UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

Ecole Doctorale Sciences Juridiques Politiques, Economiques et de Gestion

L'influence des devoirs déontologiques sur la responsabilité du médecin

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé et sciences criminelles, présentée et soutenue publiquement par :

Préjudice DIAHOU TSANGA

Le 15 janvier 2021, à Metz

Sous la direction de :

Madame Sophie HOCQUET-BERG

Professeur à l'Université de Lorraine

JURY

Madame Sophie HOCQUET-BERG (Directrice de thèse)
Professeur à l'Université de Lorraine
Madame Aline VIGNON-BARRAULT (Rapporteur)
Professeur à l'Université d'Angers
Monsieur Joël MORET-BAILLY (Rapporteur)
Professeur à l'Université Jean Monnet Saint-Etienne
Monsieur Patrick MISTRETTA (Examinateur)
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Monsieur Bruno PY (Examinateur)
Professeur à l'Université de Lorraine

L'université de Lorraine n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Mes remerciements vont d'abord à Mme le Professeur Sophie Hocquet-Berg, pour la confiance qu'elle m'a accordée en acceptant mon projet de réaliser une thèse en droit et pour ses précieux conseils ainsi que ses encouragements répétés tout au long de ces cinq dernières années. Qu'elle trouve dans ce travail l'expression de ma profonde reconnaissance.

Je remercie également les Professeurs Mme Aline Vignon-Barrault (Université d'Angers), M. Joël Moret-Bailly (Université Jean Monnet Saint-Etienne), M. Patrick Mistretta (Université Jean Moulin Lyon 3) et M. Bruno PY (Université de Lorraine), qui ont accepté de constituer mon jury de soutenance.

Mes remerciements s'adressent ensuite à mes parents, à mes frères et sœurs et à toute ma famille pour leur soutien pendant ces longues années d'études et pour m'avoir appris que rien n'est impossible quand on se donne les moyens de réussir. Merci sincèrement pour vos encouragements répétés et votre patience à mon égard.

Je remercie enfin mes amis, pour leur présence chaleureuse de tous les instants, particulièrement Stévy et Isabelle pour leur relecture patiente et minutieuse ainsi que pour les heures passées au téléphone à vérifier si je ne perdais pas ma motivation. Merci à eux d'avoir suivi avec attention l'évolution de ce travail. Cette thèse leur doit beaucoup.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA : Actualité juridique droit administratif
al. : alinéa
Archives phil. dr. : Archives de philosophie du droit
Aff. : affaire
ARS : Agence régionale de santé
Art. : article
Ass. Plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V)
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C. civ. : code civil
C. pén. : code pénal
CA : cour d'appel
CAA : Cour administrative d'appel
CDPI : chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des médecins
CSP : code de la santé publique
CPP : code de procédure pénale
Cass. : Cour de cassation
CE : Conseil d'État
CDM : code de déontologie médicale
CMF : code monétaire et financier
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
chron. : chronique
civ. 1re, 2e, 3e : première, deuxième, troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CNAMed : Commission nationale des accidents médicaux
CNOM : conseil national de l'ordre des médecins
com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm. : commentaire
concl. : conclusions
Cons. const. : Conseil constitutionnel
CSS : code de la sécurité sociale
CPAM : Caisse primaire d'assurance maladie
crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
Ch. discipl. nat. : chambre disciplinaire nationale
D. : Recueil Dalloz
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
dir. : direction
doctr. : doctrine
DP : Recueil périodique et critique Dalloz
Dr. : docteur
Dr. et pat. : Droit et patrimoine
Dr. soc. : Droit social
éd. : édition
Gaz. pal. : Gazette du plais
HAS : Haute autorité de santé
ibid. : *ibidem* (au même endroit)
in : dans
infra. : ci-dessous
JCP E : Semaine juridique édition entreprise
JCP G : Semaine juridique édition générale
JCP N : Semaine juridique édition notariale
JO : Journal Officiel
Jurisdata : décision de jurisprudence extraite des bases de données *Jurisdata*
LEH : Les Etudes Hospitalières
LPA : Les Petites Affiches
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n° : numéro
obs. : observation
op. cit. : opus citatum (œuvre citée)
p. : page
pp. : pages
préc. : précité
PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF : Presses universitaires de France
rapp. : rapport
RCA : Responsabilité civile et assurances
RDC : Revue des contrats
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
Rép. civ. Dalloz : Encyclopédie Dalloz

Req. : Chambre des requêtes
RGAT : Revue générale des assurances terrestres
RGD : Revue générale du droit
RGDA : Revue générale de droit des assurances
RGDM : Revue générale de droit médical
RLDC : Revue Lamy Droit civil
RSC : Revue sciences criminelles
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
Sect. : section
sv. : suivant
somm. : sommaire
Soc. : chambre sociale
Spéc. : spécialement
supra : ci-dessus
th. : thèse
th. Dactyl. : thèse dactylographiée
TI : Tribunal d'instance
TGI : Tribunal de Grande Instance
V. voir
vol. : volume

SOMMAIRE

PARTIE I. L'APPRÉCIATION DES RAPPORTS ENTRE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE ET LA RESPONSABILITÉ : L'INFLUENCE CACHÉE DE LA DÉONTOLOGIE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Titre 1. Les rapports d'autonomie entre la déontologie médicale et la responsabilité civile

Chapitre 1. L'autonomie statutaire de la déontologie par rapport à la responsabilité civile
Chapitre 2. L'autonomie substantielle de la déontologie par rapport à la responsabilité civile

Titre 2. L'ambigüité des rapports entre la déontologie et la responsabilité civile

Chapitre 1. Les rapprochements de la déontologie et de la responsabilité civile
Chapitre 2. Les limites aux rapprochements de la déontologie et la responsabilité civile

PARTIE 2. LA CLARIFICATION DES RAPPORTS ENTRE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE ET LA RESPONSABILITÉ : L'INFLUENCE ASSUMÉE DE LA DÉONTOLOGIE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Titre 1. La responsabilité civile fondée par la violation d'un devoir déontologique

Chapitre 1. La responsabilité influencée par la déontologie médicale
Chapitre 2. L'identification des règles déontologiques susceptibles d'influencer la responsabilité civile

Titre 2. L'affirmation d'une identité des fautes civile et déontologique

Chapitre 1. L'assimilation partielle systématique des fautes civile et déontologique
Chapitre 2. Les conséquences de l'assimilation des fautes civile et déontologique

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Déontologie médicale et responsabilité civile. Aborder ensemble ces deux notions n'est pas au départ une chose évidente. La responsabilité civile médicale nécessite l'application de règles de droit. Lorsqu'elle n'est pas contractuelle, la responsabilité civile repose sur l'article 1240 du code civil qui dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Du latin *respondere*, qui signifie se porter garant, la responsabilité est l'obligation de répondre de ses actes et d'en assumer les conséquences. La responsabilité intervient *a posteriori* de l'acte et ne peut être appliquée que pour obliger juridiquement à la réparation, d'où l'intérêt de faire intervenir des règles de droit. En revanche, la déontologie médicale est considérée comme une règle professionnelle et non de droit. À la différence des règles de la responsabilité civile qui interviennent pour réparer le dommage subi, les règles déontologiques interviennent *a priori*, en fixant par ses règles, le comportement des personnes qui lui sont soumises.

D'origine philosophique, la déontologie médicale peut être morale ou juridique en fonction des cas et se rapproche de l'éthique. La déontologie est cependant devenue une notion familière, souvent confondue avec la morale, qui « *échappe comme par enchantement aux catégorisations les plus rigoureuses* »[1]. L'une des raisons expliquant cette absence de rigueur tient à la diversité de la notion, à son origine corporative et à l'absence de définition univoque. Pourtant, la déontologie intéresse à tout point de vue, elle est employée à plusieurs niveaux d'organisation sociales, aussi bien par des institutions de l'État que par des associations, toujours pour mettre en évidence la bienveillance et la transparence des personnes auxquelles elle s'applique.

2. Le besoin déontologique. La nécessité déontologique des professions s'est fait ressentir en dehors des organisations institutionnelles ordinales[2]. En effet, la déontologie n'est plus l'apanage des seules professions libérales[3], ni des professions organisées en ordre. Et inversement, certaines professions qui n'étaient pas organisées en ordre se sont tout de même

[1] Cabrol V., *Déontologie et droit : contribution à l'étude des rapports en ordres normatifs*, th., 2010, p. 3.
[2] De nombreuses chartes ont été adoptées dans le but d'assurer la transparence des membres des institutions étatiques, telles que « la charte de déontologie des collaborateurs du président de la République » publiée le 19 décembre 2020 ; également la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (1).
[3] Les fonctionnaires sont également dotés d'une déontologie par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

dotées d'un conseil national afin d'harmoniser les règles professionnelles sur l'ensemble du territoire[4]. C'est dans ce contexte florissant de règles professionnelles que la déontologie médicale et la responsabilité civile se rencontrent. À ce propos, certains auteurs considèrent que ce processus s'inscrit dans la reconnaissance et la construction sociologique des professions dans une société donnée[5]. Les règles déontologiques se distinguent fondamentalement des règles de la responsabilité civile qui s'appliquent de la même manière à l'ensemble des justiciables, c'est pour cette raison qu'elles sont considérées comme étant des règles du droit commun. Compte tenu de leur originalité, les règles déontologiques intéressent le juriste qui s'interroge sur l'émergence de cette discipline[6] sur laquelle il convient d'insister.

3. Les fondements de la déontologie médicale. L'origine corporative et la nature de l'ensemble des professions libérales permettent à l'organisation professionnelle d'assurer à ses membres une indépendance totale. Selon Savatier, les « *professions d'hommes libres » et les « professions d'homme nobles* » n'ont pas vocation à « *mettre celui qui les exerce en état de subordination sans renoncer à ces qualités. La fierté des membres des professions libérales est de n'avoir d'autre maître, qu'eux-mêmes* »[7]. La déontologie est considérée comme un ensemble de règles et devoirs d'origine corporative régissant une profession[8]. Elle met en place un ensemble de devoirs à consonance morale dans le but d'encadrer l'exercice de la médecine. Sa finalité originelle est la mise en place de devoirs et règles ayant vocation à s'appliquer uniquement au sein d'une organisation professionnelle. La profession médicale est l'une des premières à avoir formalisé les principes de déontologie[9]. Le texte fondateur demeure le serment d'Hippocrate. Aujourd'hui, la déontologie médicale est formalisée sous la forme d'un code. La codification de la déontologie médicale a permis à la profession d'identifier et de regrouper l'ensemble des règles et devoirs que chaque médecin doit respecter. Parallèlement,

---

[4] Les professionnels de l'immobilier détiennent désormais un conseil national de la transaction et de la gestion immobilière créé par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès du logement et à un urbanisme rénové (1). Au terme de l'article 13-1, la mission du conseil est de veiller au maintien et à la promotion des principes de moralité, de probité et de compétence nécessaires au bon accomplissement des activités mentionnées à l'article 1er par les personnes mentionnées au même article 1er.

[5] Savatier R., « *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* », Revue internationale de droit comparé, 1959, pp. 186 et sv.

[6] S'interrogeant sur l'émergence d'une discipline de déontologie, certains auteurs ont fait remarquer l'apparition à la fin du XIXe siècle de nouveaux objets tel que le droit industriel qui deviendra plus tard le droit du travail. Ils précisent que l'acceptation de l'originalité et de la nécessité d'une analyse spécifique de l'ensemble déontologique dépend à la fois des émetteurs des analyses (la doctrine) et des récepteurs (les juristes). Moret-Bailly J., et Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 3.

[7] Savatier J., *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, th., Poitiers, LGDJ, 1947, p. 63.

[8] Le Robert illustré 2016.

[9] Le serment d'Hippocrate considéré comme le fondement de la déontologie médicale.

le formalisme des règles déontologiques leur a permis de concurrencer les règles du droit commun en matière de responsabilité civile médicale. La déontologie médicale réunit un ensemble de sources diverses qui lui ont permis d'évoluer et de s'adapter aux progressions techniques de la médecine.

L'analyse de l'émergence des règles de déontologie permet de mettre en évidence la distinction de ces règles au regard de celles du droit commun de la responsabilité civile par leur origine corporative (I). Néanmoins, si l'origine corporative des devoirs déontologiques n'est pas remise en question, elle ne demeure pas la seule source de la déontologie médicale. Les règles de déontologie médicale ont des sources diverses qui peuvent se rapprocher, *a minima*, de celle du droit commun de la responsabilité civile (II). Toutefois, la difficulté demeure celle d'apprécier les rapports d'influence de la déontologie sur la responsabilité civile (III).

I. L'ORIGINE CORPORATIVE DES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES, ÉLÉMENT DE DISTINCTION

4. La corporation professionnelle. La déontologie médicale rassemble plusieurs devoirs aux sources diverses. C'est l'une des raisons pour lesquelles elle connaît depuis quelques années un intérêt grandissant car elle a la capacité de mêler et de s'intéresser à plusieurs domaines en même temps. Historiquement d'origine Hippocratique, la déontologie médicale a connu un premier essor par la mise en place des corporations. La corporation est issue du latin médiéval *corporari* qui signifie se grouper en corps. La corporation était considérée sous l'ancien régime comme étant un organisme social qui regroupait l'ensemble des membres d'une profession[10]. En matière médicale, les premières traces des corporations (2) remontent au serment d'Hippocrate (1).

1) Le serment d'Hippocrate, texte fondateur de la déontologie médicale

5. Hippocrate et son histoire. Considéré comme le « père de la médecine », Hippocrate a beaucoup œuvré pour celle-ci. L'histoire de sa vie aussi bien privée que publique n'est pas véritablement connue et continue d'alimenter certains débats[11]. Il serait né vers 460 avant J-C en Grèce, sur l'île de Cos, d'une famille de médecins qui croyait au Dieu grec de la

[10] Définition Larousse.

[11] Les récits sur la vie privée et professionnelle ne sont pas unanimes, certaines affirmations sur ses compétences sont difficiles à prouver.

médecine. D'après les écrits de Soranos[12], Hippocrate était membre d'une grande famille des Asclépiades[13]. Il a appris l'anatomie auprès de son père Héraclite et s'est consacré ensuite à la médecine sacerdotale.

Lorsqu'il était jeune, Hippocrate avait quitté l'île de Cos pour un long voyage à travers le monde. Son parcours l'avait mené jusqu'en Egypte d'où il aurait pris connaissance du papyrus médical (Edwin Smith). Il était passé par Athènes pour étudier avec Gorgias[14] puis en Thrace, en Thessalie et auprès de Perdiccas…[15] Ce voyage à travers le monde lui avait permis de faire la connaissance d'illustres contemporains ayant des connaissances très variées. À la suite de l'épidémie de peste qui faisait des ravages à Athènes, Hippocrate avait décidé de rentrer à l'île de Cos pour se mettre au service de la patrie, et ce, malgré plusieurs tentatives du roi de Perse de l'intégrer à sa cour. C'est à cette période qu'Hippocrate aurait réussi à décimer la peste par la force du feu mais aussi grâce à son « *anticipation sur l'évolution d'une maladie à partir de symptômes déjà établis, classés, de manière à préparer efficacement le malade à franchir sa phase critique* »[16]. Constatant que tous ceux qui travaillaient avec le feu n'étaient pas atteint par la peste, il avait demandé aux populations d'allumer de grands feux dans les villes atteintes afin d'éradiquer l'épidémie et de suspendre des couronnes de fleurs odorantes[17].

Malgré les doutes autour de ce récit, Hippocrate s'était distingué par ses grandes idées sur la médecine. Il avait souligné son importance, son objectif et les difficultés qu'elle renferme. Il était soucieux de la dignité médicale marquée par un rapport très étroit du devoir dans l'exercice de la profession. Très dévoué à sa profession et sans cesse à la recherche du soulagement et la guérison des malades, il avait lutté contre les charlatans et tous ceux qui pratiquaient mal la médecine.[18] Hippocrate est mort à Larissa en Thessalie entre 85 et 90 ans[19].

6. Hippocrate et son serment. Le serment d'Hippocrate est l'un des documents les plus précieux de la littérature grecque. Figurant parmi les archives les plus anciennes des

---

[12] Soranos d'Ephèse, gynécologue grec du IIe siècle est l'un des premiers biographes s'intéressant à Hippocrate. Ses écrits sur lui sont les principales sources d'informations à notre disposition, notamment la « vie d'Hippocrate ».

[13] Famille vouée à la médecine qui prétend descendre du héros guérisseur Asclepios. Pour une étude approfondie V. le livre de Cécile Nissen « Entre Asclepios et Hippocrate, étude des cultes guérisseurs et des médecins en Carie », éd., Presses universitaires de Liège en 2009.

