

N° 488422 M. MP...

N° 488534 Mme S...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 7 février 2024

Décision du 6 mars 2024

CONCLUSIONS

M. Maxime BOUTRON, Rapporteur public

1. Les deux affaires qui viennent d'être appelées devraient vous permettre de re-préciser, un tout petit peu, la **condition d'applicabilité au litige dans les questions prioritaires de constitutionnalité**, lorsque la question n'opère pas sur un texte en tant que tel mais au contraire « *en tant que ne pas* » ou porte sur une interprétation jurisprudentielle constante. Dans la première affaire, **M. MP...** a reçu en 2009 dans le cadre de la campagne nationale un vaccin **H1N1**, puis a développé un syndrome de **narcolepsie** diagnostiqué en 2013. Ils ont alors avec ses parents saisi l'ONIAM d'une demande d'indemnisation au titre de l'article L. 3131-4 du code de la santé publique. Ses parents ont accepté l'offre amiable d'indemnisation de leurs préjudices propres mais ils ont en revanche refusé celle le concernant et devenu majeur, il a lui-même saisi le tribunal administratif de Dijon, lequel a refusé sa demande en raison de l'absence de lien entre la vaccination et la maladie, ce que la cour en appel a en revanche accepté. Elle a refusé d'indemniser certains des préjudices allégués (besoin d'assistance par une tierce personne, préjudice d'agrément) et pour le reste accordé une indemnisation de 136 000 euros (DFT, souffrances endurées, préjudice

esthétique, incidence scolaire, préjudice sexuel, préjudice d'établissement). M. MP... assortit son pourvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question prioritaire de constitutionnalité est dirigée **contre votre jurisprudence** constante qui déduit l'allocation aux adultes handicapés (AAH) de l'indemnisation accordée au titre de l'incidence professionnelle, **contrairement à celle du juge judiciaire**.

2. Dans la seconde affaire, **Mme S...**, sujette à **angoisses**, a fait l'objet d'une « **contention physique** » à l'hôpital Saint-Antoine le 12 juillet 2018 **en dehors du cadre légal**. Le 3 février 2022, le tribunal administratif a rejeté sa demande d'indemnisation et la cour administrative d'appel de Paris a rejeté son appel par un arrêt du 11 avril 2023. Sa question prioritaire de constitutionnalité est dirigée contre les articles L. 3211-1 et L. 3222-5-1 du code de la santé publique « *en tant que* » ils ne prévoient pas de contrôle adéquat des mesures de contention hors du cadre de l'hospitalisation psychiatrique sans consentement.

3. Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « *Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...)* ». Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la **triple condition** que la **disposition** contestée soit **applicable au litige** ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

4. S'agissant de l'applicabilité au litige, initialement le projet de loi du gouvernement, fin 2007-début 2008, imposait que la disposition « *commande l'issue du litige ou la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites* ». Vous ne considérez bien entendu pas que les applications « *en tant que* » mais depuis l'origine les applications « *en tant que ne pas* » (CE, 1/6 ssr, 14 avril 2010, Mme L..., 336753, Rec. p110 ; CE, 4/5 ssr, 23 janvier 2014, M. P..., 372804, T. p836). La situation est aisée quand un justiciable estime contraire au principe d'égalité le refus du législateur de lui appliquer tel ou tel régime de faveur. Mais les **situations de l'espèce sont plus distendues**. Rappelons, pour fixer l'enjeu, que le Conseil constitutionnel juge qu'il « *n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait le fondement des poursuites* » (décision n° 2010-1 QPC (Cts L.) du 28 mai 2010).

