOUR (A-C.),

- « L'empreinte de la responsabilisation dans le financement de la santé », *RDSS* 2018, p. 1055.

DUPEYROUX (J-J.),

- « 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Dr. soc.* 1995, p. 713.

DUPUY (P-M.),

- « Responsabilité », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1341.

DURRY (G.),

- « La sélection de la clientèle par l'assureur : aspects juridiques », *Risques – Les cahiers de l'assurance*, 2001, p. 65.
- « Les obligations envers l'assureur », *RGDM* 2003, p. 61.

EISINGER (F.),

- « Le dépistage du risque », *ADSP* 2005, n°51, p.47.

EQUIPE « MICROCAPTEURS ET MICROSYSTEMES BIOMEDICAUX INSA DE LYON » (CNRS INL),

- « Microcapteurs, vêtements, habitats intelligents pour le monitoring permanent : impact sociétal et éthique », in HERVE C., JEAN M-S., MOLINARI P. À, GRIMAUD M-A et LAFORET E. (sous la dir.), *La nanomédecine : enjeux éthiques, juridiques et normatifs*, Dalloz, 2007, p. 103.

EVIN (C.),

- « Quelques réflexions à propos du chapitre santé du plan Juppé », *Dr. soc.* 1996, p. 300.

EWALD (F.),

- « Génétique et assurance », *RGDA* 1999, p. 539.

- « À quelles conditions la sélection d'un risque constitue une discrimination ? », *in Droit et économie de l'assurance santé, Mélanges en l'honneur de Y. Lambert-Faivre et D-C Lambert*, Dalloz, 2002, p. 167.

FERRY (J-M.),

- « Crise et critique de l'État social », *RDSS* 2007, p. 263.

FIESCHI (M.),

- « Vers le dossier médical personnel », *Dr. soc.* 2005, p. 80.

FORGES DE (J-M.),

- « La prévention dans la loi du 4 mars 2002 : organisation ou politique ? », *RDSS* 2002, p. 745.

FOUCAULT (M.),

- « Un système fini face à une demande infinie », *in R. BONNO, La Sécurité sociale : l'enjeu*, Syros, 1983, p. 60.

FOURDIGNIER (M.),

- « De la prise en charge à l'accompagnement : vers un nouvel espace professionnel », Reims, 2011, *in* <http://marc-fourdrignier.fr/wp-content/uploads/textemfourdrignier.pdf>.

GAUDEMET (J.),

- « Naissance d'une obligation juridique. Les débuts de l'obligation » dans le droit de la Rome antique » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz 2000, t. LXII p. 33.

GEFFAY (E.),

- « Comment concilier protection des données privées, sécurité et innovation », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2017, p. 61.

GEOFFARD (P-Y.),

- « La régulation de l'assurance maladie », *in M-A FRISON-ROCHE La régulation des secteurs de la santé*, vol. 6, coll. « Droit et économie de la régulation », Presses de sciences po et Dalloz, p. 19.

GHERARDI (E.), MONEGER (F.) et CORMIER (M.),

- « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins », *RDSS* 2002, p. 198.

GINON (A-S.),

- « Le médecin traitant, révélateur des nouvelles fonctions de la protection sociale complémentaire », *RDSS* 2005, p. 907.
- « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou du droit ? », *RDSS* 2016, p. 80.
- « Le glissement de l'assurance maladie obligatoire vers les complémentaires : vers une autre conception des dépenses de santé ? », *RDSS* 2017, p. 91.

- « Vers un paramétrage économique de l'assurance maladie complémentaire ? », *RDSS* 2017, p. 456.
- « Assurance santé comportementale » : de quoi parle-t-on ? », *Revue des contrats*, 1^{er} juin 2017, p. 31.
- « La pertinence des soins, nouvelle valeur du système de santé ? », *RDSS* 2018, p. 428.
- « Les deux « assurances maladie » ou l'histoire juridique d'une relation fondée sur le « contrat responsable », *Revue des Juristes de Sciences Po* 2021, p. 85.

GINON (A-S.) et TREPEAU (M.),

- « L'ONDAM peut-il s'imposer comme un outil de régulation des dépenses d'assurance maladie ? », in B. FAURE (sous la dir.) *Les objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz 2010, p. 115.

GINON (A-S.) et TREPEAU (M.),

- « L'ONDAM peut-il s'imposer comme un outil de régulation des dépenses d'assurance maladie ? », in B. FAURE (sous la dir.) *Les objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz 2010, p. 115.

GIRER (M.),

- « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social – Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45.

GIULIANI (A.),

- « Imputation et justification » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII p. 86.

GOFF LE (A.),

- « Care empathie et justice. Un essai de problématisation », *Revue du MAUSS* 2008, p. 203.

GOFFIC LE (C.),

- « Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine », *RDSS* 2011, p. 987.

GOYARD-FABRE (S.),

- « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 113.

GRENIER (B.), BOURDILLON (F.) et GAGNAYRE (R.),

- « Le développement de l'éducation thérapeutique en France : politiques publiques et offres de soins actuelles », *Santé Publique* 2007, vol. 19, p. 283.

GRIGUER (M.),

- « Quel cadre légal pour l'e-santé », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°5, 2016, p. 26.

GROUTEL (H.),

- « Les enjeux de la causalité en droit des assurances », *Rev. Lamy Dr. civ.*, 2007, supplément au n°40, p. 53.

GRÜNDLER (T.),

- « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS* 2010, p. 835.

GROS (J.),

- « Solidarités », *ADSP*, déc. 2005 – mars 2006, n°53-54, p. 91.

GROSJEAN (A.),

- « Le profilage : un défi pour la protection des données à caractère personnel », in A. GROSJEAN (sous la dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, éditions Larcier, 2015, p. 309.

GUEVEL (D.),

- « Le médecin traitant : Droit civil et Droit de la Sécurité sociale : De l'influence du choix du patient en droit de la Sécurité sociale sur la présomption de captation de l'article 909 du Code civil », *Gaz. Pal.* 16-18 janv. 2005.

GUIOMARD (F.),

- « Prévenir ou réparer ? Quelle place de la prévention dans le droit de la protection sociale », in BORGETTO M., A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016. p. 193.

GUTMANN (D.),

- « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1668.

HARICHAUX (M.),

- « Vers un tournant de la médecine libérale en France ? », *RDSS* 1994, p. 226.
- « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *RDSS* 2006, p. 109.

HAY (F-X.),

- « La mutualisation est-elle soluble dans le Big Data ? », in Dossier « Le choc du Big Data dans l'assurance », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 25.

HENRIOT (M.),

- « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 59.

D'HOMBRES (E.),

- « Le solidarisme. De la théorie scientifique au programme de gouvernement », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010, vol. 260, n°3, p. 8.

GAL-FONTES LE (C.) et RAGE-ANDRIEU (V.),

- « L'éducation thérapeutique à la croisée des chemins professionnels », *RDSS* 2011, p. 907.

GALVIS-NARINOS (F.) et MONTELIMARD (A.),

- « Le système de santé des États-Unis », *Pratique et organisation des soins*, oct-déc. 2009, vol. 40, p. 311.

GAUMONT-PRAT (H.),

- « La médecine personnalisée et le droit », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau « Droit médical et éthique médicale : regards contemporains »*, vol. 1, LEH, 2015, p. 465.

HEAS (F.),

- « Le concept d'exposome à l'aune du droit social », *Dr. soc.* 2020, p. 524.

HUTEAU (G.),

- « Vers quel pacte de responsabilité pour l'assuré social ? », *Gazette du Palais*, éd. spéc., août 2014, n°234.
- « La responsabilisation du patient-assuré social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge ? », *RDSS* 2017, p. 149.
- « La responsabilité collective vis-à-vis de la dette sociale : l'échec et le défi », *RDSS* 2022, p. 628.

JUSTON MORIVAL (R.), GINON (A-S.) et DEL SOL (M.),

- « Réflexions sur les offres à dimension préventive développées par les organismes d'assurance en santé », *Dr. Soc.* 2019, p. 921.

ISABELLE (C.) et PIERRE (R.),

- « Ambivalences de l'État-providence. À l'horizon d'un État social actif », *Informations sociales* 2007, n°142, p. 18.

ISIDRO (L.),

- « L'universalité en droit de la protection sociale. Des usages aux visages », *Dr. soc.* 2018, p. 378.

JACQUET (J-M.),

- « L'émergence du droit souple ou le droit « réel » dépassé par son double », *Mél. B. OPPETIT*, p. 331.

JACQUES (A-C.),

- « La réforme du contrôle médical : du contrôle des arrêts de travail... au contrôle des assurés » in *La réforme de l'assurance maladie* (Loi n°2004-810 du 13 août 2004) : *LPA* 2005, n°44, p. 18.

JAEGER (M.),

- « Du principe de responsabilité au processus de responsabilisation », *Vie sociale* 2009, p. 71.

JESTAZ (P.),

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197.

JUPPE (A.),

- « Intervention du Premier ministre sur la réforme de la protection sociale, Assemblée nationale 15 novembre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 221.

JUSOT (F.), LOUVEL (A.), LEGAL (R.), POLLAK (R.), SHMUELI (A.),

- « À quoi tient la solidarité de l'assurance maladie entre les hauts revenus et les plus modestes en France ? », *Revue française d'économie* 2017, n°4, p. 23.

KERLEAU (M.),

- « L'ARH : un espace de négociation pour les restructurations hospitalières ? », *RFAS* 2003, n°3, p. 29.

KERVASDOUE de (J.),

- « La maîtrise des dépenses d'assurance maladie est-elle possible ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation*, Economica, 2000, p. 643.

KESSLER (D.),

- « L'avenir de la protection sociale », *Commentaire* 1999, n°3, p. 619.
- « Les noces du risque et de la politique », *Commentaire* 2002, n°109, p. 55.

KESSLER (F.),

- « Le refus de signature du PARE », *D.* 2001, p. 3445.
- « Qu'est-ce qu'un « risque social » ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation*, Economica, 2000, p. 244.

KHAIRALLAH (G.),

- « Le « raisonnable » en droit privé français développements récents », *RTD civ.* 1984, p. 439.

KRAMPE C.,

- « Obligation comme bien. Droit français et allemand » : *Arch. Phil. Dr.* t. XLIV, 2000, p. 205.

LAARIBI (K.V.),

- « L'empowerment » du patient chronique et la transformation du système de santé », in C. Hervé, M Stanton-Jean et M-F Mamzer, *La participation des patients*, Dalloz, 2017, p. 105.

LAITHIER (Y-M.),

- « Aléa et théorie générale du contrat » in *L'aléa*, Journées Nationales, t. XIV, Le Mans, Association Henri Capitant, 2011, p. 11.

LAFORE (R.),

- « La CMU : un nouvel îlot dans l'archipel de l'assurance maladie », *Dr. Soc.* 2000, p. 21.
- « Obligations contractuelles et protection sociale », *RDSS* 2009, p. 31.