[14] Gorgias né vers 480 av. J-C en Sicile est un philosophe présocratique.

[15] Portrait de médecin, « Hippocrate le grand », http://medarus.org/Medecins/MedecinsTextes/hippocrate.html.

[16] Gervais A., « *A propos de la « Peste » d'Athènes : Thucydide et la littérature de l'épidémie* » p. 399.

[17] Ce récit de la vie d'Hippocrate est mis en doute, pour plus d'approfondissement sur la question de la vie du médecin grec nous recommandons le site internet Philippe Remacle et autres sur l'antiquité grecque et latine du Moyen-âge : http://remacle.org/ qui lui consacre une étude complète.

[18] Littré traduction du vol.1 p. 470 rapporte très justement la guerre qu'Hippocrate menait contre les charlatans.

[19] La date exacte de la mort d'Hippocrate est tout aussi un mystère car les récits et écrits sur cette période sont difficilement datés.

Asclépiades, le serment d'Hippocrate est aujourd'hui considéré comme le texte fondateur de la déontologie médicale. À ce titre, les médecins prêtent toujours serment en conformité avec le serment d'Hippocrate, le serment médical qui s'en inspire largement. Cette pratique encore exercée par certaines facultés de médecine consiste à engager le médecin à respecter des valeurs lors de l'exercice de sa profession. Le texte original date du IVe siècle, entre 440-360 avant J-C et appartient à la collection des œuvres hippocratiques[20].

Les raisons qui entourent la rédaction de ce serment sont peu connues puisqu'à cette époque l'exercice de la médecine n'était pas réglementé. L'art médical était libre et exercé par tous ceux qui en ressentaient le besoin. C'est dans ce contexte qu'émergent les premières familles de médecins. Les Asclépiades se transmettent les savoirs et pratiques médicaux à travers les générations. Le serment d'Hippocrate aurait été rédigé à la période où les Asclépiades[21] ouvraient leur art à des étrangers pour leur enseigner la médecine. Les prêtres-guérisseurs furent renvoyés puisqu'ils considéraient la maladie comme un châtiment de Dieu contrairement aux Asclépiades qui la considéraient comme un phénomène naturel.

Le texte original du serment d'Hippocrate se divise en trois parties. La première correspond à l'invocation des Dieux[22]de la médecine, la deuxième expose les devoirs que le médecin s'engage à respecter envers les siens, les malades et lui-même dans le but de pérenniser l'honneur de la profession et la troisième partie traite de l'imprécation[23]. Malgré les évolutions de la déontologie et les siècles qu'elle a traversé, se trouve encore dans le code de déontologie médicale une structuration similaire à celle du serment d'Hippocrate. En effet, ce code comporte un titre consacré aux devoirs des médecins et par ailleurs, il rappelle les devoirs envers les patients ainsi que les règles régissant les rapports entre professionnels de santé. Toutefois, les dispositions relatives à l'invocation des Dieux et à l'imprécation ont disparu.

7. La valeur du serment. Si la notoriété d'Hippocrate était grande, elle a été amplifiée après sa mort. Ses œuvres ont été une source inestimable d'inspiration durant les siècles qui ont suivi. Pour autant, sous l'Antiquité, le serment d'Hippocrate n'a pas d'influence considérable s'agissant de la pratique de la médecine, notamment pour les romains. Durant les IVe et IIIe siècle avant J-C plusieurs médecins ne respectèrent pas le serment d'Hippocrate et ses préceptes. À cette époque, le poison était fourni par les médecins qui servaient également

[20] Tome I des Œuvres complètes d'Hippocrate paru en 1839 aux éditions Baillières traduit par Emile Littré.
[21] Les Asclépiades sont des médecins itinérants parcourant les cités grecques pour pratiquer leur art, Vitrac, *Médecine et philosophie au temps d'Hippocrate*, 1989 p. 54.
[22] Je jure par Apollon médecin, par Esculape, (…) par Hygie.
[23] Voir en annexe une copie du texte original du serment d'Hippocrate.

des remèdes abortifs et pratiquaient des opérations de la taille. Ils pratiquaient également le suicide soit sous ordres de certains empereurs[24], soit parce que certains malades le demandaient afin de mettre un terme à leurs souffrances. D'après Mme Gourevitch, il arrivait dans l'antiquité que des malades se suicident en raison de leur maladie somatique[25]. Malgré cette période trouble, le serment d'Hippocrate a trouvé toutefois un écho positif chez certains médecins qui ont décidé de l'appliquer. Il est reconnu à certains d'avoir entretenu les préceptes du serment d'Hippocrate grâce à leurs écrits. Par exemple, Scribonius Largus[26] respectait l'interdiction de l'avortement excepté lorsqu'il existait un risque pour la santé de la future mère.

S'ajoute au serment d'Hippocrate une valeur d'empathie et de compassion envers le malade. Cette tendance empathique représentait un danger pour l'exercice de l'art médical puisque qu'elle pouvait entrainer une médecine de complaisance, notamment avec les malades les plus aisés socialement.

C'est dans ce contexte que le serment d'Hippocrate a connu une évolution tant formelle qu'informelle afin de l'adapter aux pratiques médicales courant les siècles. Le texte original d'Hippocrate a subi plusieurs modifications pour s'adapter aux évolutions de la technique médicale, des mœurs et des croyances. En effet, il a été adapté à la suite des bouleversements de l'histoire de la médecine, notamment sur les questions de l'éthique et de la bioéthique. Les avancées techniques, technologiques et médicamenteuses sont à l'origine d'une transformation considérable du rôle du médecin. Désormais, en plus de pouvoir soigner, le médecin a la possibilité de guérir. Cette évolution a profondément modifié les rapports entre le médecin et sa profession d'une part, et d'autre part, les rapports médecin-patient. Il a, en effet, fallu adapter l'exercice de l'art médical aux nouvelles technologies. De même, la relation médecin-patient s'est complètement transformée. Le malade ignorant est désormais reconnu capable de prendre des décisions sur son état de santé et se retrouve dans une relation égalitaire avec le médecin.

2) Les premières traces des corporations

8. Les premières traces des corporations[27]. Les premières traces des corporations se retrouvent dans l'Antiquité à Rome, en Grèce et en Gaule. Les *Hétairies*[28] de Grèce, les

[24] À l'exemple de Néron qui faisait suicider ses ennemis, Gourevitch D., « Le triangle hippocratique dans le monde gréco-romain », p. 203.
[25] *Ibid.* p. 170.
[26] Scribonius Largus a été le médecin personnel de l'Empereur romain Claude.
[27] L'essentiel du récit historique est à retrouver sur le site du CNOM www.conseil-national.medecin.fr à la rubrique historique.
[28] Association plus ou moins secrète, à caractère généralement politique, Le Robert illustré 2016.

Collegia de Rome avaient traversé les frontières pour atteindre la Gaule romaine qui a vu naître les premières associations professionnelles. Les membres du collège étaient obligés de verser une cotisation afin de bénéficier de l'assistance de cette institution face à la concurrence ou encore pour assurer des frais d'obsèques.

Après une période de trouble durant l'Antiquité, le mouvement s'est poursuivi au Moyen-Âge. C'est au XIIe siècle que les premières associations ont fait leur apparition sous forme de confréries. Elles étaient initialement sous la forme de confrérie de dévotion faisant intervenir l'esprit religieux afin de renforcer le respect et la soumission au serment. La confrérie est née d'abord sous forme d'une association de secours mutuel et personnel pour les questions qui ont trait à l'élévation de l'esprit après la mort. Ensuite, la confrérie avait développé son rôle de défense des intérêts de la profession qu'elle représentait sous la forme d'un syndicat. Les confréries se sont mises en place spontanément sans influence des pouvoirs publics. Cependant, devant les conséquences morales et surtout économiques d'un fort développement de ces confréries, les ordonnances royales avaient mis en place un système de contrôle. En effet, les confréries étaient obligées de mettre en place des statuts afin de s'assurer de leur bon fonctionnement et d'éviter toutes dérives. En 1268, le roi Louis IX a demandé à Etienne Boileau, alors prévôt de Paris, de recenser les métiers de Paris dans le « Livre des métiers »[29].

Les universités de médecine sont apparues au même siècle. Alors que certaines ont été créées par le pouvoir papal, les autres ont vu le jour sous l'autorité royale. Elles avaient pour objectifs de veiller sur les intérêts de la profession, à savoir, pérenniser le monopole, de veiller au respect de son honneur et de l'indépendance de la profession médicale. Les universités ont veillé à ce que seuls les docteurs puissent exercer la médecine et qu'ils portent la robe, signe extérieur de respect envers la profession et à la préséance hiérarchique.

9. L'organisation professionnelle des chirurgiens. Les chirurgiens ont été les premiers à se constituer en confrérie religieuse avant de mettre en place une corporation. Ils figurent ainsi dans le Livre des métiers dans la rubrique art et métiers. Les chirurgiens se sont unis aux barbiers qui avaient le droit de « panser les plaies non mortelles » en plus de celui de saigner. L'ensemble des chirurgiens ont été réunis sous la communauté de Versailles au XVIIIe siècle qui a été dotée plus tard d'une grande Académie Royale en chirurgie. Toutes les

[29] Le Livre des métiers, rédigé au temps de Saint Louis vers 1268 par Étienne Boileau, prévôt de Paris, est le premier grand recueil de règlements sur les métiers parisiens. Le Livre des métiers ne cite pas tous les métiers de Paris au XIIe siècle. Toutes les communautés de métiers n'ont pas répondu à l'invitation d'Étienne Boileau, l'absence la plus notable étant celle de la puissante corporation des bouchers.

corporations formées durant cette période se sont développées autour d'une université puisqu'elles détenaient le monopole de l'exercice de la médecine dans leur circonscription.
Jean Verdier[30] a lancé le premier appel à la création d'une corporation pour les médecins dans son traité de déontologie en 1762. En effet, ce dernier y a déclaré que *« si on jette les yeux vers l'infinité d'abus qui troublent l'exercice d'un art aussi salutaire, on sera porté à croire qu'il serait utile que la médecine connût un tribunal particulier* »[31]. La force grandissante des corporations est très vite devenue une menace pour le pouvoir central. En effet, elles se sont renforcées avec la notion de serment obligatoire avant d'exercer la profession. C'est dans ce contexte que les rois François 1er et Henri III, et le ministre Turgot[32] ont essayé de les neutraliser pour les premiers et même de les supprimer pour le second, en vain. C'est finalement au cours de la Révolution française que les corporations ont été abolies par la loi Le Chapelier de 1791[33] en raison de leur caractère attentatoire aux libertés. La Révolution française a permis par la même occasion de rompre avec tous les systèmes préexistants, notamment celui du monopole des universités. L'exercice de la médecine est devenu libre sans titre ni reconnaissance particulière, et notamment sans aucune sécurité ni garantie pour les malades.
La Révolution française marque une rupture entre l'ancien régime et le passage à la République qui a entrainé des transformations dans l'organisation et le fonctionnement des professions organisées en ordres.

10. Les atermoiements législatifs de la mise en place d'un ordre professionnel médical. L'abolition des corporations a entrainé une certaine instabilité de la profession médicale. Celle-ci a réclamé la mise en place d'un organe pour le contrôle de l'exercice de la profession médicale, évitant les problèmes de charlatanisme qui sévissaient durant cette période. La création de l'ordre des médecins a été proposée d'abord en 1845 puis votée par la chambre des Pairs en 1847. Pour autant, malgré la volonté manifeste de la profession médicale, l'ordre n'a pas vu le jour à la suite des multiples problèmes politiques que traversait la France à cette période. Le projet de création d'un ordre professionnel a alors été abandonné pour resurgir en 1923 avant d'être finalement adopté en première lecture en 1933 par l'Assemblée nationale. Néanmoins, une fois de plus, les élections législatives du 26 avril et 3 mai 1936 avait

[30] Verdier Jean (1735-1820) médecin et avocat au parlement auteur d'un traité de déontologie en 1762.
[31] Traité de déontologie de 1762 de Verdier Jean, qui passe en revue les règles professionnelles.
[32] Turgot Anne, Robert, Jacques, Ministre d'État, Contrôleur général des Finances.
[33] Cette loi révolutionnaire est bienvenue à l'origine car elle met fin aux dérives corporatistes de l'Ancien Régime protection des nantis, entraves à l'épanouissement professionnel des ouvriers et compagnons. Néanmoins, au XIXe siècle, par un effet pervers, elle entravera la création de syndicats. Elle sera pour cette raison abolie sous la IIIe République, le 21 mars 1884.

empêché la création de l'ordre des médecins, d'autant plus que le projet adopté précédemment en première lecture en 1933 et ne l'a pas été en deuxième lecture.

Durant cette période, seul un « *règlement intérieur* » adopté par les syndicats en 1929 s'appliquait aux seuls syndiqués. Pour toutes les professions non syndiquées, la situation présentait un risque d'anarchie. En l'absence d'organisation syndicale et au risque de se voir appliquer le régime médical bismarckien allemand, la loi de création de l'ordre des médecins a été adoptée et promulguée dans l'urgence le 7 octobre 1940 par le gouvernement Vichy. À sa création, les membres du conseil de l'ordre étaient nommés par le gouvernement[34]. La nomination des membres a été très vite remplacée en 1941 par une élection des membres du conseil par les professionnels médecins. L'élection des conseillers avait vocation à aider l'ordre et l'ensemble de la profession à se débarrasser de l'emprise gouvernementale.

En dépit de ces quelques avancées l'ordre des médecins est resté très fragile et a été à nouveau dissout après la guerre le 27 aout 1944, avant d'être provisoirement rétabli quelques mois plus tard[35]. L'ordre des médecins, tel qu'il est connu actuellement, a finalement été créé par une ordonnance du 24 septembre 1945[36] signée par Billoux, ministre de la Santé. L'ordre est chargé de « *veiller au maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine et à l'observation par tous ses membres des devoirs professionnels et des règles édictées par le code de déontologie* »[37]. Le conseil de l'ordre des médecins est un organisme privé qui assume des missions de service public, il est entièrement financé par les cotisations de ses membres. L'histoire politique de l'ordre des médecins est chargée, il a connu des périodes troubles notamment pendant la guerre. Pour autant, cette histoire ne l'a pas empêché de s'adapter aux évolutions sociétales, de se moderniser afin de répondre le plus fidèlement possible aux nouvelles questions liées aux développements scientifiques économiques et sociaux que la société traverse.

La déontologie médicale est une discipline qui s'est initialement fondée sur la mise en place d'obligations à la charge des médecins. D'origine distincte et variée, les règles déontologiques s'entendent comme des règles que la profession médicale s'impose à elle-même. Dès lors, l'origine corporative des devoirs déontologiques ne saurait être remise en question. Elles ont été formalisées la première fois par le serment d'Hippocrate qui est toujours considéré comme

[34] C'est dans ce contexte que le Professeur Leriche a été nommé président du conseil de l'ordre des médecins.
[35] Le 11 décembre 1944.
[36] Ordonnance n° 45-2184 « relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme ».
[37] *Ibid.*

le fondement de la déontologie médicale. Néanmoins, le serment d'Hippocrate ne constitue pas la seule source de la déontologie médicale.

II. LES DIFFÉRENTES SOURCES DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE, ÉLÉMENT DE SIMILARITÉ

11. La déontologie médicale et ses sources. En dehors des considérations hippocratiques, il est possible de constater que la déontologie peut résulter d'une organisation humaine formelle ou informelle. En effet, la déontologie se construit à la fois sur des « *statuts, règlements intérieurs, règlements administratifs, contrats de travail, chartes d'entreprise, règles professionnelles…* »[38]. La déontologie peut également résulter d'une loi, d'un décret, d'un arrêté voire d'une circulaire[39] qui peuvent être regroupés dans la catégorie des sources internes de la déontologie dès lors qu'elles sont nationales (1). La déontologie médicale est également saisie par les problématiques internationales de nature à influencer l'exercice de la profession (2), ce sont les sources internationales.

1) Les sources nationales de la déontologie médicale

Les sources nationales de la déontologie médicale sont à la fois internes et externes à la profession médicale.