I. 488534 Mme S...

5. S'agissant de Mme S..., l'**enjeu** de son **plein contentieux indemnitaire** de responsabilité porte sur les **conditions illégales** dans lesquelles lui a été pratiquée une contention. L'article L. 3211-2 du code de la santé publique définit la personne dite en soins psychiatrique libres comme celle qui fait l'objet de « *soins psychiatriques avec son consentement pour des troubles mentaux* ». Et l'article L. 3222-5-1, qui a évolué depuis le litige, prévoit le régime de la contention. Depuis la version entrée en vigueur le 16 décembre 2020 (loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020) à la suite de la décision n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020, la contention ne peut concerner « *que des patients en hospitalisation complète sans consentement* ». Deux autres QPC, dont seule la dernière a déclaré le dernier état du texte conforme à la Constitution, ont été nécessaires (2021-912/913/914 du 4 juin 2021 puis 2023-1040/1041 QPC du 26 janvier 2023). Mais même à l'époque du litige, 2018, la disposition figurait dans le chapitre II du titre II du livre II du code, portant sur les « *établissements de santé chargés d'assurer les soins psychiatriques sans consentement* ». A la suite de la deuxième QPC (2021-912/913/914 du 4 juin 2021), la loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 a précisé qu'il ne pouvait y être procédé « *que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui* » et « *uniquement de manière adaptée, nécessaire et proportionnée au risque après évaluation du patient* ». Le juge des libertés et de la détention est ensuite saisi. Mme S... souhaite voir juger que ces dispositions méconnaissent l'article 66 de la Constitution en ce qu'elles ne prévoient aucun contrôle du juge sur les mesures de contention et d'isolement prises à l'égard d'un patient pris en charge avec son consentement et privent de garantie légale les libertés individuelles protégées par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce qu'elles ne prévoient aucune protection des personnes hospitalisées avec leur consentement contre les mesures d'isolement et de contention et pour encadrement insuffisant des « *mesures de contention* » en milieu « *ordinaire* ».

6. La question que vous pose cette question prioritaire est la **limite de l'applicabilité « en tant que ne pas » et de manière indissociable l'opérance d'un moyen d'incompétence négative** (lui-même associé à un autre grief (n° 2010-5 QPC (SNC Kimberly Clark) du 18 juin 2010), **les deux « applicabilité en tant que ne pas » et « insuffisance de l'encadrement juridique » constituant les deux faces d'une même médaille d'appel à la définition d'un régime législatif nouveau**. Vous avez déjà jugé qu'« *une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être utilement présentée qu'à l'encontre de dispositions applicables au litige et à la condition de contester les insuffisances du dispositif qu'elles instaurent et non pour revendiquer la création d'un régime dédié* » (CE, 2/7 chr, 12 février 2021, M. B..., 440401, T.p 879). Dans cette affaire, le requérant soutenait que le législateur, en s'abstenant de définir les règles relatives à la transmission des titres nobiliaires, avait méconnu sa propre compétence et ainsi conduit à une violation du principe d'égalité devant la loi. Comme l'indiquait Guillaume Odinet dans ses conclusions repartant de la décision n°

2018-777 DC du 28 décembre 2018 : « *Un tel raisonnement pousse à l'extrême le grief d'incompétence négative : il saisit des dispositions prétextes et conteste en réalité, non pas l'insuffisance de l'intervention du législateur, mais l'absence de cette intervention. Or, si le Conseil constitutionnel a pu admettre largement la critique de l'incompétence négative (v. not. Cons. Const., 25 avril 2014, n° 2014-393 QPC), il juge néanmoins qu'un tel grief ne peut être utilement présenté qu'à l'encontre de dispositions figurant dans la loi déférée et à la condition de contester les insuffisances du dispositif qu'elles instaurent (v. Cons. Const., 28 décembre 2018, n° 2018- 777 DC). En d'autres termes, l'incompétence négative n'est opérante que pour critiquer l'insuffisance d'un dispositif législatif, non pour critiquer son absence – bien que la frontière entre les deux notions puisse, en pratique, être plus discutable qu'il n'y paraît au premier abord. Pour reprendre les termes du commentaire aux Cahiers, « si la jurisprudence sur l'incompétence négative a vocation à protéger le législateur "contre lui-même", en veillant à ce qu'il exerce sa compétence dans toute l'étendue requise par la Constitution, [elle] ne saurait aboutir à le contraindre de légiférer sur des sujets ou des questions ne faisant pas l'objet de dispositions dans la loi contrôlée. (...) le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour connaître de recours en carence du législateur, mais seulement (...) pour se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution ».* Dans la décision Association Dignitas (1/4 chr, 10 octobre 2022, 465977, T.p894), vous avez ajouté que s'il incombe au législateur, lorsqu'il adopte des dispositions, d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34, le grief tiré de son incompétence négative ne pouvant être utilement soulevé à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qu'à l'encontre de dispositions résultant d'une loi promulguée et à la condition de contester les insuffisances du dispositif qu'elles ont instaurées, la QPC étant destinée à saisir le Conseil constitutionnel de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de dispositions législatives applicables **et non à contraindre le législateur de légiférer sur un autre sujet que celui traité par les dispositions de la loi contestée.** Etait alors mis en cause l'insuffisance du dispositif français sur la fin de vie ne permettant pas l'organisation du décès actif. Comme l'indique alors Marie Sirinelli dans ses conclusions : « *A l'exception du cas particulier du contrôle du respect, par les lois de finances, de leur domaine obligatoire (défini par des dispositions organiques), le Conseil constitutionnel ne dispose pas de base juridique pour censurer directement une abstention du législateur. Symétriquement, il juge qu'il ne saurait, « sans outrepasser les limites des pouvoirs que lui a confiés la Constitution », prononcer des injonctions à l'encontre de celui-ci (CC 14 août 2003, n° 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites, § 26) ».* Enfin dans une décision D... et association génération harkis des 10/9 chr (22 décembre 2022, 464247, 464249, 464250, 464252, 468852), vous avez encore regardé comme inopérant le grief tiré de l'incompétence négative à ne pas avoir créé un régime de responsabilité dédié.