- « Ajuster ou réinventer la protection sociale : la place de l'individu », in BORGETTO M., A-S GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 349.

LAGREE (J.),

- « Ethique et partage du secret professionnel », *RDSS* 2015, p. 465.

LAMBERTERIE de (I.),

- « La place du consentement dans la collecte et le traitement des informations sensibles. La situation en France », *RGDM* 2004, p. 59.

LANTERO (C.),

- « Télémédecine et droits des patients », *RDSS* 2020, p. 61.

LAQUIEZE (A.),

- « Sanction » in D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003

LAROQUE (P.),

- « Des assurances sociales à la Sécurité sociale » in « La Sécurité sociale a dix ans » (n° spéc.) *FO info.* juill. 1955, reproduit in *Bulletin d'histoire de la Sécurité sociale* (n° spéc.) 2005/2006, p. 299.

LAROQUE (P.),

- « Le plan français de Sécurité sociale », *Rev. franç. du travail* 1946, p. 10.
- « Sécurité sociale et assurances sociales : la mise en œuvre de la Sécurité sociale », *Vie sociale* 2015, p. 51.
- « 40 ans de Sécurité sociale », *RFAS* (juillet-septembre 1985) », *Comité de l'histoire de la Sécurité sociale*, *Bulletin de liaison* n°14, janv. 1986, p.15.

LASERRE-KIESOW (V.),

- « Rapport introductif », in *L'aléa*, Journées internationales, Association Henri Capitant, t. XIV, Dalloz, 2011, p. 1.

LASRY (J-M.),

- « La rencontre choc de l'assurance et du Big Data », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 19.

LAUBIE (R.),

- « Le patient connecté ou les métamorphose de la santé », *L'expansion Management Review* 2011, n°143, p. 24.

LAUDE (A.),

- « Le consommateur de soins », *D.* 2000, p. 415.
- « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *Petites affiches*, 2002, p. 23.
- « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007, p. 1151.

- « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé* 2013, n°41, p. 79.
- « Le comportement du patient : une condition du remboursement des soins ? », *D.* 2014, p. 936.

LAURENT (O.),

- « Construction, déconstruction et réinvention de l'État providence », *Civitas Europa* 2014, vol. 33, n°2, p. 11.

LAVERDET (C.),

- « Les enjeux juridiques de l'Internet des objets », *JCP G* 2014, p. 670.

LEFEBVRE (M.) et PESTIEAU (P.),

- « Faut-il désespérer de l'État Providence ? », *Risques Les cahiers de l'assurances* 2018, p. 151.

LEMAIRE (N.) et VON LENNEP (F.),

- « *Le disease management*, une réponse au défi des maladies chroniques » in P-L BRAS et al., *Traité d'économie et de gestion de la santé*, Presses de Science po, « Hors collection », 2009, p. 225.

LEMOINE (P.),

- « Big Data, Libertés et assurance », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2017, p. 688.

LEONARD (C.),

- « L'équité dans les approches *post-welfaristes* de la justice et la responsabilité individuelle du patient. Vers une « responsabilisation capacitante », *Revue des Questions Scientifiques* 2009, t. 180, n°2, p. 173.
- « *Le care capacitant*. Une alternative au paradigme néoclassique de la responsabilité individuelle », *Revue du MAUSS* 2013, n°41, p. 191.
- « Être libre et responsable pour refonder la solidarité », *Revue d'éthique et de théologie morale* 2013, p. 9.

LOISEAU (P.),

- « La force normative des recommandations de bonnes pratiques médicales », in C. THIBIERGE, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 613.

LOKIEC (P.),

- « La contestation du formulaire de déclaration de choix du médecin traitant devant le Conseil d'État », *RDSS* 2005, p. 934.

MALAUURIE (P.),

- « Obligations » in D. ALLAND ET S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^e éd., 2003, p. 1097.

MALLOL (F.),

- « Du rôle des expérimentations dans les politiques sanitaires et sociales », *RDSS* 2024, p. 65.

MARIE (R.),

- « La couverture maladie universelle », *Dr. Soc* 2000, p. 7.
- « Financement des dépenses de santé et accès aux soins », *RDSS* 2011, p. 312.
- « Vers un changement de paradigme pour la couverture des risques maladie et vieillesse », *JCPS* 2011, p. 1039.
- « L'évolution des techniques de rémunérations de ville : approche de droit comparé », *RDSS* 2012, p. 1049.
- « Les évolutions à l'œuvre en matière de rémunération des médecins libéraux », *Dr. soc.* 2012, p. 517.
- « Rémunération sur objectifs de santé publique et subordination des médecins libéraux » *RDSS* 2013, p. 615.
- « Les organismes complémentaires : nouveaux acteurs de prévention de la santé des salariés ? » *JCP S* 2017, p. 1.
- « Un financement des dépenses de santé en quête d'efficacité », *Dr. soc.* 2022, p. 993.

MARINO (L.),

- « *To be or not to be connected* : ces objets connectés qui nous espionnent, *Recueil Dalloz* 2014, p. 29.
- « Le règlement européen sur la protection des données personnelles : une révolution ! », *JCP G* 2016, p. 628.

MARTY (J.) et PELLET (R.),

- « À propos de rapports récents de la Cour des comptes sur les établissements de santé », *RDSS* 2024, p. 106.

MAVOKA-ISANA (A.),

- « Présentation du projet de loi « hôpital, patients, santé et territoires » en conseil des ministres », *Dalloz actu.*, 27 octobre 2008.

MEKKI (M.),

- « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, t. XII, Dalloz, 2009, p. 1.

MESSAADI (N.),

- « Information numérique et gestion de la maladie », *Santé publique* 2016, p. 77.

MESTRE (J.) et FAGES (B.),

- « Contrat ou pas, telle est la question... (à propos du PARE) », *RTD civ.* 2004, p. 725.

MOAL LE (R.),

- « Assurer ou prévenir les risques ? », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2017, p. 81.

MONNIER (A.),

- « Le Dossier Médical personnel : histoire, encadrement juridique et perspectives », *RDSS* 2009, p. 625.

MOQUET-ANGER (M-L.),

- « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS* 2002, p. 657.
- « Les obligations du patient et l'assurance maladie : les exemples du carnet de santé et du médecin référent », *RGDM* 2003, p. 49.
- « Santé et restes à charge », *RDSS* 2017, p. 5.
- « Télémédecine et égal accès aux soins », *RDSS* 2020, p. 13.
- « Professions et professionnels de santé », *RDSS* 2022, p. 99.

MOREAU (J.),

- « Rapport de synthèse », *RGDM* 2001, p. 89.

MORIN (L.), FOURY (C.), BRIOT(P.), PERROCHEAU (A.) et PASCAL (J.),

- « Modalités d'application du « *disease management* » concernant l'organisation et la rémunération des professionnels aux USA, en Allemagne et en Angleterre : perspectives pour la France », *Santé Publique* 2010, p. 581.

MORLET-HAÏDARA (L.),

- « L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé », *RDSS* 2016, p. 658.
- « Le système national des données de santé et le nouveau régime d'accès aux données », *RDSS* 2018, p. 91.

MORVAN (P.),

- « La réforme Obama : une nouvelle assurance obligatoire de santé aux États-Unis », *Dr. soc.* 2011, p. 704.

MOUGEOT (F.), ROBELET (M.), RAMBAUD (C.), OCCELLI (P.), BUCHET-POYAU (K.), TOUZET (S.) et MICHEL (P.),

- « L'émergence du patient-acteur dans la sécurité des soins en France : une revue narrative de la littérature entre sciences sociales et santé publique », *Santé publique* 2018, vol. 30, n°1, p.73.

MOUSSERON (J-M.),

- « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1998, p. 481.

NICOLAS (V.),

- « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA* 1998, p. 21.

ODEH (S.),

- « Du dossier médical personnel au dossier partagé. Vers un dispositif de médiation documentaire », *Les Cahiers du numérique* 2016, vol. 12, p. 31.

OLIVIER (L.),

- « Construction, déconstruction et réinvention de l'État providence », *Civitas Europa* 2014, vol. 33, p. 11.

OPPETIT (B.),

- « Le droit hors la loi », *Droits*, 1989, n°10, p. 47.

OSMAN (F.),

- « Avis, directives, Codes de bonne conduite, recommandations, déontologie éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, p. 509.

PEDROT (P.),

- « Avant-propos : la force des mots », *RGDM* numéro spécial « le sens des mots », 2008, p.7.

PEIGNE (J.),

- « La loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie et les produits de santé : un rendez-vous manqué ? », *RDSS* 2009, p. 642.

PERELMAN (C.),

- « Le raisonnable et le déraisonnable en droit » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1978, t. XXIII, p. 35.

PERDRIC (L.),

- « Les sanctions en droit des assurances. De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol.1, p. 328.

PETIT (E.),

- « L'économie du comportement et la théorie du *care*. Les enjeux d'une filiation », *Revue du MAUSS* 2013, p. 347.

PIEDELIEVRE (S.),

- « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *RCA* « hors-série » juin 2001, p. 68.

PEN LE (C.) et RODWIN (V.G.),

- « Le plan Juppé vers un nouveau modèle de régulation des soins ? », *Dr. soc.* 1996, p. 859.

PIERRE (P.),

- « Le traitement des discriminations en matière d'assurance de personnes », *Dr. soc.* 2016, p.760.
- « La responsabilité pour faute des professionnels de la santé ». *Lamy Droit de la responsabilité*, 2006, p.404.

PIERRE (R.) et FELTESSE (P.),

- « L'évolution de la gestion paritaire de la Sécurité sociale en Belgique », *Reflets et perspectives de la vie économique* 2003, n°4, p. 101.

PITCHO (B.),

- « La notion de malade, patient, citoyen », *RGDM* 2004, p.49.

POMEY (M-P.), FLORA (L.), KARAZIVAN (P.), DUMEZ (V.), LEBEL (P.), VANIER (M-C.), DEBARGES (B.), CLAVEL (N.) et JOUET (E.),

- « Le « Montreal Model » : enjeux du partenariat relationnel entre patients et professionnels de la santé », *Santé publique* 2015, p. 41.

PONTIER (M.),

- « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA* 2003, p. 1752.
- « Préface » in F. BOTTINI (sous la dir.) ; *Néo-libéralisme et américanisation du droit*, Mare&Martin, 2019.

PRETOT (X.),

- « Le contrôle des demandeurs d'emploi », *Dr. soc.* 2005, p. 1179.

PRIEUR (C.),

- « Réformer le système de santé » : comment procéder ? », in CHARPENTIER F. (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, 2000, p. 63.