12. Les usages professionnels sont la source « formelle » de la déontologie. Comme le soulignent MM. Moret-Bailly et Truchet « *ces usages, forgés par une pratique coutumière, n'étaient pas inscrits dans un code, ni même écrits dans un instrument juridique formel : ils étaient connus par la tradition orale, par l'enseignement donné par un maître à ses élèves ou ses stagiaires, par des ouvrages destinés aux membres de la profession, ou par les décisions disciplinaires que prenaient ses organes compétents…* »[40] L'usage caractérisé par la pratique contribue à la compréhension, au développement et à l'évolution de la déontologie médicale. De même, les « débats, rapports et colloques » organisés par les instances ordinales sont autant de sources contributives à la déontologie[41].

---

[38] Moret-Bailly J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001, p. 79.
[39] *Ibid.* p. 79.
[40] Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 87.
[41] Dr. Lucas J., « *La déontologie médicale et son environnement juridique* », 19 juin 2004, *in* Lefebvre J., « Déontologie des professions médicales et de santé », éd. LEH, 3ème édition, 2011, coll. Essentiel, p. 40.

Ces usages prennent désormais une forme écrite, se détachant d'une considération minimale quasi inexistante attachée à la forme orale qui les caractérisait jadis. Sous sa forme écrite, l'usage devient une règle professionnelle dont la valeur est plus importante et surtout consacrée par tous. C'est sous forme de règlements intérieurs que cette transition s'est opérée pour la première fois[42] pour la profession d'avocat. La profession médicale a fait de même quelques années après puisque le code de déontologie médicale dans sa version de 1947[43] et de 1955[44] précise que « *les principes déontologiques ci-après énoncés, qui sont traditionnellement*[45] *ceux de la médecine française, s'imposent à tout médecin* »[46]. La généralisation de l'écrit procède d'un mouvement d'affirmation et d'uniformisation des règles professionnelles qui ne concerne pas que le domaine médical. Le caractère uniforme des règles déontologiques est essentiel, rompant avec la variabilité des usages professionnels appliqués différemment d'un département à l'autre ou d'une région à l'autre.

De l'usage au règlement intérieur, du règlement intérieur aux codes et autres chartes de déontologies, les règles professionnelles ont su tirer profit de l'écrit pour apparaître comme de véritables règles pouvant donner lieu à des sanctions. C'est également l'occasion, par l'écrit, de permettre l'accessibilité de ces règles non plus aux seuls professionnels mais également aux tiers désireux d'en apprendre plus sur la profession concernée.
Selon MM. Moret-Bailly et Truchet, le développement de l'écrit découle également de la « *rapidité des changements dans le monde actuel* »[47]. Il apparaît un désir des professions de se doter d'une déontologie qui corresponde aux mœurs de la société actuelle. En effet, la société moderne actuelle accepte assez difficilement les retards d'adaptation d'une profession aux technologies nouvelles. Par conséquent, la déontologie médicale doit faire face et s'adapter au développement de la télémédecine[48]. Même si l'adaptation que permet l'écrit constitue un

[42] Le décret du 20 juin 1920 portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau met fin aux usages au profit des règlements intérieurs, Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, *op. cit*., p. 88.
[43] Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 de déontologie médicale application de l'ordonnance 45-2184 du 24-09-1945.
[44] Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 abroge et remplace le décret n° 47-1169 du 27-06-1947, portant code de déontologie médicale.
[45] Nous soulignons la mention qui renvoie aux usages pratiqués jusque-là.
[46] Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, *op. cit.*, p. 88.
[47] Moret-Bailly J., Truchet D., *ibid*. p. 90.
[48] La pratique de la télémédecine est régie par l'article L. 6316-1 du CSP crée 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 et son décret d'application n° 2010-129 du 19 octobre 2010. Elle a été préalablement consacrée par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie qui dans son article 32 reconnait l'acte de télémédecine comme un acte médical devant être effectué dans le respect des règles de déontologie médicale.

véritable avantage pour la déontologie médicale, celui-ci peut s'avérer un inconvénient dans certains cas. En effet, la rapidité à laquelle s'adapte la déontologie aux mœurs et évolutions modernes influe sur le processus de maturation lente de la pratique. Certaines professions[49] ont eu une évolution presque simultanément avec leur déontologie et d'autres professions[50] s'intéressent sur le bien-fondé d'en créer une. Le passage de l'oral à l'écrit des usages professionnels s'entend dès lors comme la source formelle qu'emprunte la déontologie pour s'affirmer.

Cependant, la déontologie médicale est également substantiellement influencée par d'autres sources telles que la loi et la jurisprudence. Etudier l'influence du droit commun de la responsabilité civile sur la déontologie médicale présente un intérêt.

13. Les sources législatives de la déontologie. Partant du constat que les professionnels ont un rôle primordial dans l'élaboration de leurs règles professionnelles, ces derniers vont rechercher dans leur environnement proche ou éloigné des notions susceptibles d'intéresser leur activité. La déontologie peut, par exemple procéder d'une loi. En effet, plusieurs textes législatifs traitent du domaine médical et de son exercice. Ces textes législatifs influencent la déontologie médicale d'autant plus que certains d'entre eux ont précédé la rédaction des codes de déontologie. Toutes les lois qui traitent du domaine médical ou de la santé sont de nature à influencer la déontologie médicale. À titre d'exemple, la loi du 22 avril 2005[51], les lois de 1994[52], 2004 et 2011 et la loi du 4 mars 2002[53] qui ont très fortement marqué leur influence sur la déontologie médicale.

Ces lois révolutionnaires en matière de droits et de santé ont aussi bien modifié les rapports des professionnels de santé avec les patients qu'elles ont nécessairement obligé l'adaptation du code

[49] V. par exemple la fonction de mandataire judiciaire à la protection des majeurs dont les conditions de moralité professionnelles sont énoncées par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance à l'article L. 471-4 du CASF. L'association des mandataires judiciaires a signé une charte professionnelle pour l'éthique et la déontologie de la profession en juin 2014, disponible sur le site http://www.andp.fr/images/chartemjpm-2014-06.pdf, consulté le 14 décembre 2016.

[50] À l'exemple des informaticiens qui, bien que soumis au respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ont mis en place une charte et non un code de déontologie afin de répondre aux questions éthiques quant à l'usage de l'informatique.

[51] Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie dite loi Léonetti.

[52] Le mois de juillet 1994 est marqué par la promulgation de trois lois emblématiques dites de bioéthique, successivement la loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. La dernière ayant été modifiée en 2004 par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, elle-même consolidée en 2011 par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 qui devra être examinée par le parlement sept ans après son entrée en vigueur.

[53] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

de déontologie médicale pour sa rédaction et son domaine d'application. Les règles édictées par le code de déontologie médicale ne sont plus de simples règles d'organisation professionnelle, elles sont devenues de véritables règles de droit mettant à la charge des professionnels des droits et devoirs. Si jadis la déontologie médicale était inspirée par les considérations professionnelles, influencée par la morale, les mœurs ou encore la religion, elle l'est aussi désormais par le droit par le biais des lois concernant le domaine médical et sa pratique. D'ailleurs, si le premier code de déontologie médicale en France se composait en 1947 de soixante et dix-neuf articles la version en vigueur de 1995, dont la dernière modification date de 2012[54], en compte cent douze à ce jour. Certaines formes rédactionnelles du code de déontologie pouvaient laisser perplexe, ou être mal interprétées eu égard à leur maladresse[55]. De même, la possibilité laissée à un médecin d'abandonner un malade s'il en a reçu l'ordre formel[56] interrogeait, étant contraire à l'obligation de soins et d'assistance qui s'impose à tous médecins en toutes circonstances et dont seules des considérations personnelles ou professionnelles peuvent l'en soustraire[57].
Cette influence législative sur la déontologie médicale est à n'en point douter bénéfique pour cette dernière. Le code de déontologie médicale renvoie lui-même aux dispositions législatives pour les questions relevant moins de sa compétence. C'est un rapprochement de compétences entre la loi et la déontologie médicale. Les deux règles entrent en interaction dans le but d'« *assurer une meilleure protection à l'homme affaibli par ses souffrances et sa maladie* »[58].

14. Les sources jurisprudentielles de la déontologie. La jurisprudence participe également à enrichir les règles déontologiques. Ce procédé qui n'est pas nouveau en droit peut être curieusement analysé dans le cadre de règles professionnelles. Notamment sur les questions de précision des devoirs déontologiques, la jurisprudence a joué un rôle important dans l'affirmation du devoir d'information du médecin à son patient[59]. Néanmoins, l'obligation sur

[54] Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale.
[55] Par exemple l'article 29 du code de déontologie de 1947 et 1955 « *Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec la plus grande attention, sans compter avec le temps que lui coute ce travail …* », on pourrait en déduire qu'un temps trop long passer sur un diagnostic peut entacher l'attention portée à ce dernier. La version de 1979 modifie article 36 « *Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant, dans toute la mesure du possible, des méthodes scientifiques les plus appropriées, et s'il y a lieu en s'entourant des concours les plus éclairés* ».
[56] Art. 7, « *Un médecin ne peut pas abandonner ses malades en cas de danger public sauf sur ordre formel, ct donné par écrit, des autorités qualifiées* ».
[57] Par exemple l'IVG que tout médecin peut refuser de pratiquer, ou le refus de prise en charge d'un nouveau patient pour un médecin traitant dont la surcharge professionnelle contreviendrait à la qualité des soins. Néanmoins, la clause de conscience des médecins est actuellement remise en question par le projet de loi bioéthique afin de favoriser le droit des femmes à l'accès à l'IVG. V. Pastor J.-M., « Le sénat divisé sur le projet de loi Bioéthique », *AJDA*, 2020, p. 269.
[58] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, p. 136.
[59] L'obligation d'information fera l'objet de développements ultérieurs.

laquelle il est possible d'insister est celle née du contrat médical concernant la question de l'obligation de moyens ou de résultat à la charge du médecin[60]. Cela a entrainé des modifications du code de déontologie médicale et la transformation de la relation médecin-patient.

La jurisprudence Mercier[61] a transformé la relation médicale en y consacrant le contrat. En effet, le contrat qui était une notion utilisée en droit civil a été empruntée et transposée dans le droit médical, afin de permettre d'engager, sur un terrain contractuel, la responsabilité du praticien. Pour autant, l'arrêt Mercier n'a pas précisé l'étendue du contrat médical. L'étendue du contrat médical a été débattue par la doctrine et la jurisprudence avant d'être précisée par le législateur[62].

Si le droit médical n'est pas la déontologie et que ce dernier est « *en réalité depuis longtemps en situation de concurrence…* » avec cette dernière[63], il reste tout de même que la reconnaissance de la relation contractuelle entre le médecin et le patient est aujourd'hui indispensable pour la déontologie médicale[64] puisqu'elle permet d'apprécier juridiquement les rapports entre le médecin et son patient. L'arrêt Mercier en consacrant la nature contractuelle de la relation médicale avait également rappelé que l'obligation médicale n'était que de moyens[65].

La responsabilité contractuelle du médecin a été abandonnée en 2002[66] par le législateur au profit d'une responsabilité légale fondée sur la faute. En effet, le législateur pose un régime de responsabilité civile professionnel unique qui va au-delà de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité civile ou de la responsabilité civile ou administrative du

---

[60] La doctrine s'est saisit de cette question voir par exemple, Hocquet-Berg S., « obligation de moyens ou obligation de résultat ? A propos de la responsabilité civile du médecin », th., 1995, Jourdain P., « Infection nosocomiales : le médecin et l'établissement de santé sont tenus d'une obligation de sécurité de résultat », *RTD civ*., 1999, p. 841, Mémeteau G., Harichaux M., « *Obligation de sécurité. Résultat. Chute du patient hospitalisé* », *RDSS*, 1999, p. 564.

[61] « *Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat…* », arrêt Mercier, Cass. civ., 20 mai 1936, *op. cit.*

[62] Certains auteurs ont mis en évidence la spécificité du contrat médical, ce dernier est de plus en plus préétabli par le législateur puisque les parties se voient imposer des droits et des obligations qui résultent des dispositions du code de la santé publique et qui ne sont pas véritablement l'objet de négociation entre les parties. V. Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., Droit de la santé, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p. 435 sv.

[63] Mémeteau G., « *Droit médical et déontologie : suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement* » *in* Mélanges J.-M. Auby, p. 747et sv.

[64] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, p. 140.

[65] La distinction entre l'obligation de moyen et l'obligation de résultat a été initiée par René Demogue dans son « Traité des obligations en général » dans lequel il propose une classification des obligations contractuelles par leur objet et démontre que les responsabilités délictuelles et contractuelles reposent sur l'existence d'une faute devant être prouvée soit en établissant une négligence ou une imprudence soit que la faute découle de l'absence de résultat.

[66] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

médecin[67]. L'article L. 1142-1 du code de la santé publique dispose que « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé (...) ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soin qu'en cas de faute* ». Le régime de la responsabilité légale du médecin est également consacré par la jurisprudence qui, au visa de l'article 1382[68] ancien du code civil, oblige un médecin à réparer les conséquences fautives nées de l'inexécution de son obligation d'information du patient[69]. Sur le plan déontologique, la responsabilité légale ne change rien *a priori*, même s'il est possible de constater que la consécration législative de certains droits du patient a favorisé leur sanction effective par le juge disciplinaire[70].

Toutefois, le fondement légal de la responsabilité du médecin l'oblige de « *tout mettre en œuvre* » pour le bien-être de son patient, c'est-à-dire dans le but ultime de le guérir, sans garanties d'y parvenir. Dans ces cas, le médecin ne s'engage pas, auprès de son patient, à obtenir un certain résultat déterminé à l'avance des soins[71]. Il faut signaler que la responsabilité civile d'un médecin ne peut être engagée pour le cas particulier des infections nosocomiales[72] ni pour la réparation des dommages nés d'un aléa médical[73], ce dernier étant pris en charge au titre de la solidarité nationale[74].

Les évolutions jurisprudentielles consacrées par le législateur correspondent à l'effort de ce dernier de mettre en place de grandes règles simples susceptibles de concerner l'ensemble des problèmes juridiques inhérents au corps humain[75]. La responsabilité disciplinaire du médecin dépend également de la qualification donnée à l'obligation transgressée, laquelle ne peut être

---

[67] Bert D., « Feu l'arrêt Mercier ! », *D.*, 2010, p. 1801.

[68] Devenu 1240 du code civil.

[69] Cass. civ. 1re, 3 juin 2010 n° 09-13.591, note Sargos P., le haut magistrat rappelle que « *le manquement à l'obligation de recueillir le consentement éclairé du patient, qui repose sur le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, dépasse la sphère contractuelle et ne peut être réparé que sur la base de l'article 1382 du code civil* ». V. *AJDA* 2010, p. 2169, note Lantero C. ; *RCA*. 2010, comm. 222, obs. Hocquet-Berg S.; *D.*, 2010, p. 1522, obs. Gallmeister I, note Sargos P.; *D.*, 2010, p. 1801, point de vue Bert D.; *D.*, 2010, p. 2092, chron. Auroy N. et Creton C.; *D.*, 2011, p. 35, obs. Brun P. et Gout O.; *D.*, 2011, p. 2565, obs. Laude A.; *RDSS*, 2010, p. 898, note Arhab-Girardin F.; *RTD civ*. 2010, p. 571, obs. Jourdain P.

[70] *Infra* n° 140 sv.

[71] Toutefois, il est possible de signaler certaines décisions qui avaient engagé la responsabilité du praticien pour violation d'une obligation contractuelle notamment en matière de stérilisation et d'asepsie ou en matière de fournitures médicales avant le fondement légal de la responsabilité civile médicale. V. CA Paris 12 janvier 1989, CA Paris 29 septembre 2000 ; Cass. civ. 1re, 22 novembre 1994 n° 92-16.423 ; Cass. civ. 1re du 9 novembre 1999, n° 98-18.010, Bull. 1999 I n° 300 p. 195.

[72] Art. L. 1142-1 CSP. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

[73] Cass. civ. 1re 8 novembre 2000 n° 99-11.735, l'aléa médical échappe à la maîtrise du médecin, il ne peut en être tenu pour responsable.

[74] Art. L. 1142-1 II CSP.

[75] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, *op. cit.,* p. 321.

de résultat[76]. En effet, le code de déontologie médicale prévoit au terme des articles 32 et 40 que le médecin « *s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science* », et « *doit s'interdire, dans les investigations et intervenions qu'il pratique comme des thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir un risque injustifié au malade* ». Après avoir constaté que les règles déontologiques étaient influencées par des sources internes, le constat est à faire qu'elles peuvent également se fonder sur des sources internationales.

