«MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DER STEUERUNG DURCH RECHT»

«PERSPECTIVES ET LIMITES DE LA FONCTION INCITATIVE DU DROIT»

Prof. Dr. Mélanie Levy, LL.M. (Cambridge)

Entre efficacité sanitaire et respect des libertés: promesses et paradoxes du droit incitatif en santé publique

Thèses

1. Le droit de la santé publique se trouve aujourd'hui à un tournant. Face à la montée des maladies chroniques, aux épidémies, à l'urgence climatique et aux inégalités de santé, l'approche juridique classique de droit prescriptif (*command and control*) montre ses limites. Le droit se fait donc plus souple, plus adaptatif, et cherche de nouveaux modes d'action: au premier rang desquels figure la fonction incitative.
2. Ce rapport met en lumière l'ampleur et la diversité des instruments incitatifs mobilisés pour influencer les choix individuels dans le domaine de la santé publique. Leur fonction est claire: orienter les comportements sans contraindre, modifier les structures d'opportunité, corriger certains signaux du marché, ou encore façonner les environnements décisionnels.
3. L'examen de la fonction incitative du droit en santé publique révèle un droit en tension, à la fois par sa diversité instrumentale et par ses implications normatives. Loin de se réduire à un simple complément des instruments de contrainte ou de sanction, l'incitation constitue aujourd'hui un levier central de l'action publique en matière de santé. Les récompenses, la fiscalité comportementale, l'encadrement de l'information et de la publicité commerciales et les *nudges* témoignent de ce déplacement.
4. Cette évolution ne saurait cependant être comprise comme un simple adoucissement de la contrainte. L'incitation est elle-même porteuse d'effets normatifs. Elle peut influer sur les comportements individuels, remodeler les conditions de marché et orienter des secteurs de l'économie. Elle peut aussi, par son caractère indirect et parfois opaque, échapper au contrôle qui accompagne traditionnellement l'élaboration de normes contraignantes. À un niveau plus métaphysique, l'incitation forme et construit l'idéal de l'individu incité.
5. Ces outils ne sont ainsi ni neutres ni anodins. Ils soulèvent des tensions normatives, entre liberté personnelle, égalité de traitement et intérêt public, entre liberté économique et protection de la santé, entre politiques publiques aux objectifs parfois contradictoires (p.ex.: subventions agricoles vs alimentation saine). Ils posent aussi la question de leur efficacité, dans un monde où les comportements de santé sont déterminés par une pluralité de facteurs sociaux, culturels et économiques, et non par de simples choix rationnels.
6. Ce rapport démontre la nécessité de penser l'incitation de manière systémique et cohérente: en prenant en compte les interactions entre les différents niveaux d'intervention (fédéral, cantonal, communal); en assurant une coordination intersectorielle entre santé, agriculture, climat, mobilité ou urbanisme; en respectant les principes constitutionnels qui fondent la légitimité de l'action publique: base légale, intérêt public, proportionnalité, droits fondamentaux, participation démocratique et transparence.

7. La fonction incitative du droit en santé publique se transforme. Les innovations que constituent le droit personnalisé (santé publique de précision) et le droit expérimental (essais pilotes de cannabis) témoignent de la plasticité croissante de la fonction incitative du droit. Le droit personnalisé, fondé sur les données, permet de mieux cibler les incitations, mais soulève des enjeux en matière de surveillance sanitaire et de protection des droits fondamentaux. Le recours au droit expérimental ouvre des espaces d'innovation réglementaire, mais exige des garanties de sécurité juridique, de scientificité et de contrôle démocratique. Car à mesure que l'incitation gagne en efficacité, la flexibilité normative ne saurait s'affranchir des exigences de l'État de droit.
8. L'incitation est aujourd'hui un mode de gouvernance à part entière, avec ses logiques, ses promesses et ses paradoxes. Si elle peut favoriser l'adhésion, stimuler l'innovation et renforcer l'efficacité des politiques de santé publique, elle peut aussi masquer des arbitrages politiques, déplacer les responsabilités vers les individus, ou renforcer les inégalités existantes. Le défi, pour le droit de la santé publique, est donc de maîtriser l'usage incitatif des normes, sans renoncer à ses principes fondamentaux. Cela implique de penser l'incitation non comme un substitut au droit prescriptif, mais comme un complément qui doit être justifié, encadré et évalué à l'aune de ses effets – juridiques, sanitaires et sociaux.