PROTECTION SOCIALE INFORMATIONS,

- « Xavier Bertrand : Non, le DMP n'a pas changé », *Protection Sociale Informations*, n°542, 17 mai 2006.
- « DMP : généralisation annoncée pour 2012 », *Protection Sociale Informations*, n°647, 25 juin 2008.
- « DMP : la relance sous le signe du réalisme », *Protection sociale Informations*, n°684, 8 avril 2009.
- « DMP : l'Asip-santé fait le pari de la simplicité », *Protection Sociale Informations*, n°759, 3 nov. 2010.
- « Orange promeut les objets connectés », *Protection Sociale Informations*, n°923, 2 avril 2014.
- « La CNAMTS reprend le dossier médical », *Protection Sociale Informations*, n°935, 25 juin 2014.
- « Après la tourmente, la nouvelle feuille de route de l'Asip Santé », *Protection sociale Informations*, n° 1060, 8 fév. 2017.
- « La donnée, outil de prévention primaire et secondaire », *Protection sociale information*, n°1134, 12 sept. 2018.

LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN,

- « Touraine préconise un dossier médical personnel de 2^e génération », *Liaisons sociales quotidien*, n°16219, 9 nov. 2012.

POINGT (P.),

- « Le concept de responsabilité », *RGDM* 2008, p. 301.

POLLAK (C.),

- « Essai d'approche positive des nouveaux risques sociaux », *Travail et Emploi* 2011, n°125, p. 67.

POLTON (D.),

- « Reste à charge, la situation paradoxale de la France », *RDSS* 2017, p. 7.

RADE (C.),

- « Réflexions sur les fondements de la responsabilité », *D.* 1999, p. 323.

RAPP (T.),

- « Obamacare : genèse, bilan, futur », *Politique étrangère*, 2017, n°3, p. 139.

RAVOUX (V.),

- « La maîtrise médicalisée de l'évolution des dépenses de santé -Contribution à l'analyse d'un concept », *Dr. soc.* 1994, p. 578.

REBECQ (G.),

- « Le parcours de soins institué par la loi du 13 août 2004, cinq ans après », *RDSS* 2009, p. 610.

REDON (M.),

- « Les enjeux juridiques des programmes de bien-être en assurance santé collective aux États-Unis », *Dr. soc.* 2019, p. 928.

RENAUDI (O.),

- « Télémédecine, télésanté, télésoins : des paroles aux actes », *RDSS* 2020, p. 5.

REUIL (H.),

- « Le renoncement aux soins : ses conséquences sur les personnes et sur le coût de la santé », *RDSS* 2017, p. 111.

REUIL (H.) et BAILLY (S.),

- « Diagnostic descriptif de renoncement aux soins des assurés des CPAM de la 1^{re} vague de généralisation des PFIDASS », *Odenore*, Programme de recherche LIFE/UGA, 2017.

RICHER (J.),

- « L'assurance de demain, transformation ou bouleversement ? », *Risques – Les cahiers de l'assurance*, 2016, p. 10.

RICŒUR (P.),

- « Le concept de responsabilité, Essai d'analyse sémantique », *Esprit* 1994, p. 28.

RIOT (C.),

- « Le risque social face aux lois du marché », *Gaz. Pal.* janv. 2005, n°181, p. 3.

RIVERO (J.),

- « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Mélanges Julliot de La Morandière*, Dalloz, 1974, p. 457.
- « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.

ROMAN (D.),

- « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux » », *RDSS* 2009, p. 63.
- « La « responsabilisation de l'individu : quel équilibre entre droits et devoirs ? », in M. BORGETTO, A-S. GINON et F. GUIOMARD (sous la dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 247.

ROCHER-CURIER (P.),

- « La politique de vaccination dans le cadre de la nouvelle Stratégie nationale de santé », *RDSS* 2018, p. 402.

ROLLAND (C.) et SICOT (F.),

- « Les recommandations de bonne pratique en santé. Du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *Gouvernement et action publique*, 2012, vol. 1, n° 3, p. 53.

ROUSSET (G.),

- « Du patient au consommateur, de l'utilisateur au citoyen : euphémisation des mots ou véritable perte de sens ? » *RGDM* 2008, p. 201.

ROUYERE (A.),

- « Protection de la santé publique et droit de la responsabilité », *RGDM*, numéro spécial « La protection de la santé publique », 2005, p. 105.

RUELLAN (R.),

- « Vers une réconciliation de la politique de la santé et de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2003, p. 410.

RUFFIE (J.),

- « Quel avenir pour la médecine prédictive ? », in CHARPENTIER F. (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, 2000, p. 681.

SAINT-JOURS (Y.),

- « La Sécurité sociale et la prévention des risques sociaux », *Dr. soc.* 1994, p. 594.
- « L'assurance maladie resituée dans une logique libérale », *D.* 2004, p. 2795.

SAISON (J.),

- « Ma Santé 2022 » : une nouvelle étape vers la consécration d'un service public de santé ? », *RDSS* 2019, p. 25.
- « Le parcours du patient au cœur de l'évolution du système de santé », *RDSS* 2021, p. 395.

SCOTTE (F.),

- « Parcours de soin du patient atteint du cancer : De l’ambulatorio à la médecine personnalisée », in C. HERVE et M. STANTON-JEAN (sous la dir.), *Les nouveaux paradigmes de la médecine personnalisée ou médecine de précision, Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, Dalloz, 2014, p. 8.

SCORNET LE (D.),

- « Les complémentaires n’aggravent-elles pas les inégalités ? », in CHARPENTIER F. (sous la dir.), *Encyclopédie de la protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, éd. Liaisons, 2000, p. 1494.

SENDEN (L.),

- « *Soft Law* » in *EUROPEAN COMMUNITY LAW*, Hart Publishing, 2004, p. 3.

SUPIOT (A.),

- « La Sécurité sociale entre transformisme et réformisme », *RDSS* 2016, p. 5.

TABUTEAU (D.),

- « Assurance maladie : les « standards » de la réforme », *Dr. soc.* 2004, p. 872.
- « Politique d’assurance maladie et politique de santé publique : cohérence et incohérences des lois des 9 et 13 août 2004 », *Dr. soc.* 2006, p. 200.
- « La notion d’observance », in A. LAUDE et D. TABUTEAU (sous la dir.), *De l’observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, 2007, p. 9.
- « Solidarité et santé », *Dr. soc.* 2007, p. 13.
- « Code de la santé publique ou Code de la santé ? », *RDSS* 2008, p. 416.
- « Droit de la santé et droit de l’assurance maladie », *RDSS* 2008, p. 878.
- « La politique de santé, des lois d’août 2004 à la loi HPST », *RDSS* 2009, p. 595.
- « Santé et devoirs sociaux », *RDSS* 2009, p. 42.
- « Les nouvelles ambitions de la politique de prévention », *Dr. soc.* 2011, p. 1085.
- « La protection universelle maladie (PUMA) : une transfiguration législative de l’assurance maladie (première partie) », *RDSS* 2015, p. 1058.
- « Les agences régionales de santé (ARS) : cadre et limites juridique d’une nouvelle autorité sanitaire », *RDSS* 2017, p. 1056.
- « Reste à charge et politique de santé », in Dossier « Santé et restes à charges », *RDSS* 2017, p. 19.

TALEYSON (T.),

- « Le Big Data, moteur de la transformation à venir dans les assurances collectives », *Risques – Les cahiers de l’assurance* 2015, p. 44.

TAURAN (T.) et CENTONZE (S.),

- « La « réforme » de l’assurance maladie par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 », *Travail et Protection sociale* 2004, n°12, p. 91.

TAURAN (T.),

- « La formalité de l'entente préalable dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP S* 2015, p. 1469.

TERRE (F.),

- « Propos sur la responsabilité civile » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 37.
- « L'obligation » : *Arch. phil. Dr.*, Dalloz, 2000, t. XLIV, p. 19

THIBIERGE (C.),

- « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.* 1999, p. 591.
- « Le droit souple (Réflexions sur les textures du droit) » », *Rev. trim. Dr. civ.* 2003, p. 599.
- « Le concept de force normative », in C. THIBIERGE et *alii*, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 821.

THOUROT (P.), NESSI (J-M.) et AMETEPÉ FOLLY (K.),

- « Big Data et tarification de l'assurance », *Risques – Les cahiers de l'assurance* 2015, p. 47.

THOUVENIN (D.),

- « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligation », *RGDM* 2004, p. 94.

TILMAN (L.),

- « De l'information au consentement : quel processus décisionnel ? », *RGDM* 2015, p. 17.
- « Nos données ont-elles une valeur marchande ? », *RGDM* 2018, p. 87.

TREPEAU (M.),

- « Les nouvelles relations entre l'État et l'assurance maladie : le cadre institutionnel de la politique de gestion du risque », *RDSS* 2009, p. 1100.
- « La stratégie nationale de santé : un instrument disruptif de mise en œuvre de la politique de santé ? », *RDSS* 2018, 389.

TRUCHET (D.),

- « Quelques problèmes juridiques posés par le carnet de santé », *Dr. soc.* 1997, p. 56.
- « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé », *RDSS* 2002, p. 817.

TUNC (A.),

- « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », in *Mélanges T-J. DORHOUT-MMEES*, 1974, p. 145.

VACARIE (I.),

- « Examens génétiques et médecine prédictive », *RDSS* 1993, p. 429.

- « Les tensions entre le droit de la santé et le droit de la Sécurité sociale », *RDSS* 2005, p. 473.

VACARIE (I.), ALLOUACHE (A.), GINON (A-S.), FERKANE (Y.) et LEROY (S.),

- « Crise de l'État-providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie », *Dr. soc.* 2008, p. 1103.

VAN DE KERCHOVE (M.),

- « L'hypothèse de la flexibilité affecte-t-elle la nature et les fonctions des sanctions », in D. KAMINSKI (sous la dir.), *La flexibilité des sanctions, XXIes journées juridiques*, Bruylant, 2013, p. 53.

VIALLA (F.), GIQUEL (C.) et VAUTHIER (J-P.),

- « L'action de groupe en droit de la santé : une avancée pour les usagers », *RDSS* Hors-série 2016, « Loi de modernisation de notre système de santé, Apports enjeux et perspectives », p. 38.

VIENS (G.),

- « Comment réguler les dépenses de santé ? », in F. CHARPENTIER (sous la dir.), *Encyclopédie Protection sociale, Quelle refondation ?*, Economica, 2000, p. 655.

VILARASAU (K.),

- « Diabète : des avancées pour les malades », *Valeurs mutualistes* 2021, n°323, p. 22.

VILLEY (M.),

- « Esquisse historique sur le mot responsable » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 45.

VINCENT (R.),

- « L'État et les alcools : du service public à la police », *RFDA* 2023, p. 743.

VINEY (G.),

- « De la responsabilité personnelle à la réparation des risques » : *Arch. Phil. Dr.*, Dalloz, 1977, t. XXII, p. 5.

VINGIANO-VIRICEL (I.),

- « Quel usage de la donnée en assurance ? », *RGDA* 2019, p. 48.