2) Les sources internationales de la déontologie médicale

15. Influences internationales de la déontologie médicale. La déontologie médicale n'est que sectorielle, elle est prédéfinie par une et pour le compte d'une profession. Celle-ci ne saurait admettre l'influence de sources extérieures sans lien direct avec la profession. Pourtant, la déontologie médicale « moderne », en quête de perfectionnement et de reconnaissance, se laisse influencer par des dispositions internationales. Si les sources internationales se retrouvent dans la déontologie médicale, c'est au moyen de grands principes qu'elle entend aussi défendre et faire assurer le respect. Il en va ainsi des textes internationaux reconnaissant les droits de l'homme et le respect de sa dignité. Le principal exemple est celui de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[77] (CEDH) et subsidiairement ceux du code de Nuremberg et de la déclaration d'Helsinki.

16. Les sources conventionnelles de la déontologie médicale. La CEDH est régulièrement visée dans le cadre de la régulation et le contrôle de la pratique médicale[78], plus précisément sur les questions d'éthique médicale. En effet, la Convention fait référence dans sa section 1 au « *droit à la vie* », à l'« *interdiction de la torture et des traitements inhumains* », au « *droit au respect de la vie privée et familiale », ou encore à l'« interdiction des discriminations* »[79]. Ces principes sont aussi consacrés par la déontologie médicale. C'est le cas de l'article 2 du code de déontologie médicale qui dispose que « *le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la*

[76] CA Orléans 4 janvier 2016 n° 14/02882.
[77] La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée par le conseil de l'Europe le 4 novembre 1950.
[78] Byk C. « *Les progrès de la médecine et de la biologie au regard de la convention européenne des droits de l'homme* » *in* Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, *op. cit*. p. 153.
[79] Successivement les articles 2, 3, 8 et 14 de la CEDH.

personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort ». Cet article représente de façon condensée l'essentiel de l'éthique médicale faisant ressortir les obligations morales du médecin[80].

17. Les influences nées après le procès Nuremberg. Le code de Nuremberg a été adopté à la suite du procès de Nuremberg[81]. Il se constitue de dix critères qui énoncent les conditions dans lesquelles doivent se dérouler les expériences médicales sur l'être humain pour être considérées comme « *acceptables* »[82]. Ce code, à portée internationale, a été le premier du genre. Il a notamment permis de consacrer les réflexions antérieures sur les questions éthiques, déontologiques et juridiques que soulevait l'expérimentation humaine. Le tribunal de Nuremberg « *soulignait la nécessité d'affirmer la dignité de la personne humaine et d'interdire qu'elle soit traitée comme un objet* »[83]. Se trouvent également dans ledit code, des principes essentiels, tels que le consentement volontaire du sujet à l'expérimentation, le droit pour le sujet de se retirer à tout moment de l'expérience ou de se voir retiré de l'expérimentation. S'y ajoute, l'interdiction de souffrances inutiles pour le sujet : l'expérimentation doit avoir un intérêt positif sur la société et doit pouvoir se justifier[84].

Ces principes énoncés par le code de Nuremberg se retrouvent également consacrés par la déontologie médicale française. C'est notamment le cas des articles 36 et 40 du code de déontologie médicale qui énoncent le droit au consentement du patient dans tous les cas et l'interdiction de lui faire courir un risque injustifié. Cette consécration par la déontologie médicale traduit l'influence que les textes internationaux peuvent avoir sur elle. L'influence sera plus ou moins marquée sur la déontologie dès lors que les questions abordées ont trait à la protection et au respect de l'individu et de son humanité.

18. L'influence de la déclaration d'Helsinki. Cette influence des textes internationaux passe par une volonté d'harmonisation des déontologies médicales mondiales. C'est le cas de l'Association médicale mondiale[85] dont le rôle est de « *servir l'humanité en*

---

[80] Commentaire de l'ordre des médecins concernant l'article 2 CDM.

[81] Le jugement des médecins de Nuremberg a été intenté par les puissances alliées contre 20 médecins (les 3 autres étant des fonctionnaires) nazis accusés ente autres de crimes contre l'humanité. Il a été tenu par un tribunal militaire américain le 9 décembre 1946 quelque temps après le jugement Nuremberg des responsables du troisième Reich tenu entre le 20 novembre 1945 et le 1er octobre 1946, considéré comme la première juridiction pénale internationale.

[82] Le terme est emprunté à la section « Expériences acceptables » issue du jugement Nuremberg.

[83] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, *op. cit.* p. 150.

[84] Successivement les articles 1, 9,10, 4, 2 et 3 du code de Nuremberg.

[85] Crée le 18 septembre 1947, depuis 2007 elle regroupe 102 associations médicales dans le monde.

tentant d'atteindre les plus hautes normes internationales en matière d'enseignement de la médecine, de science médicale, d'art médical, d'éthique médicale et de soins de santé pour tous »[86]. Dans l'exercice de ses missions, l'association s'est depuis dotée de nombreux textes. Le plus important étant la déclaration d'Helsinki[87], sur laquelle il convient d'insister. C'est une déclaration regroupant un ensemble de principes éthiques sous forme de recommandations pour les médecins et autres professionnels de santé participants aux recherches médicales. La déclaration fait référence à des principes tels que le respect de la dignité et l'intimité de la personne, l'information des volontaires au projet de recherche ou encore le consentement éclairé et écrit aux actes de recherche considérés comme des principes fondamentaux, applicables à toutes formes de recherche.

Même si la déclaration d'Helsinki n'a qu'un « *caractère doctrinal* »[88], sa valeur symbolique a fortement marqué le droit français de la recherche biomédicale et par la même occasion la déontologie médicale. En effet, en 1988 est adoptée en France la loi dite Huriet[89] qui a été la première à fixer un cadre légal à la recherche biomédicale. Cette loi a mis en place une véritable protection obligatoire pour les personnes se prêtant à des recherches cliniques. Elle a repris les principes de la déclaration d'Helsinki notamment le devoir d'information, l'obligation de recueillir le consentement éclairé et met en place une obligation d'assurance visant à couvrir les risques liés à la recherche. Ces notions ont également imprégné la déontologie médicale qui les consacre[90].

19. Les sources issues du droit européen. La déontologie médicale est aussi soumise à la conformité au droit de l'Union Européenne. Cette obligation de respecter le droit de l'Union est une source d'inspiration et d'évolution de la déontologie médicale. En effet, « *les règles françaises de déontologie ne doivent pas contredire les principes et les règles du droit de l'Union* »[91]. Même s'il est reconnu que le droit de l'Union Européenne aura une influence plus marquée, plus importante sur les questions concernant la libre circulation des biens, des

[86] Art. 2 des statuts de ladite association.
[87] Adoptée en juin 1964 à Helsinki. Par ailleurs, il faut noter que l'adoption du serment de Genève en septembre 1948 reprend l'esprit du serment d'Hippocrate de l'époque contemporaine. Ce serment constitue le code international d'éthique médicale.
[88] Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, *op. cit*. p. 155.
[89] Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales qui a été modifiée plusieurs fois notamment par la loi n° 94-630 du 25 juillet 1994 modifiant le livre II bis du code de la santé publique relatif à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Loi dite loi Huriet ; la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (1).
[90] Les obligations d'information et de consentement libre et éclairé du patient sont consacrées aux articles 35 et 36 CDM.
[91] Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, *op. cit*. p. 110.

services et des travailleurs entre les pays membres. L'exercice libéral de la médecine est concerné, notamment sur les questions de la reconnaissance des diplômes étrangers entre « *ressortissants communautaires* »[92].

L'obtention d'un diplôme étranger ne doit pas être un obstacle à l'exercice de la médecine en France. La Cour de justice des communautés européennes a eu l'occasion de le rappeler par un arrêt du 30 avril 1986[93]. Se déduit de cet arrêt, le fait que la déontologie médicale ne saurait prévoir des dispositions qui ne respecteraient pas les règles de l'Union Européenne.

L'article 55 de la Constitution énonce clairement que « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* (…) »

La CEDH fait partie intégrante du droit positif français. Ces textes ont une influence pour la déontologie médicale dès lors qu'ils traitent d'une question relevant de l'exercice de la médecine et de la santé ; plus précisément des questions d'éthique et de biomédecine de nature attentatoire à la dignité de la personne humaine.

Confortée par son origine et ses différentes sources, la déontologie s'est enrichie au point de concurrencer les règles du droit commun de la responsabilité civile[94].

III. LA RESPONSABILITÉ CIVILE INFLUENCÉE PAR LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

a- Définition des termes

[92] Conformément à la directive 2013/55/UE du 4 janvier 2014 modifiant la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

[93] CJCE 30 avril 1986, Aff. 96/86 concernant la liberté d'établissement, l'accès à la profession de médecin et de praticien de l'art dentaire, voir sur les mêmes questions CJCE 9 septembre 2003, Aff. C-28/01, CJCE 12 décembre 1990, Aff. C-263/88, CJCE 3 octobre 1990, Aff. C-61/89. « *Les ressortissants d'un état membre qui exercent leurs activités dans un autre état membres y sont tenus au respect des règles qui régissent, dans cet état membres, l'exercice de la profession en cause. Lorsqu'il s'agit des professions de médecin et de praticien de l'art dentaire, ces règles sont notamment inspirées par le souci d'assurer une protection aussi efficace que possible de la santé des personnes. Toutefois, dans la mesure où ces règles ont pour effet de restreindre la libre circulation des travailleurs, le droit d'établissement et la libre prestation des services à l'intérieur de la communauté, elles ne sont compatibles avec le traité que si les restrictions qu'elles comportent trouvent effectivement leur justification dans les obligations générales qui sont inhérentes à l'exercice des professions en cause et s'imposent tant aux nationaux qu'aux étrangers. Tel n'est pas le cas lorsque ces restrictions sont susceptibles de créer des discriminations à l'encontre des praticiens établis dans d'autres états membres ou des obstacles à l'accès à la profession qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés* ».

[94] À ce propos M. Terré expliquait que « *toutes les normes qui gouvernent la vie des hommes en société, dans une société globale donnée, ne sont pas toutes des règles de droit* ». Terré F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5e éd., Paris, 2000, n° 24, p. 27.

20. **Influencer** est le fait d'agir sur quelqu'un ou quelque chose en suscitant des modifications d'ordre matériel ou physique[95]. Dans le sujet, il s'agira de la déontologie qui exerce sur la responsabilité civile une influence modifiant la matérialité de la décision judiciaire.

21. **Le devoir ou l'obligation.** Le devoir est entendu comme une obligation morale générale qui correspond à ce qui doit être fait[96] : il y a dans la définition du devoir un rapport particulier à la morale. Pourtant l'obligation a également un rapport avec la morale. L'obligation n'est que l'envers théorique du droit d'autrui à exiger une prestation[97]. Elle est une contrainte imposée par la loi, la morale ou les circonstances[98]. Elle est, en droit, un lien juridique qui naît en vertu d'une loi ou d'un engagement contractuel. L'obligation peut se distinguer du devoir par l'existence d'un créancier et d'un débiteur mais également par leur source différente. L'obligation découle de la seule autorité législative ou de la manifestation du débiteur. L'obligation permettrait de distinguer les devoirs extra-légaux et extra-juridiques. Néanmoins, la distinction entre devoir et obligation est ténue. L'obligation et le devoir se rejoignent par leur objet. Une personne peut être tenue en vertu d'une obligation ou d'un devoir d'accomplir une prestation. C'est également le constat pour la distinction entre devoir et règles. Alors que le devoir renvoie à ce que l'individu est censé faire, la règle s'apparente au juridique. La règle renvoie à une prescription qui s'impose dans un certain cas, elle peut également être considérée comme un ensemble de principes qui dirigent l'exercice d'une discipline.
Dans la présente étude, ces termes seront utilisés de façon indifférenciée, le devoir, l'obligation ou la règle, car la distinction n'est pas catégorielle et le risque de confusion est sans réelle incidence sur la compréhension du sujet. Simplement, l'emploi du devoir fait davantage référence à une contrainte purement professionnelle. En revanche, l'emploi de l'obligation ou de la règle déontologique permet de marquer la dimension juridique du devoir professionnel.

b- L'intérêt du sujet

22. **Intérêts.** Le droit commun de la responsabilité civile est dans la tourmente. Il doit faire face à certaines critiques du déclin de la faute délictuelle[99], de sa transformation en

[95] Centre national des ressources textuelles et lexicales.
[96] Le Robert illustré 2016.
[97] Virally M., « *La pensée juridique* », LGDJ, 1998, p. 66 et sv.
[98] Le petit Larousse illustré 2016.
[99] À ce propos V. Viney G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, t. 53, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1965.

un droit marchand[100] et à celles de la dégradation de ses sources[101]. L'intégration lente et progressive des règles de déontologie dans le raisonnement judiciaire a eu pour effet de rompre avec la position traditionnelle qui était de les ignorer[102]. En effet, la jurisprudence civile a démontré un rapprochement entre les règles du droit commun de la responsabilité civile et les règles de déontologie médicale. Ce rapprochement est sans équivoque lorsque le juge civil trouve dans la violation d'une règle déontologique un moyen d'engager la responsabilité du praticien. En revanche, il est équivoque lorsque le juge se contente de nommer les règles déontologiques sans toutefois les prendre en compte.

Dans les deux cas, la prise en compte des règles déontologiques par la responsabilité civile n'est pas sans incidence sur ces règles. Comme le souligne M. Lascombe, « *pour la première fois, la déontologie est portée à la hauteur d'une source de droits et de devoirs applicable par un juge même non professionnel, donnant ainsi à son contenu une valeur juridique nouvelle* »[103]. En devenant des sources de droit, les règles déontologiques sont propulsées en dehors de leur sphère professionnelle initiale. Cette situation confirme par ailleurs la thèse selon laquelle le droit devient de plus en plus flexible, « *que l'on n'a pas a priori affaire, sur un territoire donné, a un seul droit qui serait l'étatique, mais à une pluralité de droits qui seraient concurrents, étatiques, infra-étatiques, supra-étatique* »[104], obligeant par conséquent au droit étatique de subir la concurrence d'autres droits distincts. La déontologie se trouverait à un niveau infra-étatique lui permettant de s'immiscer de façon considérable sur la responsabilité civile médicale.

Parmi les catégories des déontologies, la déontologie médicale est spécifique et mérite par conséquent d'être isolée. En effet, la médecine est une matière universelle qui concerne tout le monde dans la mesure où tout le monde est patient, par conséquent des potentielles victimes de dommages médicaux, tout le monde est concerné par la mise en œuvre et le respect des règles de déontologie médicale. En revanche, en raison du fait que le médecin libéral engage sa responsabilité personnelle en cas de dommage, il est le sujet principal de l'étude. Par conséquent, la responsabilité administrative des praticiens hospitaliers et la responsabilité civile

---

[100] Dugué M., *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, th., 2015, p. 3.
[101] 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.
[102] Selon M. Penneau il s'agit d'une « prise en compte » des règles de déontologie médicale comme de véritables règles de droit applicables par les juridictions judiciaires et administratives, Penneau J., *La responsabilité du médecin*, éd. Dalloz, 3e édition, 2004, coll. Connaissance du droit.
[103] Lascombe M., *« Les ordres professionnels* », *AJDA*, 1994, p. 885.
[104] Carbonnier J., *Flexible droit*, LGDJ., Paris, 10e éd., 2001, p. 19.

des praticiens salariés est exclue car elle dépend de leurs employeurs[105] et des établissements de santé[106]. Si ces médecins peuvent voir leur responsabilité disciplinaire engagée, leur responsabilité civile est exclue, sauf faute détachable ou en cas d'excès de la mission, les rapports entre elles sont limités[107].