7. Nous pensons, pour les mêmes raisons, que vous pourrez sérieusement douter de l'opérance des moyens d'inconstitutionnalités soulevés contre les dispositions de l'article L. 3222-5-1. Dans l'affaire Mme S..., c'est la création d'un régime juridique de la contention en hospitalisation consentie qui est sollicité. Mais on le voit, le régime de la contention, avant comme après ses corrections par le législateur, est très encadré et ne s'inscrit jamais dans le cadre de l'hospitalisation avec consentement. Le lien de rattachement est trop large. L'article L. 3222-5-1 est inséré dans un chapitre du code de la santé publique relatif aux établissements de santé chargés d'assurer les soins psychiatriques sans consentement. Cet article énonce, dans sa version applicable au litige, que « *L'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours. Il ne peut y être procédé que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre, prise pour une durée limitée. Leur mise en œuvre doit faire l'objet d'une surveillance stricte confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin* ». Elle ne conteste pas ainsi les insuffisances du dispositif créé par cet article L. 3222-5-1, relatif aux seules personnes recevant des soins psychiatriques sans consentement, dont il est constant qu'il ne lui est pas applicable, mais elle revendique la création d'un régime distinct, relatif aux personnes en soins psychiatriques libres. La situation est proche de la décision de la Cour de cassation qui l'avait conduit à ne pas regarder comme applicable au litige les dispositions (art L. 6145-11 du code de la santé publique pour les établissements de santé) dont les requérants sollicitaient l'extension aux EHPAD relevant du secteur médico-social (Civ 1^{ère}, 19 janvier 2012, n° 11-40.086). Inopérance ou inapplicabilité au litige, vos décisions marquent une hésitation légitime -6^{ème} JS, 20 septembre 2013, A..., 369608 qui fait le lien ; 10^{ème} js 22 juillet 2021, Collectivité de Corse et autres, 449461-449468-449469).

8. Il faut en tout état de cause rappeler que les dispositions contestées ont déjà été déclarées contraires à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020, même si cette décision n'a pris effet qu'à compter du 31 décembre 2020, soit postérieurement à la date du dommage, et si l'argumentation à l'appui du grief d'inconstitutionnalité diffère de celle qui avait justifié leur censure. Une telle déclaration d'inconstitutionnalité vous interdit en principe d'examiner la question. Le Conseil constitutionnel estime qu'il n'y a pas lieu pour lui de statuer sur des dispositions qu'il a déjà censurées (décision n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janvier 2016 ; décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, M. R... B. et autre (Mesures administratives de lutte contre le terrorisme), paragr. 24).