VIOUJAS (V.),

- « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS* 2014, p. 517.
- « La télémédecine : entre expérimentations réussies et généralisation au ralenti », *RDSS* 2015, p. 681.
- « Parcours du patient et relation médicale », *RDSS* 2021, p. 445.

- « La tarification à l'activité après la LFSS pour 2024 : fausse sortie ou vrai nouveau départ ? », *Dr. soc.* 2024, p. 263.

VOLOVITCH (P.),

- « Faut-il cibler la protection sociale sur ceux qui en ont vraiment besoin ? », *Dr. soc.* 1995, p. 739.

VULLIET-TAVERNIER (S.),

- « Le *quantified self* : nouvelle forme de partage des données personnelles, nouveaux enjeux ? », *CNIL – Innovation et prospective*, juill. 2013, n°05.

WEINBAUM (N.),

- « Les données personnelles confrontées aux objets connectés », *Communication commerce électronique* 2014, n°12, étude 22.

WIERINK (M.),

- « La réforme de l'assurance maladie aux Pays-Bas, deux ans après », *RFAS* 2008, p. 237.

WILLMAN (C.),

- « Le non-respect des engagements pris au titre du PARE », *RDSS* 2004, p. 701.
- « Assurance chômage et placement : la difficile consécration du *soft workfare* », *JCP S* 2005, p. 1368.
- « Le chômeur contractant », *Dr. soc.* 2011, p. 384.

YAHIEL (M.),

- « Le plan Juppé : réforme ou révolution ? », *Dr. soc.* 1996, p. 60.

ZIELINSKI (A.),

- « L'éthique du *care*. Une nouvelle façon de prendre soin », *Études*, 2010, p. 631.

ZOLYNSKI (C.),

- « *La Privacy by design* appliquée aux Objets Connectés : vers une régulation efficiente du risque informationnel ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 404.
- « Le sens des normes *by design* », in M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les objets connectés », *IRJS* 2018, t. 96, p. 131.

VI. Littérature étrangère

BLAKE (K.),

- « An opening for civil rights in health insurance after the Affordable Care Act », *Boston College Journal of Law & Social Justice* 2016, p. 243.

BROWN (E. A.),

- « Workplace wellness : social injustice », *New-York University Journal of Legislation and Public Policy* 2017, p. 212.

CARRASQUILLO (O.), PATI (S.), SHEA (S.) et RABINOWITZ (D.),

- « Health expenditures for privately insured adults enrolled in managed care gatekeeping vs indemnity plans », *American journal of public health*, fév 2005.

EUROPEAN COMMISSION,

- « Green Paper towards adequate, sustainable and safe European pension systems », 2010.

FERRIS (T-G.), CHANG (Y.), BLUMENTHAL (D.), PEARSON (D-D.),

- « Leaving gatekeeping behind effects of opening access for adults in a health maintenance organization », *New England Journal of Medicine*, nov. 2001.

GERDTAM (U-G.) et JÖNSSON (B.),

- « International comparisons of health expenditure : theory, data and econometric analysis », in A-J CULYER, J-P NEWHOUSE (eds) *Handbook of health economics*, Elsevier 2000.

GHANDAKLY (E.),

- « Employee wellness programs : a cure for employer health plans ? », *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2008, p. 37.

GILLIGAN (C.),

- « In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development », Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 19.

INSTITUTE OF MEDICINE,

- « Crossing the quality chasm: a new health system for the 21st century », Washington: National Academies, 2001.

OMS,

- Rapport « Thérapeutique patient Education- Continuing Education Programmes for Health care Providers in the field of chronic Disease », 1996.
- « Adherence to long-term therapies. Evidence for action », juill. 2003.

PULSE,

- « Should GPs ration by lifestyle ? Yes we're picking on patients to save cash », *Pulse* 19 mars 2012.

RAND CORPORATION,

- Rapport « Newhouse et l'Insurance Experiment Group », 1993

RYAN (A.), KRINSKY (S.), KONTOPANTELIS (E.) et DORAN (T.),

- « Long-term evidence for the effect of pay-for-performance in primary care on mortality in the UK: a population study », *The Lancet*, vol. 388, n° 10041, 16 juill. 2016, p. 268.

STOCK (S.), SCHMIDT (H.), BÜSCHER (G.), GERBER (A.), DRABIK (A.), GRAF (C.), LÜNGEN (M.), STOLLENWERK (B.),

- « Financial incentives in the German Statutory Health Insurance : New findings, new questions », *Health Policy* 2010, n° 96, p. 51.

TURQUET (P.),

- « Health insurance system financing reforms in the Netherlands, Germany and France: Répercussions for coverage and redistribution », *International Social Security Review* », 2012, t. 65 n°1, p. 29.

WILD (C. P.),

- « Complementing the Genome with an « Exposome »: The Outstanding Challenge of Environmental Exposure Measurement in Molecular Epidemiology », *Cancer Epidemiol Biomarkers Prev* 2005, p. 1847, in www.lejournal.cnrs.fr.

SPICER (A.) et BERINATO (S.),

- « Corporate Wellness Programs Make Us Unwell », *Harvard Business Review*, mai 2015.

VII. Jurisprudence et notes

• Cour d'appel

CA Orléans, 10 sept. 2001, SA S.E.I.T.A. c./ consorts Gourlain, JCP 2002, II n°101333, note B. DEILLE-DUCLOS, RDSS 2002, note A. SAILLARD, p. 28.

• Cour de cassation

Cass. civ. 1^e, 16 juin 1896, S. 1897.1.17, note A. ESMEIN ; D. 1897.1.433, concl. SARRUT L., note R. SALEILLES.

Cass. civ. 17 févr. et 23 avr. 1902, D. 1902. I. 273, 1^e et 3^e esp.

Cass. civ. 20 avr. 1912, D. 1913. 1.64, 2^e esp.

Cass. req. 3 août 1915, arrêt Clément Bayard, D. 1917, 1, 79 ; GAJC, n°62 obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE Clément Bayard.

Cass. civ. 17 oct. 1944, D. 1945, p. 105.

Cass. civ. 2^e, 19 mars 1956, Bull. civ. II, n°199.

- Cass. soc., 20 janv. 1961, Bull. civ., IV, n°98.
- Cass. com. 18 avr. 1961, D. 1961. 661 ; S. 1961. 257, note DALSACE ; JCP 1961. II. 12164, note D. B.
- Cass. civ. 2^e, 17 mai 1962, Bull. civ. II, n°452.
- Cass. ch. réu., 16 mai 1963, Bull. 3, n°4.
- Cass. civ. 2^e, 2 nov. 1966, Bull. civ. II n°885.
- Cass. soc., 24 avr. 1969, Bull. civ, V, n°265.
- Cass. civ. 22 avr. 1971, RGAT 1972.60.
- Cass. soc., 28 avr. 1980, Bull. civ. V, n°366.
- Cass, Ass. plén. 3 juin 1983, n°81-16.169.
- Cass. soc., 16 mars 1988, Bull. civ. V. n°178.
- Cass. soc. 20 avr. 1988, Bull. civ., V, n°241.
- Cass. soc., 28 avr. 1988, Bull. V, n°158.
- Cass. civ. 1^e, 31 déc. 1989, n°88-15.352.
- Cass. soc 28 janv. 1993, n°91-12.201.
- Cass. soc. 5 avr. 1990, Bull. civ. V. n°177, *Dr. Ouvrier* 1990, p. 454.
- Cass. soc., 11 avr. 1991, n°89-15007, inédit.
- Cass. soc., 11 févr. 1993 : Bull. civ. 1993.
- Cass. com., 22 fév 1994, B IV, n°79, *RTD civ.* 1994, p. 849, obs. J. MESTRE.
- Cass. soc., 12 juin 1997, Bull. civ. V, n°220.
- Cass. civ 1^e, 6 janv. 1998, JCP 1998. II. 10066, note B. FAGES, DEFRENOIS 1998, p. 743, obs. D. MAZEAUD.
- Cass. soc., 15 nov. 2001, Bull. civ. V, n°350.
- Cass. civ. 2^e, 20 nov. 2003, n°01-17977, Bull. civ. II, n°355, D. 2003, Jur., pp. 2902 à 2909, concl. R. KESSOUS et obs. L. GRYNBAUM.
- Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, JCP 2003. II. N°10170, obs. Castets-Renards.
- Cass. civ. 2^e, 27 janv. 2004, Bull. civ. II, n°25.
- Cass. civ. 1^e, 4 janv. 2005, n°03-14.206.
- Cass. ass. plén., 24 juin 2005 : JCP S 2005, 1056 et JCP E 2005, 1201 note P. MORVAN.
- Cass. civ. 1^e, 8 nov. 2007 Bull. civ. I. n°1222.
- Cass. civ. 2^e, 9 avr. 2009, n°08-16.974.

Cass. civ. 2^e, 8 avr. 2010, n°08-20.906, RJS 6/10 n°553.

Cass. civ. 2^e, 9 déc. 2010 : JCP S 2011, 1100.

Cass. civ. 2^e, 3 fév. 2011, 10-30.588.

Cass. civ. 2^e, 19 juin 2014, n°13-18.999 : JurisData n°2014-013606 ; *JCP S* 2014, p. 1421, note E. Jeansen.

Cass. civ. 1^e, 15 janv. 2015 : JCP G 2015, 436 note J. HOUSSEIER ; D. 2015, 1075, note T. GISCLARD et 2292, obs. M.B.

Cass. civ. 2^e, 18 juin 2015, n°14-18.285, PB.

Cass. crim., 27 sept. 2016 : D. 2016, 2612, note M. BOUCHET

Cass. civ. 2^e, 4 avr. 2024, n°22-22.008.

- ***Conseil d'État***

CE, req., 28 janv. 1942, Teyssier, DC 1942. 63 ; Gaz. Pal. 1942. 1. 177.

CE, 10 juill. 1992, aff. jointes n°105440, 106591, 110194, 121353, publié au recueil Lebon.

CE, 24 juin 1993, n°353605.

CE, 3 juill. 1998, *AJDA* 1998, p. 633.

CE, 14 avr. 1999, note L. DUBOUIS, *RDSS* 1999, p. 511.

CE, 28 juill. 1999, *RJD* 1999, n°1280.CE, 5 déc. 2002, « Renault Le Mailloux », *RGDM*, p. 286.

CE, 5 janv. 2000, req. n°198530, Assistance publique-Hôpitaux de Paris.

CE, 5 janv. 2000, req. n°181899, Consorts Telle: Rec. p. 5., concl. Chauvaux.

Conseil d'État, référé, 16 août 2002, n° 249552, Mme F. et Mme F., épouse G.

CE, 18 déc. 2002, n°234950.

CE, 12 janv. 2005, p. 1009, note J-P MARKUS.

CE, 8 sept. 2005, « Ministre de la Justice c./ M.X », *AJDA*, 2006, act. Juris. P. 376, note M. Laudijois.