23. Contextualisation. L'étude de l'influence de la déontologie médicale sur la responsabilité civile est principalement axée sur les rapports entre les deux fautes, au détriment des autres conditions de la responsabilité civile[108]. La faute est isolée volontairement, en raison du fait qu'elle constitue l'élément déterminant permettant d'apprécier l'influence des règles déontologiques sur la responsabilité civile. À ce propos, M. Terrier considère que la règle de déontologie offre par « *la détermination de l'élément fautif dans le comportement du médecin, une influence déterminante sur le droit commun* »[109]. Elle est à la fois une condition de la responsabilité civile[110] et de la sanction disciplinaire. La nature et la variété de fautes existantes ont encouragé les juges à prendre en compte d'autres règles pour la qualifier. Toutefois, les deux fautes se distinguent-elles réellement ? Peuvent-elles être appréhendées de la même manière, ou au contraire, les distinguer est une priorité ? À l'évidence, les fautes civile et déontologique se distinguent fondamentalement, car elles évoluent dans des sphères différentes. Néanmoins, la notion de faute est commune à tous les individus[111], il est possible de l'appréhender de façon générale de manière à faire abstraction de leur domaine d'expression respectifs.

c- Les interrogations du sujet

24. La règle déontologique détournée. La prise en compte des règles déontologiques dans la jurisprudence civile met en évidence un phénomène de détournement de la finalité originelle de ces dernières. Il est admis qu'une règle déontologique puisse servir à la qualification d'une faute civile et entrainer des conséquences sur la responsabilité du

---

[105] Art. 1242 C. civ.
[106] Art. 1142-1 CSP.
[107] Le CE a jugé irrecevable la plainte d'un particulier portant sur des actes accomplis par un praticien en tant que chef de service hospitalier : CE 4e et 5e sous-sections réunies, 31 mars 2014, n° 358821, *Lebon*.
[108] Le lien de causalité et le dommage sont abordés sommairement dans leur rapport avec les règles de déontologie médicale.
[109] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, coll. Thèses, p. 373.
[110] Le législateur l'a réaffirmé à l'article L.1142-1 CSP issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[111] Carbonnier J., *Droit civil*, Tome IV, *Les obligations*, 22e éd., coll. Thémis droit privé, 2000, n° 220.

médecin. Pourtant, une telle utilisation de la règle déontologique ne correspond, en principe, pas à la finalité professionnelle de cette dernière. En effet, il est constamment rappelé par la jurisprudence que la règle déontologique n'a vocation à s'appliquer que dans le cadre de la profession et de servir le contentieux disciplinaire. Son intrusion dans le droit commun de la responsabilité civile suscite des interrogations. Cependant, et c'est le cœur de l'étude, la règle déontologique présente, *a minima*, les caractéristiques d'une véritable règle régissant des comportements humains que le droit étatique ne peut plus ignorer.

d- Démarche du sujet

25. Objectifs. Même si la discipline intéresse la doctrine, la déontologie médicale est régulièrement abordée par négation au droit commun de la responsabilité civile. En effet, lorsque la faute déontologique a été considérée comme une faute civile, nombreux sont les auteurs qui ont alerté sur les conséquences d'une telle confusion[112]. La déontologie étant fondamentalement considérée comme une règle professionnelle, elle ne correspond pas aux exigences des règles du droit commun de la responsabilité civile.
Cependant, toutes les déontologies ne se valent pas. Certaines bénéficient d'un statut plus important que d'autres facilitant ainsi leur prise en compte par le juge judiciaire. C'est la thèse qui a été défendue par M. Moret-Bailly lorsqu'il a mis en évidence le statut étatique et extra-étatique des déontologies[113]. En effet, l'auteur explique que certaines déontologies bénéficient d'un statut juridique plus contraignant car elles sont édictées par décret en Conseil d'État, contrairement et d'autres qui subissent un contrôle étatique moins important. S'appuyant sur cette théorie, la déontologie médicale est au nombre de celles qui ont un statut et une valeur juridique plus contraignants. Par conséquent, l'impérativité des règles de déontologie médicale se fait ressentir au-delà de la sphère professionnelle, étant davantage susceptibles d'avoir une influence sur la responsabilité d'un praticien.

C'est à travers une analyse minutieuse de la jurisprudence civile et disciplinaire que les contours de l'étude se dessinent. L'approche matérielle et théorique de la déontologie médicale est intéressante. En effet, elle révèle une certaine proximité entre les règles de déontologie et celles du droit commun de la responsabilité civile. Par ailleurs, elle souligne la nécessité pour la

[112] Brigant J.-M., « *Faute civile et faute déontologique : l'autonomie c'est maintenant !* », note sous Com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, La Semaine Juridique Entreprise et Affaire, n° 49, 2013, p. 1676.
[113] Pour une étude complète de la question, Moret-Bailly J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001.

responsabilité civile médicale, de prendre en compte, les règles de déontologie, dans la mesure où ces règles permettent de sanctionner des comportements déviants attentatoires à l'intégrité physique de chacun.

L'objectif de l'étude est de rapprocher deux règles, plus précisément deux fautes, qui s'ignorent, en mettant en avant ce qu'elles ont en commun, sans toutefois conduire au déclin de chacune d'elles. Par conséquent, il convient dans un premier temps d'apprécier les rapports entre la déontologie médicale et la responsabilité civile (**partie I**) pour ensuite clarifier ces rapports en mettant en lumière un intérêt communément partagé (**partie II**).

PARTIE I. L'appréciation des rapports entre la déontologie médicale et la responsabilité : l'influence cachée de la déontologie sur la responsabilité civile.

PARTIE II. La clarification des rapports entre la déontologie médicale et la responsabilité : l'influence assumée de la déontologie sur la responsabilité civile.

PARTIE I. L'APPRÉCIATION DES RAPPORTS ENTRE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE ET LA RESPONSABILITÉ : L'INFLUENCE CACHÉE DE LA DÉONTOLOGIE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE

26. Les rapports entre la responsabilité civile et la déontologie médicale. La question des rapports entre la déontologie médicale et la responsabilité civile est débattue depuis quelques années dans la doctrine juridique. L'origine corporative et la finalité professionnelle ont freiné la progression de la déontologie en tant que règle laissant penser qu'il s'agit exclusivement d'une règle non juridique qui se détache fondamentalement des règles du droit commun de la responsabilité civile. Or, l'évolution des règles de déontologie permet de remettre en cause certaines positions doctrinales. En effet, toujours considérée comme une morale professionnelle[114], la déontologie médicale intègre progressivement le raisonnement juridique.

Mise au grand jour par le philosophe Jeremy Bentham, la déontologie est communément considérée comme un ensemble de règles et de devoirs régissant une profession et la conduite de ceux qui l'exercent[115]. Elle a progressivement acquis une place dans l'ordonnancement juridique qu'elle ne détenait pas à l'origine. Sa transformation ne s'est pas faite par hasard. Son développement continu lui a permis de s'immiscer dans le raisonnement judiciaire.

Si la déontologie a une influence sur l'ensemble du droit commun de la responsabilité civile, elle l'exerce particulièrement en matière de responsabilité civile médicale, encore faudrait-il que leurs rapports soient clairement appréciés. L'une de droit commun et l'autre professionnelle, les deux règles ne poursuivent pas la même finalité. Il convient de mettre en évidence les rapports d'autonomie entre la déontologie médicale et le droit commun de la responsabilité civile (**titre I**), avant de souligner paradoxalement l'ambiguïté des rapports qui existe entre elles (**titre II**).

TITRE I. Les rapports d'autonomie entre la déontologie médicale et la responsabilité civile.

TITRE II. L'ambiguïté des rapports entre la déontologie et la responsabilité civile.

---

[114] V. *infra* n° 33 sv.

[115] Définition du *Le Petit Larousse illustré 2016*, Paris, Larousse, 2016.

TITRE I. LES RAPPORTS D'AUTONOMIE ENTRE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE

27. L'autonomie, point de départ de l'analyse. L'autonomie est désignée comme la capacité de se gouverner soi-même, selon ses propres règles. Dans le cas de la déontologie médicale, il s'agit d'un ensemble de règles autonomes car elles ont la capacité de se distinguer des règles du droit commun de la responsabilité civile. La règle déontologique médicale a fondamentalement une finalité professionnelle. En effet, d'origine corporative, elle a été mise en place dans l'objectif d'organiser la profession concernée. Les premières règles ont été motivées par et pour la profession. Ce postulat n'est pas, en principe, l'objet de débat. En revanche, ce qui fait débat c'est certainement une utilisation nouvelle de cet ensemble de règles et devoirs à des fins autres que professionnelles. En effet, si la finalité des règles de déontologie est l'organisation de la profession médicale, leur utilisation en dehors de ce cadre est susceptible d'entraîner des problèmes dès lors que la règle peut s'avérer inadaptée.

Pour en parler, il convient d'aborder dans un premier chapitre que le premier objectif de la déontologie est celui de l'organisation de la profession médicale, c'est pour cette raison que la déontologie médicale bénéficie d'une autonomie statutaire (**chapitre 1**). Les règles et devoirs déontologiques ont montré leur intérêt et leur nécessité pour la responsabilité disciplinaire. Elles connaissent un premier intérêt par leur proximité et leur attachement à la profession et sont perçues légitimement par les médecins exerçant la profession. Le manquement aux règles et devoirs professionnels imposés par la déontologie est attaché de sanctions disciplinaires. Il s'agit d'une conséquence classique en cas de violation des règles professionnelles. Pour que les règles de déontologie puissent faire autorité auprès des professionnels, elles bénéficient également d'une autonomie substantielle qui se distingue des règles du droit commun de la responsabilité civile (**chapitre 2**).

Chapitre 1. L'autonomie statutaire de la déontologie par rapport à la responsabilité civile.

Chapitre 2. L'autonomie substantielle de la déontologie par rapport à la responsabilité civile.

CHAPITRE 1. L'AUTONOMIE STATUTAIRE DE LA DÉONTOLOGIE PAR RAPPORT À LA RESPONSABILITÉ CIVILE

28. L'autonomie statutaire. L'autonomie est composée du grec *autos* qui signifie soi-même et de *nomos* qui désigne une loi ou une règle. Selon le dictionnaire Larousse, l'autonomie désigne la situation d'un organisme doté de pouvoirs et d'institutions lui permettant de gérer les affaires qui lui sont propres sans interférence du pouvoir central. Dans le cadre de la déontologie médicale, c'est le CNOM qui représente cette organisation, la règle déontologique est en conséquence autonome aux règles du droit commun de la responsabilité civile qui représentent celles du pouvoir central.

L'autonomie statutaire de la déontologie médicale renvoie essentiellement à la distinction faite entre ces règles professionnelles et les règles du droit commun. En effet, seules les règles du droit commun ont vocation à s'appliquer en matière de responsabilité civile médicale, contrairement aux règles de déontologie médicales qui régissent la responsabilité disciplinaire des praticiens de santé.

Le statut formel de la déontologie médicale permet d'une part, de renforcer son autorité auprès des professionnels de santé et d'autre part, de se distinguer des règles du droit commun. Initialement transmis sous forme d'usage, puis matérialisé par le serment d'Hippocrate avant d'être codifié, le statut formel de la déontologie médicale (**section 1**) a permis d'organiser une véritable autodiscipline permettant de sanctionner tous les manquements au code de déontologie médicale (**section 2**).

SECTION 1. LE STATUT FORMEL DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

29. Matérialisation des règles professionnelles non écrites. Formaliser signifie mettre en forme, donner une forme précise à quelque chose. Dans le cas de la déontologie médicale, formaliser revient à donner une forme codifiée à un ensemble d'usages qui se transmettaient par des pratiques médicales. En dépit de son caractère moral et de sa volonté organisatrice de la profession, la déontologie ne saurait exister en l'absence d'un groupe professionnel. En effet, la déontologie s'applique en principe pour une profession organisée et réunie dans une même institution. Les règles déontologiques ont deux objectifs simultanés. D'une part, elles favorisent et encouragent l'harmonie entre l'ensemble des membres d'une

même profession et d'autre part, elles organisent la coordination des actions de l'ensemble du groupe conformément aux objectifs de la profession. Cette coordination nécessite que les devoirs déontologiques soient rassemblés et formalisés dans un code (I). L'atout indispensable de la gestion du groupe est-il la réalisation d'un code de déontologie applicable à tous et dont les manquements sont sanctionnés par une instance interne à la profession. Cependant, toutes les règles déontologiques n'ont pas la même valeur. En dépit du fait qu'elles se retrouvent dans un même code, certaines bénéficient d'un statut juridique plus important, dès lors qu'elles ont obtenu une valeur constitutionnelle (II).

I. LA CODIFICATION DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

30. Précisions. Le code de déontologie médicale règlemente la profession depuis 1941[116]. Le code en vigueur à ce jour date de 1947[117] même s'il a été l'objet de plusieurs modifications par la suite[118].

31. Le code de déontologie fixe les devoirs moraux de l'ensemble des membres de la profession en précisant les objectifs de la doctrine hippocratique. Il est important de préciser que la participation de certains membres de la corporation à la rédaction des devoirs ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble du groupe est de nature à favoriser leur soumission auxdits devoirs. Le sentiment d'appartenance corporatif est un élément important pour l'exercice de l'autorité corporative notamment du pouvoir décisionnel et disciplinaire. La proximité des membres de la corporation participe à la co-production de la règle à laquelle ils adhèrent librement. Il y a en effet une proximité entre les médecins rédacteurs et décideurs du code et les médecins membres tiers de la corporation. Cette proximité semble admise dans la mesure où ils (les médecins) défendent tous l'appartenance à l'organisation corporative.
La mise en place du code de déontologie médicale a été ponctuée par de nombreuses controverses étroitement liées à la création de l'ordre des médecins[119]. Pour autant, son origine n'en est pas moins dénuée d'intérêt. Le code de déontologie médicale est le plus ancien et le

[116] Le premier code de déontologie voit le jour sous le régime de Vichy.
[117] Le décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale.
[118] La dernière date du décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale.
[119] La création de l'ordre des médecins est aussi ponctuée par des crises à la fois politiques et identitaires qui fera l'objet d'une étude à la section 2. Même si nous considérons que la rédaction du code de déontologie est inhérente à la création de l'ordre, nous avons choisi d'en faire une étude distincte.

plus complet à ce jour. Il est également considéré comme un code administratif puisqu'il règlemente précisément tous les aspects pratiques de la profession.

Pour ce faire, le code de déontologie est divisé en cinq grands titres. Le premier concerne les devoirs généraux des médecins, le deuxième les devoirs envers les patients, le troisième les rapports des médecins entre eux et avec les membres des autres professions de santé, le quatrième concerne les modalités d'exercice de la profession, selon qu'elle soit libérale ou salariée, de contrôle ou d'expertise, enfin les dispositions diverses[120].

Si la séparation entre ces différents thèmes n'est pas étanche, il y a entre eux un mélange des genres. C'est ainsi que certaines obligations propres aux devoirs généraux du médecin, telles que le secret professionnel, le respect des principes de moralité de probité et de dévouement, font également échos aux devoirs des médecins envers les patients. De même, certaines règles concernant les rapports des médecins entre eux, à l'exemple de l'obligation de faire appel à un consultant ou un spécialiste[121], prennent en considération l'intérêt du patient[122]. Pour analyser les règles de déontologie médicale, il convient de retracer les prémices de la codification en abordant le célèbre serment d'Hippocrate (A) et l'évolution des codes de déontologie médicale (B).

A. LE SERMENT D'HIPPOCRATE : PRÉMICES DE LA CODIFICATION

32. Du serment d'Hippocrate au serment médical[123]. Les modifications qu'a connu le serment d'Hippocrate ont permis de le moderniser et de favoriser l'évolution de la relation médecin-patient. A l'inverse il est possible que les évolutions des mœurs et les avancées scientifiques, aussi bien les sciences « dures » ou « pures » que les sciences sociales ou humaines, aient favorisé, elles aussi, l'évolution du serment d'Hippocrate.

Le serment médical en est l'illustration parfaite puisque que la transformation n'est pas uniquement rédactionnelle mais elle concerne également la valeur du serment. Le serment

---

[120] V. *infra* n° 43.

[121] Art. 60 CDM « *Le médecin doit proposer la consultation d'un confrère dès que les circonstances l'exigent ou accepter celle qui est demandée par le malade ou son entourage. Il doit respecter le choix du malade et, sauf objection sérieuse, l'adresser ou faire appel à tout consultant en situation régulière d'exercice. S'il ne croit pas devoir donner son agrément au choix du malade, il peut se récuser. Il peut aussi conseiller de recourir à un autre consultant, comme il doit le faire à défaut de choix exprimé par le malade. A l'issue de la consultation, le consultant informe par écrit le médecin traitant de ses constatations, conclusions et éventuelles prescriptions en en avisant le patient* ».

[122] Dorsner-Dolivet A., *La responsabilité du médecin*, éd. Economica, 2006, coll. Pratique du droit, p. 398, le médecin doit « …respecter le choix du malade… », obligation faite dans l'intérêt de préserver les droits du patient.

[123] Rédigé par le Pr. Hoerni Bernard le serment médical est une adaptation du serment d'Hippocrate pour une adaptation à la pratique médicale contemporaine. V. annexe.

médical conserve du serment d'Hippocrate toute sa dimension morale et humaine en lien avec l'exercice de l'art médical. Il y ajoute même des notions profondes telles que la fidélité, le dévouement et la probité. L'invocation des Dieux disparait au profit d'un exercice respectueux de l'honneur de la profession.