9. S'agissant de l'autre disposition mise en cause, l'article L. 3211-2, il dispose de manière assez générale qu'« *une personne faisant l'objet de soins psychiatriques avec son consentement pour des troubles mentaux est dite en soins psychiatriques libres. Elle dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux*

malades soignés pour une autre cause. Cette modalité de soins est privilégiée lorsque l'état de la personne le permet. » Les mesures mises en œuvre envers les personnes en soins psychiatriques libres, outre qu'elles doivent, en application des dispositions critiquées de l'article L. 3211-2, garantir le respect pour les patients concernés des mêmes droits en matière d'exercice des libertés individuelles que pour les malades soignés pour d'autres causes et qu'elles ne peuvent par leur durée ni par leurs conditions de mise en œuvre être comparables à celles prévues par l'article L. 3222-5-1, doivent respecter le principe posé par l'article L. 1111-4 du code de la santé publique qui, tout en réservant le cas où le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, pose le principe général que vous connaissez suivant lequel *« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne »*. Les griefs tirés par la requérante de ce que, faute de prévoir les mêmes garanties que celles que prévoit l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique pour les mesures de contention qu'elles régissent, les dispositions contestées de l'article L. 3211-2 du même code seraient contraires au principe posé par l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne des libertés individuelles et au droit au recours effectif et priverait de garanties légales les libertés individuelles protégées par les articles 2 et 4 de la DDHC, posent des questions qui ne sont ni nouvelles ni sérieuses. En effet cette disposition, qui ne fixe aucune privation de liberté, et au contraire la consacre, ne limite aucun recours.

II. 488422 M. MP...

10. Dans l'affaire de M. MP..., ce qui est interrogé c'est la constitutionnalité d'une différence de jurisprudence, entre la vôtre et celle des juridictions de l'ordre judiciaire, s'agissant de **la déduction de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) de l'indemnisation accordée au titre de l'incidence professionnelle**. Un requérant a parfaitement le droit de contester par le biais de la QPC la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation confère à une disposition législative (cf. décisions n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 et n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010). Il s'agit de permettre aux requérants, par le biais de la QPC, de pouvoir contester la norme non pas uniquement telle qu'elle a été conçue mais telle qu'elle est appliquée. Toutefois, comme le soulignait Cécile Barrois dans ses conclusions sous la décision F... (CE, 5/6 chr, 16 septembre 2021, F..., 451257) : *« Le Conseil constitutionnel est (...) le juge de la loi et pas de la jurisprudence et ce n'est dès lors que si cette dernière est inséparable d'une disposition législative, qu'elle la prolonge et s'y incorpore en quelque sorte, que l'analyse des cours suprêmes est susceptible de relever du champ de la question prioritaire de constitutionnalité »*.

11. Compte-tenu ensuite de la **dualité de juridiction et des règles de répartition de compétence en matière de responsabilité**, la victime ne pourrait pas se trouver dans la

situation de l'espèce (les effets d'une campagne nationale de vaccination) devant le juge judiciaire. Mais la divergence pointée vous est connue. Elle part de l'importance que vous accordez à **l'interdiction des libéralités pour les personnes publiques**, qui ne peuvent être condamnées à payer des sommes qu'elles ne doivent pas (CE, Sect, 19 mars 1971, M..., 79962, Rec. p235). **Le juge judiciaire au contraire**, est guidé par **l'impératif de réparation intégrale** à la charge de l'auteur. Le juge judiciaire accorde donc une grande importance à la possibilité d'un recours subrogatoire des tiers payeurs. S'agissant de l'AAH cette jurisprudence est constante depuis une décision du 6 mai 1988 APHP (64295, Rec. p186) aux conclusions du Président Stirn « *dès lors qu'aucune disposition ne permet à l'organisme qui a versé cette allocation d'en réclamer au prestataire le remboursement si celui-ci revient à meilleure fortune* » (v ensuite CE, 5/6 chr 24 juillet 2019, Mme X..., 408624, Rec. p330 ; 5/6 chr, 30 novembre 2021, CH Métropole Savoie, 440443, T. p878-910). Au contraire, la cour de cassation juge que l'AAH constitue essentiellement une prestation d'assistance dépourvue de caractère indemnitaire (Civ 2^{ème} 14 mars 2002, 00-12.716). In fine le juge judiciaire ne déduit de l'indemnisation que les prestations réputées indemnitaires, notamment les prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985).