CE, ord., 8 sept. 2005, Brunel, n°284803.

CE, 2 juill. 2007, n° 295685.

CE, 6 mai 2009, n° 312462, Lebon ; *AJDA* 2010. 283, note H. Rihal ; *ibid.* 2009. 956.

CE, 7 avr. 2011, Confédération des syndicats médicaux français, Les entreprises du médicament, Conseil national de l'ordre des médecins, n° 329069, au Lebon ; *RFDA* 2011, p. 1225, chron. L. Clément Wilz, F. MARTUCCI et C. MAYEUR-CARPENTIER.

CE, 1^e et 2^e sous-sections réunies, 11 juillet 2011, n° 228361, 228545, 228606, 229013 229095, 229851, 229867, 229925, 229926, 229940, 229947, 229966, 229967.

CE, 26 juill. 2011, n°337065, Lebon ; obs. V. VIJOUAS, *RDSS* 2011, p. 957.

CE, 27 juill. 2012, n° 349173, au Lebon.

CE, 26 oct. 2012, n° 352210, au Lebon ; *RDSS* 2012. 1137, obs. VIOUJAS V. ; *ibid.* 2013. 111, concl. A. Lallet.

CE, 7 déc. 2012, n°348600.

CE, réf., 14 fevr. 2014, n°374699.

CE, 28 nov. 2014, 1^e et 7^e ch. réunies, n° 366931, 374202, 374353 et 373938, requête de l'Union nationale des associations de santé à domicile et la FFAIR ; conclusions, rapporteur public, A. LALLET.

CE, 1^e ch., 20 oct. 2017, n°412262 ; confirmée par CE, ch. Réunies, 7 décembre 2018, n°412262.

CE, juge des référés, 8 mars 2018, n°417964.

CE, 7 déc. 2018, n°412262.

CE, 17 juin 2019, n°417962, publié au recueil Lebon.

- ***Conseil constitutionnel***

Cons. const., 20 janv. 1961, n°60-11 DC, Rec. p. 29, JO du 24 janv. 1961, p. 982, D. 1961, Jurisp. p. 165, note L. Philip :

Cons. const., 22 déc. 1961, n°61-17 DC, rec. p. 43.

Cons. const. 30 juill. 1963, n°63-26 DC, rec. p. 43.

Cons. const, 8 nov. 1972, n°75-74 DC.

Cons. const., 19 nov. 1975, n°75-85 DC, rec. p. 40.

Cons. const., 30 déc. 1982, rec., 88, *R.J.C.* I. 152.

Cons. const., 8 août 1985, n°85-139 DC, rec. p. 9.

Cons. const., 23 janv. 1987, déc. n°86-225 DC.

Cons. const., 30 déc. 1987, *R.I.C.* I. 324.

Cons. const. 22 janv. 1990, n°89-269 DC, *RDSS* 1990, p. 637, note L. DUBOUIS.

Cons. const., 29 janv. 1991, n°91-296 DC.

Cons. const. 28 juill. 1993, n°93-322 DC, loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

Const. const., 22 janv. 1996, déc. n°89-269 DC.

Cons. const., 18 déc. 1997, n° 97-393 DC, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998, cons. 19, Rec., p. 320, GDCC n° 26, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 127, note, J.-É. SCHOETTL, D., 1998, J., p. 523, note V. CHAMPEIL-DESPLATS et 1999, SC, p. 234, obs. L. FAVOREU, Dr. soc., 1998, p. 164, note X. PRÉTOT, *LPA*, 22 juin 1998, n° 74, p. 9, chr. S. V. AIVAZZADEH-BARRÉ, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *RDP*, 1998, n° 1, p. 11, note X. PRÉTOT, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 155, note B. MATHIEU, *RFDC*, 1998, n° 33, p. 167, note L. PHILIP, *RTDSS*, 1998, p. 114, note P.-Y. VERKINDT et p. 169, note F. MONÉGER.

Cons. const., 28 déc. 2000, n° 2000-441 DC, *D.* 2001. 1842, obs. D. Ribes.

Cons. const., 27 nov. 2001, n°2002-451 DC.

Cons. const., 12 déc. 2002, n°2002-463 DC portant sur la LFSS pour 2003.

Cons. const., 6 juill. 2003, n°2018-717/718 QPC.

Cons. const. 29 déc. 2003, n° 2003-488 DC, *D.* 2004. 1277, obs. D. Ribes.

Cons. const., 12 août 2004, n°2004-504 DC portant sur la loi relative à l'assurance maladie.

Cons. const. 25 janv. 2007, n°2007-546 DC portant sur la loi ratifiant l'ordonnance n°2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé.

Cons. const., 13 déc. 2007, n°2007-558 DC, décision relative à la LFSS pour 2008.

Cons. const., 29 déc. 2009, n°2009-599 DC, *D.* 2010. 1508, obs. L. Gay *AJDA* 2010. 4, et 277, note W. Mastor ; *RFDA* 2010. 627, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier.

Cons. const., 27 sept. 2013, n°2013-341 QPC, *Smaïn Q.*, §5.

Cons. const., 7 janv. 2016, n°2015-510 QPC, *Ass. ECM* §6.

- **CEDH**

CEDH, 28 oct. 1999, *Pancenko c/ Lettonie*, n°40772/98 DC.

CEDH, 12 sept. 2002, Mikheyeva c/ Lettonie Req. n°50029/99 DC.

CEDH, 9 oct. 2003. Fedorava et autres c/ Lettonie n°69405/01 DC.

CEDH, 23 mars 2002, Larioshina c/ Russie, n°56869/00 DC, obs. in I Kitsou-Milonas, F. Sudre, J-P Margenau, J. Andriantsimabzovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2019, 9e éd., p. 100.

CEDH, 1^{er} mars 2001, Berktaç c/ Turquie, n°22493/93 DC, §154.

TIPCE, 26 nov. 2002, Artegoda, aff. T-74/00, Rec. p. II-4945, pt. 183.

VIII. Dispositions légales et réglementaires

• Ordonnances

Ord. n°96345, 24 avr. 1996.

• Proposition de loi

Proposition de loi visant à responsabiliser les assurés sociaux sur leurs dépenses personnelles de santé et à les informer sur les budgets des établissements publics en santé, Ass. nat., n°1193, 4 nov. 2003.

Proposition de loi visant à interdire l'usage des données personnelles collectées par les objets connectés dans le domaine des assurances, Ass. nat., n°1603, 23 janv. 2019.

• Décrets

Décret n° 2005-915 du 2 août 2005 d'application de la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005, JORF n°181 du 5 août 2005.

Décret n°2016-1990 du 30 décembre 2016 relatif aux conditions de dispensations de l'activité sportive adaptée prescrite par le médecin traitant à des patients atteints d'ALD, JORF n°0304 du 31 décembre 2016.

Décret n° 2017-809 du 5 mai 2017 relatif aux dispositifs médicaux remboursables utilisés dans le cadre de certains traitements d'affections chroniques, JORF n°0108 du 7 mai 2017.

Décret n°2019-1482 du 27 décembre 2019 définissant les exigences essentielles de qualité et de sécurité des protocoles de coopération entre professionnels de santé, JORF n°0302 du 29 décembre 2019.

Décret n°2020-148 du 21 février 2020 relatif au fonctionnement du comité national des coopérations interprofessionnelles et des protocoles nationaux prévus à l'article L. 4011-3 et à leur application au service de santé des armées, JORF n°0045 du 22 février 2020.

Décret n°2021-804 du 24 juin 2021 relatif aux modalités de déclaration et de suivi des protocoles locaux de coopération des établissements de santé, des groupements hospitaliers de territoire et du service de santé des armées, JORF n°0146 du 25 juin 2021.

Décret n°2022-610 du 21 avril 2022 relatif aux compétences vaccinales des infirmiers et des pharmaciens d'officine permet au pharmacien d'officine l'administration de 15 vaccins aux personnes âgées de 16 ans et plus, selon les modalités spécifiques à chaque vaccin et sur prescription médicale, JORF n°0095 du 23 avril 2022.

- **Avis**

Avis de projet de modification de la procédure d'inscription et des conditions de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées au paragraphe 4 de la sous-section 2, section 1, chapitre 1er, titre Ier de la liste prévue à l'article L. 165-1 (LPPR) du Code de la Sécurité sociale, JOFR n°0161 du 11 juillet 2017.

- **Arrêtés**

Arrêté du 19 juin 1947 fixant le règlement intérieur modèle provisoire des caisses primaires d'assurance maladie pour le service des prestations.

Arrêté du 8 janvier 2008 fixant pour 2010 un nouvel examen des descriptions génétiques correspondant aux « dispositifs médicaux pour traitement de l'insuffisance respiratoire et prestations associées » en en vue du renouvellement de leur prescription, JORF n°0013 du 16 janvier 2008.

Arrêté du 22 septembre 2011 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et spécialistes, JORF n°0223 du 25 septembre 2011.

Arrêté du 9 janvier 2013 portant modification des modalités d'inscription et de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour le traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées au chapitre 1er du titre Ier de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du code de la Sécurité sociale, JORF n°0013 du 16 janv. 2013.

Arrêté du 22 octobre 2013 portant modification des modalités d'inscription et de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour le traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées, JORF n°0253 du 30 octobre 2013.

Arrêté du 20 octobre 2016 portant approbation de la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 25 août 2016, JORF n°0248 du 23 octobre 2016.

Arrêté du 1^{er} août 2018 portant approbation de l'avenant n°6 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 25 août 2016, JORF n°0193 du 23 août 2018.

Arrêté du 31 mars 2022 portant approbation de la Convention nationale organisant les rapports entre les pharmaciens titulaires d'officine et l'assurance maladie, JORF n°0085, 10 avr. 2022.

IX. Documentation administrative (rapports, études, avis, recommandations, délibérations, communiqués)

• Rapports et avis

ACKER (D.) et SIMON (P.),

- Rapport à Mme la Directrice générale de l'offre de soins, Ministère de la Santé « La place de la télémédecine dans l'organisation des soins », 2008.

ASSEMBLEE NATIONALE,

- Rapport sur les orientations de la politique de santé et de Sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier, annexe du projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2003, n°250, oct. 2002.

AUBERT (J-M.),

- Rapport « Réformes des modes de financement et de régulation : vers un modèle de paiement combiné – Rapport de la Task Force « Réforme du Financement du système de santé » », janv. 2019.

BARTHE (G.),

- « Les consultations et visites des médecins généralistes, un essai de typologie », DREES, *Etudes et résultats* juin 2004, n°315.

BOCQUET (P-Y.), PELTIER (M.),

- *Mission sur la gestion du risque*, IGAS, rapport n°RM2010-163P, déc. 2010.

BOHET (P.),

- « Quelques aspects du nomadisme de la clientèle des omnipraticiens », Service d'études et de réalisations statistiques (CNAMTS) déc. 1992, n°21.