Le serment médical se compose de deux parties. La première concerne les devoirs du médecin envers le malade. La santé du malade est l'une des préoccupations principales du médecin. La prise en charge du patient inclut-elle également le respect du secret médical, la non-discrimination et la notion de prévention. La seconde partie concerne la formation médicale. Cette partie fait référence à la notion de compétence du médecin et incite tous praticiens à préserver et enrichir ses connaissances. Cette seconde partie fait également référence à la liberté du médecin, une liberté d'action, car il est personnellement responsable de ses actes. Une liberté et une indépendance professionnelle qui garantissent des soins appropriés aux malades en dehors de toutes influences. Cette seconde partie fait enfin référence à la solidarité entre praticiens. La confraternité reste un devoir professionnel entre médecin et elle est considérée comme le pilier de la profession. Les médecins membres d'une même corporation se doivent entraide mutuelle pour renforcer les liens entre eux. La première partie concerne les devoirs moraux du médecin envers le malade et la seconde les conditions d'exercice de la profession.

Alors que la valeur du serment d'Hippocrate relève davantage du symbole, celle du serment médical est beaucoup plus importante pour la profession. L'intégration de ce dernier au code de déontologie médicale, lui-même partie intégrante du code de la santé publique, lui donne une valeur juridique plus importante. Par ailleurs, le maintien de la prestation de serment dans les facultés de médecine démontre bien que le serment médical conserve une valeur importante pour la profession. Un tel usage démontre parfaitement de l'importance que la profession reconnait aux devoirs moraux de la profession. C'est un concept ancré dans les mœurs de la profession afin de rappeler que l'exercice de la médecine n'est pas un commerce. C'est également un moyen pour la corporation de s'assurer de la fidélité et du respect des médecins vis-à-vis des règles de déontologie médicale.

Il est possible de dire que les critiques sur la désuétude du serment d'Hippocrate sont à relativiser. La dimension humaine et la profondeur morale du serment sont toujours d'actualité. Hippocrate par son serment a instauré une éthique et une déontologie à la profession médicale. Les devoirs et obligations nés de la déontologie médicale sont un héritage précieux pour la profession qui se transmet à travers les générations de médecins. Cet ensemble de règles

constitue la morale professionnelle (1) qui était en principe destinée à s'exercer pour les professionnels libéraux (2).

1. La morale professionnelle

33. Distinction entre morale et déontologie. La déontologie médicale est considérée comme une morale professionnelle qui s'impose à tous les membres d'une même profession. Pour autant, l'un des avantages de la déontologie réside essentiellement dans la proximité qu'elle entretient avec la morale. Les relations qu'entretiennent morale et déontologie permettent à la seconde d'assoir sa légitimité et renforcer son respect vis-à-vis des membres auxquels elle s'applique. Si la déontologie a été révélée par Jeremy Bentham, la morale est plus ancienne et a toujours eu de l'impact sur les comportements sociaux. En effet, l'influence de la morale agit tant de façon collective que personnelle. La distinction entre la morale et la déontologie s'annonce périlleuse, les fondements déontologiques étant moraux. Pourtant la déontologie n'est pas la morale et la morale n'est pas la déontologie.

34. La morale n'est pas la déontologie. La morale et la déontologie sont deux notions liées car elles ont toujours entretenu une relation singulière qui interroge sur la nature de ce lien. La morale est utilisée en appui de la déontologie en justification de son statut de discipline professionnelle. Pour autant, elle se sépare volontiers de la morale pour en justifier une application différente notamment en ce qui concerne la sanction. La morale est personnelle en ce sens qu'elle exerce différemment sa force en fonction de l'importance que chacun lui accorde. Elle est profonde et traditionnelle en ce sens qu'elle s'exerce au nom d'une autorité supérieure et extérieure que chacun ne peut contrôler. La morale est souvent justifiée par des considérations divines, naturelles, coutumières voire patriotiques pour éviter de s'interroger sur son bien-fondé. La morale régule les comportements sociaux en évitant de faire le mal tout en incitant à faire le bien.

La source religieuse de la morale a l'effet d'une règle impérative dont il devient inutile de remettre en cause la légitimité. La morale exige un comportement socialement correct, elle s'impose par son caractère impératif et contraint à l'obéissance.

Son caractère impératif est basé sur la conviction selon laquelle, les règles qu'elle dicte relèvent du bien ayant pour finalité la cohésion sociale. C'est en cela que la morale exerce une pression sur chacun, car la transgression d'une règle de morale entraine une défaillance au sein de la

société. La morale est transmise à travers les générations par le biais de livres sacrés tels que la Bible, le Coran ou la Torah, mais aussi par des pratiques entretenues par des organisations telles que le catéchisme, le ramadan ou la bar mitzvah. Toutes ces traditions reflètent l'enracinement de la morale dans les mœurs et coutumes. Sa légitimité est décuplée par la participation massive de la société à ces pratiques de sorte qu'elles ne suscitent plus aucuns doutes mais se révèlent comme un indispensable pour la cohésion du groupe social.

Les manquements à la morale entrainent des conséquences qui sont fonction du degré d'attachement et de considération qui lui est accordé. Les lieux privilégiés de l'exercice de la morale sont souvent proches de chacun. La famille, acteur principal dans la transmission des valeurs morales, est la cellule la plus proche de chacun. Enfreindre la morale reviendrait à se mettre à l'écart des considérations traditionnelles et éducatives de la famille. Ce qui entraine une sensation d'exclusion et de détachement du groupe.
La force de la sanction aux manquements moraux réside dans l'exclusion, celle de la famille, de l'église, de la communauté ou de l'association à laquelle on appartenait. C'est un schéma qui consiste à punir par l'exclusion tous ceux qui ne respectent pas la morale. Dans ce cas, la peur de l'exclusion ou du rejet du groupe renforce la légitimité de la morale et favorise son ancrage dans les agissements. Partant du postulat que ce que dicte la morale est « forcément » positif le risque de la rejeter est faible.

Comparativement à la déontologie médicale, la morale est unique et unanime pour tous, elle est immuable[124]. Elle s'applique à tous sans avoir à répondre d'une quelconque appartenance corporative. Les manquements moraux n'engagent que ceux qui les commettent et ne sont pas de nature à porter atteinte à la conception que chacun se fait de la morale. C'est en cela que la déontologie se différencie de la morale. En effet, même si des liens existent entre la morale et la déontologie, cette dernière n'exerce pas le même type de pression. Elles ne sont pas de la même nature et n'ont pas la même valeur sociale.

35. La déontologie est une morale professionnelle. Après avoir insisté sur le fait que la morale n'était pas la déontologie, affirmer que la déontologie est une morale peut paraître comme un non-sens. C'est pourquoi il faut souligner cette fois l'aspect professionnel de la morale déontologique. Elle est considérée ainsi car la déontologie ne se développe et ne

[124] Précisons que dans un même temps donné et une même société identifiée, les règles déontologiques, qui sont également liées aux évolutions techniques, évoluent plus rapidement que les règles de morale.

s'applique qu'au sein d'une organisation professionnelle. La déontologie est une morale professionnelle car elle permet de définir un « *cadre normatif et les recommandations propres à l'exercice d'une profession et devant garantir la qualité du service qu'elle doit rendre* »[125]. La déontologie reprend les codes de la morale pour l'exercer uniquement dans l'organisation professionnelle à laquelle elle appartient. Cette morale professionnelle se diffuse au sein d'une entité professionnelle organisée autour des mêmes objectifs de protection des valeurs de la profession.

Il revient à la direction du groupe professionnel de mettre en place et de faire respecter cette morale professionnelle. Cet exercice constitue le point de départ d'une organisation solide. La lourde tâche de la gestion du groupe corporatif est laissée aux membres qui en ont reçu la légitimité. À ce titre, certains devoirs déontologiques ont une très forte valeur morale dès lors qu'ils ne concernent pas uniquement les actes mais aussi la conscience des professionnels[126].

Ce phénomène de moralisation de l'ensemble du groupe n'est pas une tâche facile, sachant qu'il existe un risque élevé de rejet des règles édictées par la direction du groupe. Le sentiment d'appartenance à une corporation n'a pas la même valeur que celle de la morale. L'individu pris isolement peut ne pas partager la morale professionnelle mais s'y voit contraint par la profession qu'il exerce. Il existe au sein d'une même entité corporative une pluralité de mœurs et coutume de nature conflictuelle avec certaines valeurs défendues par la corporation. L'enjeu réside dès lors dans la capacité de l'organisation à diffuser à l'ensemble du groupe les valeurs professionnelles communes.

C'est le cas de l'interruption volontaire de grossesse qui depuis la loi dite Veil[127] est devenue un droit pour la femme en France mais continue de faire débat pour certains médecins. En raison de son caractère attentatoire à certaines mœurs et religions, un droit de refus est reconnu aux médecins ne désirant pas pratiquer l'interruption. Dans ce cas, il doit en informer la patiente et l'orienter vers un autre médecin[128].

---

[125] Prairat E., « La morale professionnelle : questions premières », *formations et professions*, 2013, p. 38.

[126] Gutmann D., « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives Philosophiques du droit*, 2000, p. 118.

[127] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. Récemment, le projet de loi Bioéthique prévoit la suppression de l'introduction d'une clause de conscience spécifique pour les professionnels de santé, notamment pour les infirmiers ou les auxiliaires médicaux. La clause de conscience générale pour les médecins suffit. V. Pastor J.-M., « Le sénat divisé sur le projet de loi Bioéthique », *AJDA*, 2020, p. 269 ; Dionisi-Peyrusse A., « Actualités de la bioéthique », *AJ* fam., 2015, p. 192 ; Galloux J.-C. Gaumont-Prat H., « Droits et libertés corporels », *D.*, 2009, p. 725.

[128] Art. 47 CDM « *Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins* ».

Cette situation montre clairement que certaines règles professionnelles peuvent heurter la sensibilité de certains et être en contradiction totale avec la morale traditionnelle de ces derniers[129]. La morale traditionnelle se double d'une morale du devoir imposant certaines règles tout en respectant l'harmonie de l'organisation professionnelle. L'objectif n'étant pas de contraindre à l'immoral mais plutôt de défendre des valeurs professionnelles.

Il est difficile de présenter des arguments indiscutables d'une distinction entre la morale et la déontologie dans la mesure où les deux semblent liées. Alors que la morale engage le rapport à autrui, la déontologie engage le rapport à la profession et à la corporation. C'est une règle primaire parce qu'elle prescrit un certain comportement aux membres d'une profession[130].

La déontologie a vocation à s'appliquer de la même manière à l'ensemble des membres d'une même organisation professionnelle. L'application de la déontologie est par conséquent la même pour tous. Cependant, elle ne s'applique pas à l'ensemble de la société. Les manquements à la déontologie sont sanctionnés devant les pairs ayant reçu la légitimité de ce pouvoir de sanction par l'ensemble des membres de la corporation. L'organisation professionnelle qui en découle tient de la déontologie son instrument de pression et sa légitimité sur l'ensemble du groupe.

On comprend dès lors que la déontologie qui lie morale générale et morale professionnelle ne s'aurait s'appliquer à une société entière. Elle n'a vocation à s'appliquer que dans un cadre professionnel bien établi en dehors duquel elle perdrait toute légitimité. Les devoirs professionnels qui en découlent peuvent être contenus dans divers supports. Code de déontologie, code de bonne conduite, charte, recommandations ou encore règlement intérieur sont autant de supports sur lesquels les devoirs déontologiques sont retranscrits.

2. Interne et libérale

36. Une profession libérale par principe. L'organisation juridique, pour des raisons historiques[131], est marquée par un dualisme des juridictions civiles et administratives. L'ordre judiciaire correspond aux « *tribunaux de droit commun, civils et répressifs* »[132], l'ordre

[129] Art. 18 du code de déontologie médicale qui prévoit une clause de conscience pour le médecin qui ne souhaite pas pratiquer l'IVG en raison de convictions personnelles.

[130] Gutmann D., *« L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », Archives Philosophiques du droi*t, 2000, *op. cit*. p. 121.

[131] Certaines remontent à la Révolution française de 1789, Leca. A., *La genèse du droit*, 3e éd., PUAM., Librairie de l'université, Aix-en-Provence, 2002, n° 179-180.

[132] Leca A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, éd. LEH, 2012, p. 60.

administratif quant à lui « *a vocation à s'appliquer aux litiges impliquant* »[133] les règles propres à l'administration publique.

La déontologie est historiquement un ensemble de règles qui s'appliquent principalement pour les professions libérales. Dans leur besoin de réglementation, elles ont su mettre en place des règles visant à organiser la profession mais aussi des devoirs à la charge des professionnels. L'activité libérale « *a été le berceau et demeure la terre d'élection de la déontologie* »[134]. C'est précisément la capacité d'une profession de s'organiser d'elle-même. L'exemple de l'activité d'avocat, de notaire et de médecin pris ici en est l'illustration.

Les activités libérales envisagées sont caractérisées par trois critères qui ont été choisis afin de mettre en évidence la distinction avec les activités du secteur public[135].

37. Le monopole de l'exercice de la profession existe aussi bien pour le médecin, l'avocat ou encore le notaire. Le monopole se caractérise par une situation d'exclusivité dans l'exercice de la profession. Il se caractérise également par des restrictions, des conditions d'entrée et d'exercice de la profession, telles que l'obligation du diplôme et l'obligation d'inscription au tableau de l'ordre. C'est la protection des intérêts personnels de la profession. Par conséquent, « *la justification de l'existence de monopole se fonde sur la reconnaissance de l'utilité sociale et de la compétence reliée à des besoins identifiés et sur le besoin de sécuriser les relations économiques et juridique ou d'assurer l'intérêt général de santé publique* »[136]. Une situation légalisée et légitimée par le pouvoir étatique.

---

[133] *Ibid.*

[134] Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 95.

[135] Les conditions à remplir pour l'exercice de la médecine sont les mêmes dans le secteur public et le secteur privé.

[136] Moysan-Louazel A., « Les professions libérales réglementées, le marché et la concurrence – le cas des experts-comptables et des avocats », *comptabilité – contrôle – audit*, 2/2011, p. 91.

Le monopole de la médecine est protégé en France par le délit d'exercice illégal de la médecine. La première définition du monopole médical est apparue dans l'ordonnance du 24 septembre 1945[137] dans les dispositions relatives à l'exercice illégal de la médecine[138].

Les professions d'avocat et de notaire sont également concernées par ce monopole. En effet, la loi prévoit une sanction en cas d'exercice illégal de la profession d'avocat[139] et de notaire[140]. Dans ce cas, « *les professions de droit réglementées disposent d'un monopole légal, protégé pénalement, au moins pour une partie de leur activité* »[141].

38. La responsabilité personnelle[142]. La responsabilité personnelle du médecin inclut un exercice individuel de la profession. La responsabilité personnelle requiert notamment que la profession soit librement exercée et que le professionnel soit entièrement autonome, sans lien de subordination, dans la prise de décision et l'exercice de sa profession. Le principe d'une responsabilité du fait personnel est posé par l'article 1382 devenu 1240 du code civil, qui dispose que « *tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». L'élément objectif ici étant l'illicéité de l'acte qui caractérise la faute qui permet une imputabilité de la responsabilité de celui qui la commet. Le médecin, l'avocat ou le notaire sont responsables des faits ayant causé un dommage à un autre et nécessitant une réparation.

---

[137] Ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme. Cette ordonnance intègre l'article L. 372 devenu L. 4161-1 du CSP qui dispose qu'exerce illégalement la médecine « *Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales mentionnées aux articles L. 4111-2 à L. 4111-4, L. 4111-7, L. 4112-6, L. 4131-2 à L. 4131-5…* ».

[138] L'exercice illégal de la médecine était d'abord considéré comme une contravention par la loi du 19 ventôse an XI. Il sera ensuite considéré comme un délit par la loi du 30 novembre 1892 et repris comme tel par l'ordonnance du 24 septembre 1945 qui donne la première définition du monopole médical.

[139] Notamment les articles 66-2, 72 et 74 de la loi n° 71-1130 du 30 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et les articles 433-15 et 433-17 du code pénal.

[140] Le monopole des notaires concerne principalement l'activité d'authentification d'actes conformément à l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat qui dispose en son article 1er que « *Les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions* ».

[141] Moret-Bailly J., Truchet D., « Droit des déontologies », *op. cit.,* p. 214.

[142] Le cas particulier des médecins salariés est régi par la responsabilité du commettant du fait de son préposé de l'article 1242 al. 5. Conformément à la jurisprudence *Costedoat* selon laquelle, les professionnels de santé, agissant en tant que préposés de l'établissement et sans excéder les limites de la mission qui leur est impartie, n'engagent pas leur responsabilité à l'égard des tiers. V. Chabas F., « La responsabilité personnelle de la sage-femme ou du médecin salarié », *D.*, 2005, p. 253.