12. Peu de décisions QPC se sont prononcées sur fond de divergence de jurisprudence. Dans la décision Soderev Tour (CE, 3/8 chr, 6 juin 2018, 411510, T. p676), à propos de la divergence de jurisprudence sur la recevabilité des moyens nouveaux en cassation, vous aviez jugé que cette circonstance « *ne constituerait pas, en tout état de cause, une méconnaissance du principe de l'égalité devant la loi posée à l'article 6 de la DDHC, qui n'implique pas une identité des règles de procédure en matière administrative d'une part, et civile, pénale ou commerciale, d'autre part* ». Dans une décision précédente Mme M... (4/5 chr, 29 juin 2015, 387338), était soulevée une atteinte au principe d'égalité au motif qu'il serait fait des applications différentes pour les salariés protégés et non protégés de dispositions du code du travail relatives au reclassement des salariés inaptes, en raison des interprétations divergentes qu'en donneraient, de manière constante, les jurisprudences administrative et judiciaire. Toutefois, la décision juge que « *les divergences alléguées* » ne portent pas sur la manière d'apprécier l'obligation de reclassement mais sur l'existence, lorsque l'employeur s'est acquitté de cette obligation, d'obligations supplémentaires de recherche de reclassement, au sein de l'entreprise et du groupe qui pèseraient néanmoins sur lui, « *qu'ainsi, et en tout état de cause, Mme M... n'est pas fondée à soutenir que l'article L. 1226-2 du code du travail méconnaît le principe d'égalité devant la loi ;* ». Quant au Conseil constitutionnel, saisi de la « *jurisprudence constante du Conseil d'État que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique peuvent, après la signature du contrat, former en sus du référé contractuel un recours en contestation de la validité de ce contrat ouvert devant le juge administratif à tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses*

intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses » alors que « Les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique ne bénéficient pas devant le juge judiciaire d'un recours identique », il a pris en compte la « situation différente des candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique » pour juger que la différence de traitement était en rapport avec l'objet de la loi (Décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais).

13. En l'espèce, la QPC conteste l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale qui prévoit les conditions d'attribution de l'allocation aux adultes handicapés. Vous pourriez estimer que la règle jurisprudentielle mise en cause n'en dépend pas et que les dispositions sont inapplicables au litige (vous inspirant par exemple de la jurisprudence sur ce point de la Cour de cassation, v Civ 1^{ère} 27 septembre 2011, 11-13.488). Mais la jurisprudence en cause n'est pas dépourvue de tout lien avec la disposition légale qui fonde l'aide sociale. D'après le requérant, la divergence de jurisprudence aboutirait à une différence de traitement entre victimes selon que leur action indemnitaire est portée devant le juge administratif ou le juge judiciaire, sans qu'elle puisse être justifiée par une différence de situation ou un motif d'intérêt général. Mais il nous apparaît exclu de caractériser une méconnaissance du principe d'égalité **au seul motif d'une interprétation différente du juge judiciaire**. Il faudrait selon nous, pour que la QPC prospère que l'une des deux jurisprudences, divergentes entre elles donc, méconnaisse le principe d'égalité. Mais hors de ce cas-là, nous ne croyons pas que le contrôle du Conseil constitutionnel ait été conçu comme celui d'un arbitre des divergences de jurisprudence entre les deux ordres, en ayant bien à l'esprit que deux positions, sans être convergentes, peuvent être toutes deux constitutionnelles. Comme le sont souvent les états successifs des législations écrites, dans le champ de manœuvre du pouvoir d'appréciation du législateur.

14. Quant au moyen tiré de l'atteinte au principe de responsabilité garanti par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce qu'elles permettraient aux auteurs de dommages de se soustraire à une part de leur responsabilité, la question n'est pas nouvelle (2015-479 QPC du 31 juillet 2015, cons 9 par exemple). Elle n'est pas sérieuse, le juge administratif assurant la réparation intégrale du préjudice et s'assurant uniquement que la somme mise à la charge de la personne publique ne dépasse pas le montant du préjudice net. Le Conseil constitutionnel, s'il consacre le principe d'interdiction d'échapper à sa responsabilité, n'impose pas la réparation intégrale.

PCMNC : Non-transmission des différentes QPC