BOULARD (J-C.),

- « CMU : mode d'emploi », Rapport d'information, Doc. AN, 30 juill. 1999, n°1787.

BRAS (P-L.) et DUHAMEL (G.),

- « Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins » Rapport fait au nom de l'IGAS, nov. 2008.

BRAS (P-L.), DUHAMEL (G.) et GRASS (E.),

- « Améliorer la prise en charge des malades chroniques : les enseignements des expériences étrangères de « *disease management* », Rapport pour l'IGAS, sept. 2006, p. 8.

CANIARD (E.),

- « Les recommandations de bonnes pratiques : un outil de dialogue, de responsabilisation et de diffusion de l'innovation », rapport remis à M. B. KOUCHNER, avr. 2002.

CESE,

- Rapport « L'impact de la révolution numérique en matière de santé sur l'assurance maladie ».
- Rapport « Tableau de l'économie française », 2020.

CHASSANG (M.) et GAUTIER (A.),

- Avis du CESE « Les maladies chroniques », 2019.

CNAM,

- Lettre n°191 du 6 mars 1992.
- « Typologie des consommateurs de soins ambulatoires dans le secteur libéral en 1995 », *Bloc-notes statistiques*, 1996, n°80.
- Rapports de l'assurance maladie sur les charges et produits pour l'année 2012, juill. 2011.
- Notice de prescription médicale valant demande d'accord préalable pour le traitement du syndrome d'apnée hypopnée du sommeil chez les patients de plus de 16 ans, ref. 634, juin 2018.

CNEDiMTS,

- Avis du 6 novembre 2012, relatif à l'introduction d'un mécanisme de contrôle à distance de l'observance thérapeutique du patient dans la cadre de la prise en charge du SAHOS.

CNIL,

- « Le corps, nouvel objet connecté, du quantified-self à la m-santé : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahiers innovation et prospective* 2014, n°02, p. 17.

CNOM,

- Livre blanc sur la santé connectée. De la e-santé à la santé connectée », 2015.
- « Médecins et patients dans le monde des DATA, des algorithmes et de l'intelligence artificielle », janv. 2018.

CNNum,

- Rapport « La santé, bien commun de la société numérique », octobre 2015.

COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN,

- « Impact de la révolution numérique en matière de santé sur l'assurance maladie, Avis, 2017.

CONSEIL D'ETAT

- « Responsabilité et socialisation du risque », *Etudes et documents du Conseil d'État*, La documentation française, 2005.
- « Etude annuelle 2013 : Le droit souple », oct. 2013.

CORDIER (A.),

- Rapport « Un projet global pour la stratégie nationale de santé », juin 2013.

COUR DES COMPTES,

- Rapport de la commission des comptes de la Sécurité sociale, juin 2005, fiche 9-1 ; Cour des comptes, « La Sécurité sociale », sept. 2005.
- Rapport public annuel, févr. 2016.
- Rapport sur l'application des lois de financement de la Sécurité sociale, Chapitre VIII : la télémédecine : une stratégie cohérente à mettre en œuvre, sept 2017.
- Rapport pour l'application des lois de financement de la Sécurité sociale, Chapitre VI « Régulation des dépenses de dispositifs médicaux : des actions de maîtrise à accentuer », oct. 2020.
- « La tarification à l'activité », Observations définitives 2023.

COZZAROLO (B.), JALON (E.) et SARLAT (G.),

- « Rapport d'enquête sur la régulation de la médecine de ville : les enseignements des expériences étrangères, Inspection générale des Finances », mars 2003, p. 109.

DAUDIGNY (Y.) et DEROCHE (C.),

- « Fiscalité et santé publique : état des lieux des taxes comportementales » Rapport d'information n°300, Sénat, février 2014.

DEBRE (J-L.),

- Rapport de l'Assemblée nationale sur la problématique de l'assurance maladie, t. I, n°1617, mai 2004.

DELAUNAY (M.),

- Rapport de l'Assemblée nationale sur le PLFSS pour 2016 (Assurance maladie), t. II, n°3129, 14 oct. 2015.

DEVICTOR (B.),

- Rapport « Le service public territorial de santé (SPTS), le service public hospitalier (SPH) : développer l'approche territoriale et populationnelle de l'offre en santé », avr. 2014.

DREES,

- « Quarante années de dépenses de santé », juin 2003, n°243.
- « Les prestations sociales de 1981 à 2014 : trois décennies de dépenses de santé et de vieillesse », *Études et résultats* 2016, n°0949.
- « Les dépenses de santé en 2016 », 2017.
- « La complémentaire santé. Acteurs, bénéficiaires et garanties », 2019.
- « Renoncement aux soins : la faible densité médicale est un facteur aggravant pour les personnes pauvres », juill. 2021, n°1200.

EWALD (F.),

- Rapport pour l'institut Montparnasse, « Assurance, prévention, prédiction ... dans l'univers du Big Data », 2012.

FLAJOLET (A.),

- Rapport « Mission au profit du gouvernement relative aux disparités territoriales des politiques de prévention sanitaire », avril 2008.

FRANCE ASSUREURS,

- Guide actualisant les principes inscrits dans le pack de conformité assurance de CNIL, juillet 2021.

GIRAUD F., DERIOT G. et LORRAIN J.-L.,

- Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, t. I, « Exposé général », Sénat, n°174, 16 janv. 2002.

GRZEGRZULA O. ET ASCHERI A.,

- « Propositions pour un renforcement de la sécurité sanitaire environnementale », Rapport au Premier ministre, », La documentation française, 1999.

HAS

- « Structuration d'un programme d'éducation thérapeutique du patient dans le champ des maladies chroniques », Guide méthodologique, juin 2007.
- « Éducation thérapeutique du patient – Définition, finalités et organisations », Recommandations, juin 2007.
- Rapport d'orientation « L'éducation thérapeutique dans la prise en charge des maladies chroniques – Analyse économique et organisationnelle », fev. 2008.
- « La prise en charge et la protection sociale des personnes atteintes de maladie chronique », coll. « Avis et rapports », La documentation française, 2009.
- Note de cadrage « Evaluation clinique et économique des dispositifs médicaux et prestations associées pour prise en charge du syndrome d'apnée hypopnée obstructive du sommeil (SAHOS) », mars 2013.
- « Evaluation des dispositifs médicaux – Principes d'évaluation de la CNEDiMTS relatifs aux dispositifs médicaux à usage individuel en vue de leur accès au remboursement », mai 2019.
- « Dossier de presse, Première évaluation scientifique des médicaments homéopathiques en France », juin 2019.
- « Evaluation des médicaments homéopathiques soumis à la procédure d'enregistrement prévue à l'article L5121-13 du Code de la santé publique – Avis », 26 juin 2019.

HAUT COMITE DE LA SANTE PUBLIQUE,

- « La santé en France », La documentation française, 1994 et 1996.

HAUT CONSEIL DU FINANCEMENT DE LA PROTECTION SOCIALE,

- « Rapport d'étape sur la clarification et la diversification du financement des régimes de protection sociale », 7 juin 2013.

HCAAM

- Rapport de janv. 2004.
- Rapport d'août 2004.
- Rapport de juillet 2007.
- Rapport de juillet 2017.

HCSP

- Rapport « Objectifs de santé publique, évaluation des objectifs de la loi du 9 août 2004 », avril 2010.

IGAS

- Rapport « Le système de santé et d'assurance maladie en Angleterre, Juin 20002 Actions concernant la qualité des soins et la régulation des dépenses en ambulatoire ».
- « Santé, pour une politique de prévention durable », Rapport annuel, 2003.
- Bilan d'étape des GHT, t.I, déc. 2019.
- Rapport de synthèse n°2021-051R.

JACQUART (D.),

- Rapport « Éducation thérapeutique du patient – Propositions pour une mise en œuvre rapide et pérenne », juill. 2010, proposition n°6.

MARINI (P.),

- « Un cap clair et réaliste pour le reflux de la dette publique », Rapport d'information, Doc. Commission des finances du Sénat, 21 juin 2006 n°411, p. 93.

MIGAUD (A.) et CARREZ (G.),

- « La performance dans le budget de l'État », Rapport d'information n°1780, Assemblée nationale, juin 2009.

MONNET (Y.),

- Etude d'impact du projet de loi relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé, 13 fev. 2019.

MOREL (A.), LECOQ (G.) et JOURDAIN-MENNINGER (D.),

- « Rapport IGAS – Evaluation de la prise en charge du diabète », avr. 2012.

OMS,

- « Comblent le fossé en une génération : instaurer l'équité en santé en agissant sur les déterminants sociaux de la santé », Rapport final de la Commission des Déterminants sociaux de la Santé 2008.

PRIBILE (P.) et NABET (N.),

- Rapport « Stratégie de transformation du système de santé – Rapport final : Repenser l'organisation territoriale des soins », sept. 2018.

RENAHY (E.), PARIZOT (I.), VALLEE (J.) et CHACUN (P.),

- « Le renoncement aux soins pour raisons financières dans l'agglomération parisienne : déterminants sociaux et évolution entre 2005 et 2010 », Rapport de recherche pour la DREES, 2011.

RIST (S.) et THOMAS (T.),

- « Rapport de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé », n°1767, mars 2019.

ROLLAND (J.-M.),

- Rapport sur le projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires, Ass. nat., n° 1441, t. I.

SAOUT (C.) et VOITURIER (J.),

- « Rapport en vue du cahier des charges des expérimentations des projets d'accompagnement à l'autonomie prévues par le projet de loi de modernisation de notre système de santé », Cap santé !, juill. 2015.

SAOUT (C.), CHARBONNEL (B.) et BERTRAND (D.),

- Rapport « Pour une politique nationale d'ETP », sept 2008.
- Rapport « Pour une politique nationale d'éducation thérapeutique, rapport complémentaire sur les actions d'accompagnement », juin 2010.

SECRETARIAT D'ÉTAT A LA PROSPECTIVE, A L'EVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES ET AU DEVELOPPEMENT DE L'ECONOMIE NUMERIQUE,

- Rapport « France 2025 – Diagnostic stratégique : État des lieux 2008 », avr. 2008.

SOUBIE (R.) et *alii*,

- Rapport Santé 2010, Com. Gén. Plan, La documentation française, 1993.

TIAN (D.),

- Rapport d'information sur la lutte contre la fraude sociale, Assemblée nationale, n°3603, juin 2011.

- **Circulaires et instructions**

Circ. DGEFP n°2005-33, 5 sept. 2005 relative à la réforme du suivi de la recherche d'emploi.

Circ. UNEDIC n°05-17, 6 oct. 2005 et n°2006-16, 26 juill. 2006.

Circ. n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée, 2 mars 2006.

Instr. DGEFP n°33-06, 4 mai 2006.