39. L'inscription au tableau de l'ordre. L'exercice conditionné par une inscription à l'ordre, une chambre ou un barreau constitue le dernier critère choisi mis en évidence. En effet, cette condition est obligatoire pour les médecins[143], les avocats[144] et les notaires sous peine d'être poursuivi pour le délit d'exercice illégal de la profession concernée. C'est également l'occasion pour la profession de faire adhérer les nouveaux professionnels à la déontologie de la profession. De même, l'ordre des médecins vérifie que l'impétrant remplit effectivement les conditions de moralité, d'indépendance et de compétence nécessaires à l'exercice de la profession[145]. La prestation de serment est ainsi obligatoire pour souligner l'attachement du professionnel à la déontologie.

L'ensemble de ces critères permet de mettre en évidence que la déontologie des professions libérales ne correspond pas exactement à celle du secteur public. Les notions de responsabilité personnelle et de monopole sont en principe étrangères au domaine public dont l'exercice de la profession n'est pas conditionné à l'inscription à un tableau. N'existe-t-il pas d'organisation ordinale dans le secteur public même si la déontologie médicale s'applique également pour les praticiens du secteur public.

40. Exclusion d'une déontologie du secteur public ? L'emploi du terme déontologie dans le secteur public est nouveau. Toutefois, la déontologie du secteur public est-elle particulière, est-elle différente de celle du secteur privé ? La particularité de la déontologie du secteur public s'apprécie certainement au regard de la situation particulière de l'agent public. Ce dernier exerce ses fonctions sous l'autorité du pouvoir exécutif à qui il doit obéissance et loyauté. Situation particulière de l'agent public également car il est au service de l'intérêt général. Les notions d'intérêt général et de service public, à l'inverse, n'ont pas le même impact pour les professions libérales. La réglementation de la profession médicale a contribué à la reconnaissance d'une image positive de la profession. Les usages des professions publiques qui ont acquis une valeur déontologique ont transformé la profession. L'expansion de la déontologie au sein de l'administration est constatée. Il y a en effet une floraison de codes, chartes ou autres recueils ayant tous pour finalité de renforcer voire réaffirmer les usages professionnels dans le secteur public. Pour exemple, le code de déontologie de la police

[143] Art. L. 4161-1 CSP.
[144] L'accès à la profession d'avocat est organisé par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 et le décret n° 2004-1386 du 21 décembre 2004 relatif à la formation professionnelle des avocats.
[145] Art. L. 4112-1 CSP.

nationale et de la gendarmerie[146], le code de déontologie des personnels pénitentiaires[147], le recueil des obligations déontologiques des magistrats[148], la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative[149], le code de déontologie du Défenseur des droits[150], charte de déontologie de l'Autorité de la concurrence[151], le guide de déontologie des agents de la direction générale des finances publiques[152], peuvent être cités.

Ce phénomène de « généralisation » de la déontologie concerne plusieurs secteurs d'activité du domaine public. Cela peut s'expliquer par le fait que la déontologie n'y est pas totalement étrangère. En effet, celle-ci trouve ses origines dans les usages de la profession, les nombreux règlements intérieurs, code de bonne conduite et chartes l'ont précédé avec une influence et une application relative[153].

Le besoin d'uniformisation de la déontologie a été formellement et progressivement reconnu au secteur public par le biais de la règlementation. À la différence du secteur privé, la déontologie du secteur public n'a pas vocation à créer des devoirs et obligations pour les agents, d'autant que ces derniers se trouvent déjà dans une situation de subordination par la hiérarchie administrative. En 2016 les agents publics ont été dotés d'un code de déontologie[154]. La loi adoptée trois ans après sa présentation en conseil de ministre, répertorie les dispositions statutaires, mais, surtout élève la morale publique de l'agent administratif en une véritable déontologie du fonctionnaire. La transparence de l'ensemble des agents publics est renforcée, elle ne concerne plus uniquement les élus locaux. La reconnaissance d'une déontologie des fonctionnaires est de nature à accroître la légitimité des usages de la profession jusqu'ici pratiqués.

41. Distinction de la déontologie du secteur public. Présentement, il convient de s'interroger sur la déontologie du secteur public dès lors que dans celui-ci la déontologie fait

[146] Décret n° 86-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police et de la gendarmerie nationale intégré à la partie réglementaire du code de sécurité intérieur.
[147] Décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant code de déontologie du service public pénitentiaire.
[148] Adopté par le Conseil supérieur de la magistrature en 2010 en application de l'article 18 de la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007, complétant l'art. 20 de la loi organique du 5 février 1994.
[149] Adoptée en 2011 après un avis favorable des commissions consultatives du conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.
[150] Décision n° 2013-431 du 31 décembre 2013 portant adoption du code de déontologie du Défenseur des droits
[151] Adoptée par une décision de l'assemblée plénière de l'Autorité de concurrence le 30 mars 2009.
[152] Créé en mai 2012 à la suite de l'affaire d'évasion fiscale de l'ancien ministre du budget chargé de la lutte contre la fraude fiscale Jérôme Cahuzac.
[153] La question de la déontologie dans la fonction publique est évoquée au XIIe siècle par Louis XV à travers son ordonnance de 1254 qui exige de ses officiers « qu'ils réforment tout abus moral et politique » et aux baillis « d'agir avec désintérêt et sans désinvolture ». La « Grande ordonnance de réformation » du royaume de Philippe Le Bel du 18 mars 1303 a été qualifiée de « code de déontologie des fonctions publiques » par Vigouroux Christian.
[154] Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

écho à une nouvelle vision de la profession. Elle intervient en aval d'une organisation étatique. Elle est adoptée sous différentes formes[155] et prend diverses appellations[156]. Le développement des règles déontologiques dans le secteur public est caractéristique d'une mutation de l'État moderne plus attentif aux préoccupations sociales et au développement des droits individuels. Elle pourrait également mettre en évidence une volonté de rétablir l'ordre et la discipline dans une administration considérée comme laxiste et sans cesse soupçonnée de dysfonctionnements. Cependant, la déontologie du secteur public se différencie de sa consœur privée par sa finalité. Alors que la première sert un intérêt général par la notion de service public, la seconde vise un intérêt professionnel. La déontologie n'est plus uniquement perçue comme un instrument d'organisation professionnelle sans impact sur la collectivité. La déontologie du fonctionnaire est de nature à redorer la considération de la fonction publique. En plus de devoir engager moralement l'agent public, elle participe à la revalorisation de la considération que les citoyens peuvent se faire du fonctionnaire.

La déontologie apporte au secteur public des outils pour « moraliser » les agents publics. Elle ne doit pas être vécue comme une contrainte supplémentaire mais plutôt comme un atout au renforcement de la qualité du service public.

En matière médicale, la déontologie a considérablement évolué depuis le serment d'Hippocrate. En analysant les différents codes de déontologie médicale, on peut retracer et apprécier les évolutions, à travers les époques, de la déontologie médicale.

B. LES DIFFÉRENTS CODES DE DÉONTOLOGIE MÉDICALE

42. Multitude de codes de déontologie médicale. La déontologie médicale est au nombre des règles qui évoluent avec leurs temps. La pratique médicale ayant beaucoup évolué, les règles professionnelles ont également évolué. Chaque question de santé publique et chaque évolution des droits du patient ont nécessité une évolution des règles déontologiques. En effet, le code de déontologie médicale actuel a subi plusieurs évolutions depuis sa première adoption (1), il fait désormais partie intégrante du code de la santé publique (2).

[155] Décret, loi, arrêté, décision etc.
[156] Code, charte, guide, recueil etc.

1. L'évolution des codes de déontologie médicale[157]

43. Rappel historique de la création du code de déontologie médicale. L'évolution des codes de déontologie médicale est remarquable par les nombreux décrets qui lui ont permis de s'adapter à la société. Le code de déontologie dans sa version actuelle a connu plusieurs modifications. Même si les prémices d'un code de déontologie médicale datent de la période du régime Vichy, c'est en 1947 que le code de déontologie médicale fait sa première apparition sous forme décrétale[158]. Cette version du code de déontologie médicale comptait 79 articles contenus dans 6 grands titres. Le premier titre, comportant une vingtaine d'articles, abordait les devoirs généraux des professionnels tels que l'obligation de porter secours, le respect du secret professionnel et son caractère absolu, le libre choix du médecin par son patient, le libre choix de prescription, l'interdiction d'exercer la médecine comme un commerce ou encore le devoir de ne pas déconsidérer la profession. Le deuxième titre abordait les devoirs des professionnels envers le malade tels que l'obligation de soin, le droit au refus de prendre en charge un malade, l'avortement et la question des honoraires. Le troisième titre abordait les devoirs en matière de médecine sociale avec les questions essentielles liées au conventionnement des médecins. Le quatrième titre aborde en une vingtaine d'articles exclusivement le devoir de confraternité, notamment le détournement de clientèle. Le cinquième titre est réservé aux devoirs des professionnels envers les autres professionnels de santé, notamment le devoir de courtoisie entre eux. Le dernier titre est consacré aux devoirs divers des professionnels, notamment l'engagement sous serment pour chacun d'eux de respecter le code de déontologie médicale.

La deuxième version du code de déontologie est celle de 1955 également parue en décret[159] remplaçant le précédent. Ce code comportait 80 articles respectant la même organisation et répartition que le précédent. En effet, la seule nouveauté était l'introduction d'un nouvel article qui prévoyait que « *tout médecin qui cesse d'exercer est tenu d'en avertir le conseil départemental. Celui-ci lui donne acte de sa décision et en informe le conseil national. Si l'intéressé le demande expressément, il n'est plus maintenu au tableau* »[160].

---

[157] Pour aller plus loin Evleth D., « La bataille pour l'ordre des médecins, 1944-1950 », *Le mouvement social*, 2009, n° 229, pp. 61 à 77.
[158] Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale, JO, 28 juin 1947, p. 5993.
[159] Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 portant code de déontologie médicale et remplaçant le règlement d'administration publique n° 47-1169 en date du 27 juin 1947.
[160] Art. 79 décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 portant code de déontologie médicale et remplaçant le règlement d'administration publique n° 47-1169 en date du 27 juin 1947.

La troisième version du code de déontologie est celle du décret de 1979[161] qui comportait 93 articles organisés en 5 grands titres. Le premier abordait les devoirs généraux du praticien, avec 33 articles dont certains d'entre eux sont plus explicitement formulés. Il est possible d'y retrouver notamment la précision de l'exercice de la médecine au service de l'individu, de l'obligation de concourir aux politiques gouvernementales de protection de la santé publique, de la responsabilité personnelle du praticien en cas de partage du secret professionnel. Le deuxième titre traite, en 16 articles, des devoirs envers les malades au profit desquels les notions de « *conscience* » et de « *dévouement* »[162], marquant les prémisses d'une nouvelle approche de la relation médicale. Le troisième titre regroupe à la fois les devoirs entre médecins (anciennement contenus dans le titre 4 sur la confraternité) et avec les autres professionnels de santé en 13 articles. Dans ce titre, sont nouvellement abordées, les questions de continuité de soins, et des précisions sont apportées au sujet de la collaboration des praticiens en cas de prise en charge commune d'un même malade. Le quatrième titre est consacré aux règles particulières à certains modes d'exercice. Il est possible d'y retrouver notamment une nouveauté consacrée exclusivement à l'exercice en clientèle privée, les règles d'affichage sur la plaque d'exercice, également lorsque le diplôme de docteur n'est pas français, l'obligation d'obtenir l'accord du conseil départemental avant toute installation ou encore la réglementation pour les contrats d'exercice entre médecin et société ou association. Ce titre aborde nouvellement et distinctement les questions déontologiques liées à l'exercice salarié de la médecine ainsi que la médecine d'expertise. Le cinquième titre est relatif aux dispositions diverses parmi lesquelles, la menace de poursuites disciplinaires en cas de « *déclaration volontairement inexacte* »[163] faite au conseil de l'ordre et l'obligation de révéler les faits utiles à l'instruction disciplinaire dont ils ont connaissance[164].

La quatrième version du code de déontologie médicale a été adoptée en 1995 sous forme décrétale[165]. Théoriquement, il s'agit de la version toujours en vigueur à ce jour qui comporte 112 articles, mais en 2004[166] un nouveau décret a abrogé certaines dispositions du code de déontologie médicale. Cette version du code est plus respectueuse des droits du patient, pour

[161] Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale.
[162] Art. 34 décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale.
[163] Art. 88 décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale.
[164] Art. 87 décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale.
[165] Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale.
[166] Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions règlementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code.

lequel plusieurs précisions ont été apportées notamment en rapport avec l'importante loi du 4 mars 2002[167]. Comme le précédent, il est subdivisé en 5 grands titres qui conservent la même organisation. Plus structuré, ce nouveau code met davantage à l'honneur les droits du patient, il y a une réelle volonté de rompre avec la relation paternaliste qui prévalait au profit d'une relation plus équilibrée. Il met l'accent sur des thématiques jusque-là jamais encore abordées en prenant soin de placer le patient au cœur de la décision médicale. À titre d'exemple, les devoirs professionnels relatifs au traitement de la fin de vie[168], à l'information et au consentement du patient[169], à la dignité de la personne humaine[170], à la protection de l'enfance[171], ou encore à la non-discrimination[172] font leur entrée dans le code de déontologie médicale. La dernière modification du code de déontologie intervint en 2012[173] pour marquer un abandon définitif du paternalisme médical. En effet, l'article 35 prévoyait que « *dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination* ». Cette disposition maintenait le paradoxe entre une liberté du patient dans l'exercice de ses droits et un pouvoir de décision réservé au médecin[174].

Les différentes modifications du code de déontologie médicale mettent en évidence une réelle évolution de la pratique mais aussi et surtout la prise en compte de l'humanité sur laquelle elle s'exerce. Ces modifications permettent également « *d'apprécier l'appropriation par le corps médical des évolutions introduites en droit de la santé* », le code de déontologie ayant lentement et progressivement absorbé les « *évolutions normatives extérieurs* »[175]. Cette transformation des règles déontologiques est davantage actée par l'intégration pure et simple du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique.

---

[167] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[168] Art. 37 à 38 CDM. Sur la légifération de la fin de vie, V. Mistretta P., « De l'art de légiférer avec tact et mesure », *JCP G.*, 2016, pp. 417-423.
[169] Art. 35 et 36 CDM.
[170] Art. 2 CDM.
[171] Art. 43 CDM.
[172] Art. 7 CDM.
[173] Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale.
[174] Contradiction à l'article L. 1111-2 CSP.
[175] Laude A., « Le code de déontologie médicale enfin modifié ! », *D.*, 2012, p. 1694.

2. L'intégration des codes de déontologie dans le code de la santé publique

44. Intégration du code de déontologie médicale. L'intégration du code de déontologie médicale au sein de la partie réglementaire[176] du code de la santé publique a été actée par décret en 2004[177]. L'hypothèse d'une telle intégration a été annoncée par la commission supérieure de codification qui estimait que certains codes, trop petits pour rester isolés, devaient être intégrés dans un ensemble plus vaste[178]. En effet, l'intégration du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique « *traduit un véritable mécanisme original, nouveau et surtout inédit dans l'entreprise de codification* »[179]. Ceci traduit une certaine volonté d'appropriation de la règle déontologique par les pouvoirs publics afin de demeurer « *maître de la production normative* »[180].

45. Les interrogations liées à l'intégration du code de déontologie médicale. Le phénomène interroge sur l'opportunité et la nécessité d'une telle intégration. L'intégration du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique n'est pas anodine et ne semble pas être une simple formalité juridique. Cette intégration démontre la réception pleine et entière des règles de déontologie médicale dans l'ordonnancement juridique. Elle est double de sens parce qu'elle marque dans une moindre mesure la disparition formelle du code de déontologie médicale puisqu'« *il n'existe donc plus formellement de « code » de déontologie médicale, mais des dispositions déontologiques prenant place dans le code de la santé publique* »[181]. La déontologie médicale se verrait dès lors complètement absorbée par le droit au point d'alimenter à nouveau le débat relatif à l'ambiguïté des rapports entre déontologie et droit. Une relation ambigüe, presque incestueuse[182] qui entraine une transformation de la conception que chacun peut se faire des médecins, ces derniers étant de plus en plus considérés comme de « *simples professionnels* » de santé au profit d'une protection grandissante du patient[183].