X. Conférence et colloques

ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DE LA SANTE,

- Colloque relatif aux « obligations du patient », *RGDM*, 2003.

BARRIERE (L-A),

- « Propos introductifs » in *La sanction*, Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3.

BORGETTO (M.),

- Conférence « L'universalisation », Cycle de conférences organisées par le laboratoire de droit social de l'Université Paris II - Panthéon Assas en 2018 : « 2008-2018 : Dix ans de démocratie sociale », 22 mars 2019.

CONSEIL D'ÉTAT,

- « Les professions de santé demain », Colloque du 7 février 2020.

DERMINE (D.), DUMONT (E.), NEVEN (J-F),

- « L'activation des chômeurs, vecteur de flexibilisation ou de rigidification des sanctions ? », in D. KAMINSKI (sous la dir.), *La flexibilité des sanction, XXI ème journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, p. 31.

FOUCAULT (M.),

- « La société punitive », Cours au Collège de France (1972-1973), Gallimard- Seuil-EHHES, 2013.

GOTHOT (P.),

- « Le non-droit : précautions introductives », in « L'hypothèse du non-droit », Séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'université de Liège, 1978.

LE PEN (C.),

- « Prévention de masse versus prévention à la carte. Le point de vue de l'économiste ? », in « La prévention du risque en médecine : D'une approche populationnelle à une approche personnalisée », Collège de France, 2012.

LYON-CAEN (G.),

- « Le rôle de la faute dans le droit de la Sécurité sociale », Rapport général au VIIe Congrès international du droit du travail et de la Sécurité sociale, Varsovie, Ed. Polska Akademia Nauk, 1970.

PEVTCHIN (G.),

- « Les Codes de bon comportement, notamment dans la gestion des sociétés multinationales », in « L'hypothèse du non-droit », Séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1978, p. 43.

RASSAT (V.),

- « Pour une politique anti-criminelle du bon sens », Table ronde, 1983.

TRUCHET (D.),

- « Liberté de prescription et prise en charge des dépenses par la solidarité nationale », in G. REBECQ (sous la dir.), « La prise en charge des dépenses de santé par la solidarité nationale », Actes du colloque de Toulon, PUAM, 2006, p. 63.

VINEY (G.),

- « Rapport de synthèse », in « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage », Colloque, LPA n° spécial nov. 2002.

XI. Discours

BUZYN (A.),

- Discours de la ministre de la Santé et de l'Accès aux soins. du 30 mai 2017, lors des rencontres de Santé publique France

TOURAINÉ (M.),

- Discours de la ministre de la Santé et de l'Accès aux soins. du 6 octobre 2015.

MACRON (E.),

- Discours du Président de la République, du 13 juin 2018, au Congrès de la Mutualité Française à Montpellier.

XII. Podcast audio

- « L'individualisation des risques en santé menace-t-elle le pacte social ? », Du grand à moude, Podcast France Inter par Hervé Gardette, 14 sept. 2016.

XIII. Articles de presse

ASSURANCE MALADIE,

- Dossier de presse, « La rémunération sur objectifs de santé publique – Une amélioration continue en faveur de la qualité et de la pertinence des soins – Bilan à 4 ans et perspectives d'évolution », avr. 2016.
- « Programme national de lutte contre le tabac 2023-2027 », nov. 2023.

BELLIARD (D.),

- « Faut-il punir les « mauvais » malades ? », *Alternatives économiques*, 2015, n° 347, p. 36.

HATCHUEL (A.),

- « Effondrement du Rana Plaza, la mort de l'industrie », *Le Monde* 26 mai 2013.

MARIN (J.),

- « Aux États-Unis, John Hancock mise sur l'assurance santé interactive », *Le Monde* 22 sept. 2018.

MAURE (J.),

- « Ces objets connectés pour notre bien, qui nous pourrissent la vie », *Le Point*, publié le 14 mai 2023.

MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET SANTÉ,

- « Plaquette de présentation de la réforme de l'assurance maladie », sept. 2004.
- « Ma santé 2022, Un engagement collectif », Dossier de presse, 18 sept. 2018.
- « Réussir ensemble mon espace santé », Dossier d'information.

MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTÉ,

- « Stratégie nationale e-santé 2020, Le numérique au service de la modernisation et de l'efficacité du système de santé », 4 juill. 2016.

JOUANNEAU (I.),

- « Jacques de Peretti, Président d'Axa France : « Passer d'un statut de payeur à celui de partenaire », *Entreprendre*, 25 janv. 2020.
- « Assurance santé : quelles perspectives à l'ère des objets connectés ? », *L'Argus de l'assurance*, 13 mai 2015.

MGEN,

- « MGEN lance Vivoptim, un programme e-santé de gestion du risque cardiovasculaire », Communiqué de presse du 9 nov. 2015.

HENNO (J.),

- « Pourquoi les objets connectés font rêver les compagnies d'assurances », *Les Echos*, 3 mars 2015.

L'ARGUS DE L'ASSURANCE,

- « Generali : pourquoi l'assurance au comportement fait tiquer Marisol Touraine », *L'argus de l'assurance*, 4 juill. 2016.

XIV. Sites internet / ressources électroniques

www.assurance-maladie.ameli.fr

www.codage-act.cnamts.fr

www.cnil.fr

www.ecologie.gouv.fr

www.economie.gouv.fr

www.esante.gouv.fr

www.generalivitality.com/fr

www.hioscar.com

www.larousse.fr

www.monespacesante.fr

www.mutualite.fr

www.ochsner.org

www.pasteur.fr

<https://sante.gouv.fr>

<https://searchhealthit.techtarget.com>

www.service-public.fr

<https://solidarites-sante.gouv.fr>

<https://travail-emploi.gouv.fr>

<https://unterm.un.org>

www.vie-publique.fr

www.vocabularies.unesco.org

Table des matières

Introduction.....	23
Section I : Le phénomène de la responsabilisation	24
§1. L'historique.....	24
§2. Définitions	29
§3. Contexte	31
Section 2 : L'énigme de la responsabilisation.....	38
§1. Le paradoxe	38
§2. Les enjeux.....	42
PARTIE I – L'état de la responsabilisation	49
Titre I : Les contours de la responsabilisation	51
Chapitre I : Les origines de la responsabilisation	53
Section I : La réforme de l'assurance maladie	53
§1. Les causes de la réforme.....	53
A- L'ignorance par l'assurance maladie du système de santé	54
B- Un système de santé dans l'impasse	57
1- Un déficit chronique.....	57
2- L'exigence d'une réforme	61
§2. La nécessité d'une réforme structurelle	64
A- Des premières mesures restreintes	64
1- La loi Teulade.....	64
2- Le plan Juppé	66
B- La réforme structurelle de 2004	71
Section II : Le développement de la prévention	78
§1. Renaissance	78
A- Une notion délaissée	78
B- Une notion retrouvée	81
1- Définition	82
2- Enjeux	85
§2. Déploiement	88
A- Edification.....	88
B- Progression	94
Chapitre II : La frontière de la responsabilisation	103
Section I : Le rejet de la responsabilité lors de la survenance du risque maladie	103

§1. Incompatibilité avec les finalités de l'assurance maladie	103
A- La protection des droits fondamentaux	103
B- Le solidarisme	107
§2. Incompatibilité avec le fondement de l'assurance maladie.....	115
A- Le risque social.....	115
1- Le risque comme fondement initial	116
2- Le risque social comme fondement achevé	120
a- Apparition	120
b- Définition	124
B- Exclusion dans la survenance du risque	127
§1. L'admission des rares fautes antinomiques à la notion de risque social	133
A- La faute inexcusable du salarié	134
B- La faute intentionnelle de l'assuré	136
§2. La sauvegarde de la faute indispensable au bon fonctionnement de l'assurance maladie	140
A- Une faute éclectique	141
B- Une responsabilité limitée	146
1- Les intangibles prestations en nature.....	146
2- Les imputables prestations en espèces.....	148
Titre II : Les voies de la responsabilisation	155
Chapitre I : La voie de l'incitation financière dans le recours au système de santé	157
Section I : Distinction théorique.....	157
§1. Le développement des restes à charge	157
A- Les restes à charge collectifs.....	158
B- Les restes à charges ciblés	161
1- Le parcours de soins coordonné.....	163
2- Le dossier médical personnel.....	167
§2. La distinction avec le mécanisme de responsabilité	171
A- Une finalité morale.....	171
B- La distinction entre incitation et sanction.....	181
1- Distinction théorique	181
2- Qualification juridique.....	189
Section II : Dévoiement factuel	195
§1. Une responsabilité déguisée	195
A- La possible qualification de sanction	195
B- La qualification contestable de l'incitation	198

§2. Une responsabilisation manquée	203
A- Des incitations inefficaces	204
B- L'échec des dispositifs mis en place	207
1- L'échec du parcours de soins coordonné	207
2- L'échec du dossier médical personnel	210
Chapitre II : La voie de l'éducation thérapeutique dans la survenance du risque maladie	216
Section I : Distinction théorique	216
§1. Le développement de l'ETP	216
A- Identification de l'ETP	216
1- Causes	216
2- Définition	222
B- Réalisation de l'ETP	224
1- Les programmes du Code de la santé publique	224
a- Les programmes d'ETP	226
b- Les programmes d'apprentissage	229
c- Les actions d'accompagnement à l'autonomie	230
2- Les actions du Code de la Sécurité sociale	232
§2. La distinction avec le mécanisme de responsabilité	235
A- Une finalité morale	235
B- L'inopposabilité de l'ETP	237
1- Éléments de certitude	238
2- Éléments de doute	243
Section II : Dévoiement évité	251
§1. L'observance ne peut être une condition de prise en charge	251
A- L'observance ne peut constituer une condition d'inscription sur la LPPR	251
1- Un arrêté inscrit dans la révision de la LPPR	252
2- Une lecture extensive des conditions de la LPPR	254
B- Le tempérament de l'entente préalable	258
1- L'observance : critère de l'entente préalable	258
2- L'observance : critère de contrôle des prescriptions	261
§2. L'inobservance ne peut conduire à une augmentation du reste à charge pour l'assuré social	262
A- Le refus de sanctionner l'assuré social	262
B- La possible sanction du professionnel de santé	263
1- La modulation tarifaire et la suspension du remboursement	264
2- La contribution des PSAD aux efforts de Sécurité sociale	267

PARTIE II – L’avenir de la responsabilisation 272

Titre I – Une crainte 274

Chapitre I : La responsabilité revendiquée dans la Sécurité sociale 276

Section I : Les fondements de la revendication 276

§1. Le modèle de l’État-providence remis en cause 276

§2. Le contrat social altéré 281

A- La déchirure du voile d’ignorance 281

B- Les fondements de la responsabilité pour faute ravivés 283

Section II : La réalisation de la revendication 287

§1. Le modèle de l’État-social actif 287

A- L’activation des droits sociaux 287

1- Le principe 288

2- L’exemple du *Workfare* 291

B- L’activation des dépenses de santé 294

1- Exemples étrangers 294

2- Une possibilité française ? 296

a- La voie du protocole ALD 296

b- L’hypothèse de l’arrêté du 22 octobre 2013 consacrée 298

α – La possible instauration d’un devoir d’observance 299

β – La possible qualification d’incitation 300

§2. Une possibilité inopportune 302

A- Vers une obligation de prendre soin de soi 302

B- L’ébranlement de la solidarité 308

Chapitre II : La responsabilité revendiquée dans l’assurance privée 314

Section 1 : Les fondements de la revendication 315

§1. Une nouvelle appréhension du risque 315

A- L’ancienne appréhension du risque 315

B- L’impact des nouvelles technologies 318

1- La détention de nouvelles données 318

2- L’apparition de nouvelles pratiques sociales 322

§2. Une nouvelle gestion du risque 325

A- L’élargissement du rôle de l’assureur 325

B- L’apparition de nouvelles offres 327

1- La promotion des objets connectés 327

2- Le développement d’un accompagnement personnalisé reposant sur des objets connectés 328

Section 2 : La réalisation de la revendication	331
§1. La modulation tarifaire	331
A- Aux États-Unis	331
1- Le système “ <i>pay as you live</i> ”	331
2- Les raisons d’une possibilité aux États-Unis	333
B- En Europe	336
§2. Une possibilité en France ?	337
A- Une source de craintes	337
B- Les limites législatives actuelles	343
1- Législation en matière d’assurance santé	343
a- Pour les contrats collectifs	343
b- Pour les contrats individuels	345
2- Législation relative aux données personnelles	349
a- Notion	350
b- Régime	352
TITRE II – Un espoir	360
Chapitre I : Réhabilitation de la notion	362
Section 1 : Assainir	362
§1. Assainissement de la finalité	362
A- Une double finalité	362
B- Une double finalité source de confusion	365
§2. Assainissement des moyens	367
A- Les moyens à écarter pour la finalité morale	368
1- Un reste à charge appliqué en cas de réticence à l’éducation thérapeutique	368
2- La taxe comportementale	370
B- Les moyens à envisager pour la finalité économique	374
1- Moyens financiers	374
2- Moyens éducatifs	376
Section 2 : Rénover	377
§1. Rénovation de la notion	377
A- Consécration législative de la finalité morale	377
B- Mobilisation de la théorie du <i>care</i>	379
1- La théorie du <i>care</i> pour répondre à un besoin individuel	380
2- La théorie du <i>care</i> pour raviver le collectif	383
§2. Rénovation des moyens	386

A- L'éducation	386
B- L'incitation	387
C- La participation	388
1- Participation à sa santé	389
2- Participation à la démocratie sanitaire	393
Chapitre II : Amélioration de l'environnement	396
Section 1 : Des évolutions constatées	396
§1. Le numérique en santé	397
A- La télésanté	397
1- La télémédecine	397
a- Le long processus de reconnaissance	397
b- Les actes de télémédecine	399
2- Le télésoin	403
B- L'espace numérique de santé	404
§2. L'organisation des soins	405
A- Coordination	406
B- Coopération	409
§3. Le financement des soins	414
A- Inadaptation du paiement à l'acte	415
B- Nouvelles modalités	416
1- Rémunérations forfaitaires	416
2- Rémunérations sur objectifs	419
Section 2 : Des évolutions relatives	422
§1. Réformes partielles	422
A- Besoin d'ancrage	422
B- Besoin de clarification	425
§2. Réformes attendues	427
A- Les programmes d'ETP	427
B- Les PAA	430
Conclusion	436
Bibliographie	442
Table des matières	496
Index	502

Index

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

- A -

Abus de droit : n°149

Affections de Longues Durée (ALD) :

- Coûts : n°182 et s.
- Protocole : n°254

Aléa

- Indifférence : n°102
- Irréductible : n°266

Assurance maladie

- Historique : n°31 et s.
- Réformes : n°39 et s., n°45 et s., n°49 et s.

Assurance privée :

- Contrats collectifs: n°310
- Contrats individuels : n°311 et s.
- Wellness programs: n°289 et s.

Assuré social : n°8

- C -

Contrat d'engagement : n°250

Coopération (professions médicales) :
n°388 et s.

- D -

Déficit : n°36 et s., n°330

Démocratie sanitaire : n°202, n°364

Dépenses de santé : n°20

Disease management : n°184 et s.

Données personnelles

- Définition : n°317 et s.
- Régime : n°320 et s.

Dossier médical personnel/de santé :
n°144 et s., n°157, n°174 et s., n°382

Droits (activation) : n°248 et s., n°252,
n°297

Droits fondamentaux

- Droit à un niveau de vie décent : n°82
- Droit d'accès à la santé : n°83
- Droit d'accéder à la Sécurité sociale : n°84

- E -

Éducation thérapeutique

- Définition : n°146 et s.
- Inopposabilité : n°200 et s.
- Programmes
 - o Action d'accompagnement à l'autonomie : n°194 et s.

- Éducation
Thérapeutique du
Patient : n°189 et s.,
n°195 et s.
- D'apprentissage à
l'autonomie : n°192 et s.
- Réformes : n°409 et s.

Entente préalable : n°217 et s.

Etat-Providence :

- Crises : n°234 et s.
- Workfare : n°249 et s.

Etats-Unis : n°298 et s.

Exposome : n°265

- F -

Faute

- Inexcusable du salarié : n°110
et s.
- Intentionnel de l'assuré : n°113
et s.
- Structurelle : n°118 et s.

- I -

Incitation : n°154, n°156 et s.

Inobservance : n°203 et s., n°215,
n°219 et s.

Internet des objets : n°279 et s., n°289
et s.

- L -

Liste des Produits et Prestations

Remboursables (LPPR) : n°211 et s.,
n°258

- M -

Maîtrise médicalisée des dépenses :
n°44

Médecin traitant : n°172 et s.

- O -

Obligation

- Prendre soin de soi : n°104,
n°105, n°263 et s., n°303 et s.
- Stricto sensu : n°150

Observance

- Devoir : n°257
- Notion : n°263 et s.

- P -

Parcours de soin coordonné : n°141 et
s., n°156

Patient expert : n°363

Prévention

- Définition : n°62 et s.
- Déploiement : n°67 et s.
- Enjeux : n°64 et S.
- Étymologie : n°56
- Histoire : n°57 et s.

Prestation

- En nature : n°123 et s.
- En espèces : n°125 et s.

Prise en charge automatique : n°101 et s., n°224 et s. (*contra*)

Progrès médicaux : n°51

- R -

Rémunération

- Forfaitaire : n°395 et s.
- Sur objectifs : n°397 et s.

Responsabilité

- Histoire : n°18, n°19
- Pour faute : n°242 et s.

Responsabilisation

- Collective : n°4
- Confusion : n°331 et s.
- Définition : n°17
- Entité morale : n°11
- Étymologie : n°7
- Finalité morale
 - o Voie financière : n°147
 - o Voie éducative : n°198
- Individuelle : n°12, n°51
- Proposition : n°333 et s., n°347 et s., n°361 et s.

Restes à charge

- Ciblés : n°141 et s.
- Collectifs : n°135 et s., n°158
- Éducation thérapeutique : n°335
- Qualification : n°164 et s.

Risque

- Probabilité : n°276 et s.
- Nouvelle gestion : n°286 et s.

Risque social

- Définition : n°100 et s.
- Histoire : n°97 et s.
- Maladie : n°6

- Théorie du risque : n°95 et s.

- S -

Sanction

- Coercition : n°153, n°162, n°259 et s.
- Inobservance (de l') : n°221 et s.

Santé publique (réforme 2004) : n°52

Self-quantified : n°282 et s.

Service médical rendu : n°43

Soft law : n°155

Soins

- Organisation : n°384 et s.
- Renoncement : n°166

Solidarité

- Ebranlement : n°268, n°304 et s.
- Nécessité : n°269 et s.
- Solidarisme : n°85 et s.

- T -

Taxe comportementale : n°337 et s.

Télésanté

- Acte (de) : n°374 et s.
- Historique : n°372 et s.

Théorie du Care : n°349 et s.

- U -

Universalité

- CMU : n°89
- PUMA : n°90

- V -

Vinculum juris : n°151

Résumé :

Depuis le début des années 2000, plusieurs mesures sont adoptées par le législateur pour orienter le comportement de l'assuré social dans la prise en charge du risque social maladie. Ce dernier est invité à faire un usage modéré du système de santé et à adopter un comportement actif à l'égard de sa santé afin de prévenir l'apparition d'une pathologie. Les discours politiques souhaitent favoriser un comportement « responsable ». Il s'agit du mouvement dit de « responsabilisation » du droit. L'usage de ce terme interpelle le juriste, car ce néologisme s'apparente à la responsabilité qui est une notion juridique exclue de la prise en charge du risque maladie, qu'il s'agisse des assurances sociales ou complémentaires. La maladie constitue un risque social pris en charge par la solidarité nationale afin d'assurer le droit fondamental d'accéder à la santé. Si la responsabilisation constitue une nouvelle manière de désigner la responsabilité, les règles actuelles de prise en charge du risque maladie seraient menacées. La responsabilisation serait-elle une résurgence de la responsabilité, signifiant l'effondrement du modèle français d'assurance maladie, ou s'agit-il d'une nouvelle notion juridique dont les contours sont à explorer et définir ? Répondre à cette question est primordial pour l'avenir du système de protection social français et la préservation des droits des assurés sociaux.

Descripteurs : Responsabilisation – Responsabilité – Risque maladie- Assurance maladie - Protection sociale – Solidarité nationale – Restes à charge – Éducation thérapeutique – Etat-providence – Objets connectés.

Title and Abstract :

Since the early 2000s, the French legislator has introduced several measures aimed to guide the behaviour of those insured under the social security system in relation to health risks. Insured persons are encouraged to make moderate use of the healthcare system and to take an active role in managing their health to prevent the onset of illness. Political discourse promotes this “responsible” behaviour, a trend referred to in legal terms as the “responsabilisation” movement. The use of this term raises questions for legal experts, as this neologism closely resembles the French legal term responsabilité (liability), which pertains to a legal concept unrelated to health risk insurance, whether through the social security system or supplementary private insurance. Illness is classified as a social risk covered by national solidarity to guarantee the fundamental right to healthcare. If “responsabilisation” were a new way of designating liability, current rules on covering health risks could be under threat. Is “responsabilisation” a resurgence of liability, signalling the collapse of the French social health insurance model, or does it represent a new legal concept whose boundaries remain to be fully explored and defined? Clarifying this issue is essential for the future of the French social security system and for safeguarding the rights of those it covers.

Keywords: Responsabilisation - Liability / Responsibility - Health risk - Health insurance - Social security - National solidarity - Financial incentives - Therapeutic education - Welfare state - Connected objects.