---

[176] Les règles de déontologie médicale sont fixées aux articles R. 4127-1 à R. 4127-112 du CSP.
[177] Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code.
[178] Robineau Y., et Braibant G., « Rapport d'activité de la commission supérieure de codification », *RFDA*, 1994, p. 686.
[179] Cabrol V., « La codification de la déontologie médicale. L'exemple de l'introduction du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique », *RGDM*, n° 16, 2005, p. 107.
[180] Cabrol V., *ibid*.
[181] Cabrol V., *ibid*.
[182] Encinas de Munagorri R., « Les sources positives de la déontologie », *RTD civ*., 2007, p. 67. L'auteur aborde la question des rapports entre la déontologie et le droit en considérant que les deux règles seraient de la même famille, et pourraient avoir des rapports incestueux.
[183] Cabrol V., *op. cit*., p. 108.

Si les craintes peuvent être justifiées au regard des évolutions législatives tendant vers un renforcement de la responsabilité civile et une protection accrue des droits du patient, il est exagéré d'y faire une lecture négative. En effet, l'intégration du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique met en évidence l'affaiblissement de la règle de déontologie médicale[184].

Ce phénomène d'intégration de la règle de déontologie n'est pas exclusivement réservé à la profession des médecins puisque les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes ont également leurs codes de déontologie intégrés dans le code de la santé publique. Toutefois, toutes les professions de santé réglementées ne sont pas concernées par ce phénomène d'intégration déontologique dans le code de la santé publique.

Certes, les professions de santé font l'objet d'une réglementation par le code de la santé publique mais elles ne sont pas toutes saisies de la même manière par les pouvoirs publics. Cette absence interroge, non pas pour défendre une éventuelle intégration d'autres déontologies, mais pour mettre en évidence ce qui est considéré comme une attention particulière portée à certaines professions de santé. La profession médicale bénéficie-t-elle une attention particulière par rapport à d'autre type de profession ? La réponse n'est pas évidente, y répondre pourrait relancer un débat consternant concernant les rapports pernicieux que peuvent entretenir entre eux les professionnels de santé, qui a déjà été relevé par certains auteurs[185]. De plus, il est expressément prévu dans chaque code de déontologie propre aux professions de santé un titre relatif aux rapports entre professionnels et avec les autres professionnels de santé[186]. Selon la formule de René Savatier, « *la profession médicale, constitue une République de médecins* »[187], peut-être serait-ce là le début du problème.

Par ailleurs, l'intégration dans le code de la santé publique du code de déontologie médicale a une valeur symbolique plus importante. Le code de déontologie médicale se trouve « *déconnecté de la mission ordinale, ce qui complète l'affaiblissement de celle-ci déjà marqué*

---

[184] V. *infra* n° 188 sv. concernant la relativité de cet affaiblissement.

[185] V. Aynaud O. et Picard D., « Le statut de médecin par rapport aux autres professions libérales », *Revue française des affaires sociales*, n° 2, 2011, pp. 311-321 ; https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2011-2-page-311.htm.

[186] V. par exemple article 68 CDM « *Dans l'intérêt des malades, les médecins doivent entretenir de bons rapports avec les membres des professions de santé. Ils doivent respecter l'indépendance professionnelle de ceux-ci et le libre choix du patient* ».

[187] Savatier R., « La juridiction disciplinaire médicale épreuve vécue d'un pouvoir disciplinaire organisé à l'intérieur d'une profession médicale », *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, 1967, p. 733.

par la sortie du pouvoir disciplinaire de cette mission »[188]. Cependant, la codification de la déontologie médicale et son intégration dans le code de la santé publique la rendent certes publique, au sens de l'accessibilité, mais cette dernière ne reste pour autant applicable qu'aux seuls professionnels. Il n'est en effet, pas question que la déontologie puisse être appliquée à des tiers, non professionnels, tels que les patients, auquel cas elle perdrait sa finalité.

L'intégration du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique constitue une étape parmi d'autres dans le processus de formalisation des règles professionnelles. Parallèlement à leur intégration, le juge constitutionnel s'est prononcé sur le statut de certains devoirs déontologiques.

II. LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE CERTAINS DEVOIRS DÉONTOLOGIQUES

46. Quelle valeur constitutionnelle ? Aborder la question de la valeur constitutionnelle des règles déontologiques revient à préciser d'abord que toutes les règles déontologiques n'ont pas une valeur constitutionnelle.

47. La valeur constitutionnelle de certaines règles déontologiques. Il convient de préciser que le juge constitutionnel s'est souvent montré réservé à l'égard de la déontologie[189]. En effet, la déontologie médicale n'a pas, elle-même, une valeur constitutionnelle. Selon M. Kerléo, la « *rareté des rencontres entre déontologie et droit constitutionnel* » démontre une certaine réticence du droit constitutionnel à « *s'immiscer dans un champ éminemment politique, en laissant place à une autorégulation professionnelle par le biais d'une déontologie médicale rétive au contrôle de constitutionnalité* »[190]. Pour autant, la question de la santé publique est défendue par le bloc de constitutionnalité et les rares interventions constitutionnelles en matière médicale ont eu un important retentissement sur la conception et la portée de la déontologie médicale. La consécration de la valeur constitutionnelle du principe de dignité de la personne humaine (A) sera abordée en premier. Cette consécration fait écho à de nombreuses règles

[188] Mémeteau G., « La déontologie dévorée par la bioéthique », *in La déontologie médicale,* Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006) », 2007, p. 103.
[189] Des notions déontologiques telles que la liberté de prescription, la confraternité, l'interdiction de la publicité, l'indépendance professionnelle ou encore le compérage sont dépourvues de valeur constitutionnelle.
[190] Kerléo J.-F., « Déontologie et santé publique en droit constitutionnel », *Médecine & Droit*, 2016, p.154.

professionnelles contenues dans le code de déontologie médicale, dont les conséquences de la codification seront abordées ensuite (B).

A. LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE

48. Le principe de dignité. C'est à travers la consécration constitutionnelle du respect de la personne humaine par la reconnaissance du principe de dignité, que la déontologie médicale s'est élevée au rang constitutionnel. En effet, le principe de la dignité de la personne humaine a été posé par la jurisprudence Teyssier aux termes de laquelle, « *le respect de la personne humaine impose au praticien, avant de pratiquer une opération, d'obtenir le consentement de son patient ; en violant cette obligation, il commet une atteinte grave aux droits du malade et un manquement à ses devoirs médicaux*[191] »[192].
En outre, c'est par l'intermédiaire de la décision du 27 juillet 1994[193] que le Conseil constitutionnel a reconnu au principe de dignité de la personne humaine une valeur constitutionnelle. Cette décision a eu une portée significative dans l'ascension de la déontologie médicale et son intégration dans le raisonnement jurisprudentiel et doctrinal.

49. Le respect de la dignité de la personne humaine. Ce n'est pas une originalité de rappeler que l'exercice de la médecine implique que le médecin respecte la personne humaine et sa dignité. Pourtant le rappel de cette obligation dans le code de déontologie médicale n'est pas anodin. Le respect de la dignité trouve ses premières manifestations juridiques par le décret du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage en France considéré comme un « *attentat contre la dignité humaine* »[194]. Ce décret a également contribué à rompre avec des pratiques de disposition de malades à des fins d'essais thérapeutiques vers la fin du XIXe siècle[195].

---

[191] Nous soulignons, la mention devoirs médicaux fait ici clairement référence aux devoirs déontologiques auxquels le praticien ne saurait se soustraire.
[192] Cass. Req. 28 janvier 1942, Parcelier c. Teyssier, DC 1942. 63 ; *Gaz. Pal*. 1942. 1, p. 177.
[193] Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Bioéthique « (…) *il ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ». Eu égard à la portée des lois de bioéthique, celles-ci furent déférées devant le juge constitutionnel afin d'en apprécier la constitutionnalité.
[194] Leca A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, éd. LEH, 2012, 3e éd. p. 206.
[195] Les pauvres étaient souvent utilisés comme des sujets d'expérimentation sans aucune information ni consentement de leur part.

C'est ainsi un principe essentiel de l'exercice de la médecine. Il figure d'ailleurs à ce titre dans le code de la santé publique[196] qui précise que ce respect ne cesse pas après la mort. Le respect de la personne et de sa dignité implique que le médecin soigne en conscience tous les malades sans discriminations[197] et que le patient ne soit l'objet d'aucune expérimentation que ce soit[198]. Ce respect interdit également toute mutilation pratiquée en dehors d'une motivation thérapeutique[199].

Autant d'interdictions concernant le respect de la personne humaine et de sa dignité qui sont également été défendues par le droit commun de la responsabilité civile. En effet, depuis 1913, un arrêt de la cour d'appel de Lyon[200] a admis le principe de « *dignité de la personne humaine* » et la prise en compte de droits nouveaux pour le patient. Le respect du secret professionnel en est une parfaite illustration. Le respect de la personne et de sa dignité implique nécessairement que le médecin ne brise pas la confiance qui existe entre lui et son patient. C'est de cette confiance que naît la confidence du patient que le médecin doit préserver pour protéger le « *colloque singulier* » qu'il forme avec son patient[201]. De même, le respect de la personne humaine implique que le médecin ne fasse pas courir au patient « *un risque injustifié* » sans tenir compte des thérapeutiques modernes plus adaptées[202]. C'est également au regard de ce principe qu'est interdit tout acharnement thérapeutique[203] sur l'état général du patient.

Le respect de la dignité de la personne humaine constitue un droit fondamental en France et dans le monde. Ce droit est rappelé dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789[204] ainsi que dans la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948[205]. La dignité est inhérente à la personne humaine, elle appartient à la catégorie des droits naturels[206] de la personne, pourtant la jurisprudence continue de le rappeler[207].

---

[196] Art. R. 4127-2 CSP.
[197] Art. R. 4127-7 CSP.
[198] Art. R. 4127-15 CSP.
[199] Art. R. 4127-41 CSP.
[200] CA Lyon 27 juin 1913, *DP* 2, p. 73, note Lalou, l'affaire portait sur une dissection considérée comme nulle et non avenue.
[201] Dominique L., « La déontologie médicale en 2015 », *Les Tribunes de la santé,* 3/2015, n° 48, p. 27.
[202] Art. R. 4127-40 CSP.
[203] Art. R. 4127-37 CSP.
[204] Art. 6 DUDH.
[205] V. Préambule et articles 1er, 22 et 23.
[206] Saint-James V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D*., 1997, p. 61.
[207] V. par exemple Cass. civ., 2e, 19 mars 1997, *Bull. civ*. II, n° 86, p. 48.

Le respect de la dignité est également considéré comme un droit à valeur constitutionnelle. La dignité fait partie du bloc de constitutionnalité de la Constitution du 27 octobre 1946 qui réaffirme que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés, que la sauvegarde de la dignité fait partie de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnel[208].

Les règles déontologiques qui ont été consacrées par le juge constitutionnel ont trait à la protection de l'humain (1) dans une logique d'ensemble de protection du droit à la santé (2).

1. La protection de l'humain

50. La dignité de la personne humaine, un principe à valeur constitutionnelle. Le principe de dignité est appréhendé à la fois sur les plans jurisprudentiel, législatif et constitutionnel, mais il l'est également par la déontologie médicale. Pour certains auteurs, la dignité de la personne humaine est qualifiée de « *principe unificateur* »[209] au regard de sa portée tant au niveau national qu'international. Il s'agit en effet d'un droit fondamental qui a su trouver dans le domaine du droit médical, plus exactement en matière de bioéthique, un terreau d'élection majeur[210].

La jurisprudence Teyssier[211] a été consacrée par le législateur avec la loi du 29 juillet 1994[212] relative au respect du corps humain, notamment les dispositions relatives au principe de dignité, consacrée à l'article 16 du code civil[213]. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de dignité a agité les débats doctrinaux[214].

L'hypothèse d'une intégration juridique de la déontologie médicale par la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à certaines règles déontologiques implique nécessairement l'idée selon laquelle, la règle reconnue par la Constitution détient fondamentalement une source déontologique. Plus clairement, il est possible de considérer que la dignité est, en principe, une

---

[208] Principe dégagé de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 n° 94-343/344 DC, dite lois de bioéthiques.

[209] Duprat J.-P., *Jeux de normes dans la recherche biomédicale,* éd. Publication de la Sorbonne, 2002, p. 7.

[210] Bergoignan-Esper C. et Sargos P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, éd. Dalloz, 2010, coll. Grands arrêts, p. 10.

[211] Cass req., 28 janvier 1942, Teyssier, *D*., 1942, jurispr. p. 63.

[212] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, dite loi de bioéthique.

[213] Art. 16 C. civ., « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

[214] Edelman B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D*., 1997, p. 185 ; Glenard G., « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeur ? », *RFDA*, 2015, p. 869 ; Canedo-Paris M., « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif d'un concept controversé », *RFDA*, 2008, p. 979.

notion aux fondements déontologiques et moraux, qui a ensuite été consacrée juridiquement afin de lui donner une valeur plus importante. Il s'agit ici de considérer la reconnaissance du principe de dignité par la Constitution intervenant seulement après la déontologie.

En effet, la notion de dignité est reconnue par le serment d'Hippocrate[215]. L'alinéa 2 dispose que « *Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité*[216] (…) » Cet alinéa 2 du serment, qui fait mention de la dignité, a inspiré les rédacteurs des différents codes de déontologie médicale dans lesquels la notion de dignité est toujours abordée. Alors que le code de déontologie médicale en 1947 ne faisait référence qu'à la dignité professionnelle[217], celui de 1979 fait clairement référence à la dignité d'un patient[218]. L'article 8 dispose qu'« *un médecin sollicité ou requis pour examiner une personne privée de liberté ou pour lui donner des soins ne peut, directement ou indirectement, serait-ce par sa seule présence, favoriser ou cautionner une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou sa dignité*[219] »[220]. La notion de dignité du patient a été par la suite successivement reprise par les codes de déontologie médicale et notamment par celui de 1995[221](en vigueur) dont l'article 2[222] dispose que « *le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité* [223] ».

Le code de déontologie médicale « *est un symbole de la spécificité d'une profession qui s'autorégit* »[224], la Constitution incarne quant à elle le « *pacte social d'un État* »[225], les deux textes sont opposés et leurs finalités étant également traditionnellement opposées. La Constitution est au-dessus de l'organisation de l'État et la déontologie est au-dessus de l'organisation de la profession médicale. Pourtant si on considère la Constitution comme la plus élevée des normes dans l'État, le code de déontologie médicale a ceci de similaire en ce qu'il

[215] Dans sa version contemporaine https://www.conseil-national.medecin.fr/le-serment-d-hippocrate-1311.
[216] Nous soulignons.
[217] Art. 19 CDM de 1947 « *Il est interdit à un médecin inscrit au tableau de l'ordre d'exercer, en même temps que la médecine, toute autre activité incompatible avec la dignité professionnelle* », décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale, JO, 28 juin 1947.
[218] En l'occurrence « une personne privée de liberté », même si la dignité professionnelle est toujours défendue (article 33).
[219] Nous soulignons.
[220] Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale, JO, 30 juin 1979.
[221] Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, JO, 8 septembre 1995.
[222] Également les articles 10, 26 et 38 CDM évoquent la notion de dignité.
[223] Nous soulignons.
[224] Kerléo J.-F., « Déontologie et santé publique en droit constitutionnel », *Médecine & Droit*, 2016, p. 155.
[225] Kerléo J.-F., *ibid*., p. 155.

incarne, pour la profession médicale, le texte de référence regroupant à la fois les règles relatives aux droits et devoirs des professionnels et les règles d'organisation et de gestion de la profession[226].

La déontologie est prise en compte par le juge constitutionnel par l'intermédiaire des questions relatives à la protection des patients. Dans une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) de 2010[227], le juge constitutionnel a apprécié la constitutionnalité d'une loi en faisant référence à une règle de déontologie médicale. En effet, il a estimé que compte tenu des conditions dans lesquelles l'hospitalisation sans consentement est possible, le législateur avait procédé à une conciliation entre, d'une part, la protection de la santé et la protection de l'ordre public et, d'autre part, les libertés constitutionnellement garanties, qui n'est pas manifestement disproportionnée. Pour justifier sa décision, le juge constitutionnel fait implicitement référence aux règles de déontologie médicale qui imposent la recherche du consentement de la personne examinée ou soignée dans tous les cas[228].

51. La protection de la dignité humaine à travers le secret professionnel[229]. Le secret médical, ou plus exactement le « *secret professionnel du médecin* »[230], principe fondamental de la déontologie médicale, ne connait une portée constitutionnelle qu'en ce qu'il se rattache au principe de respect de la vie privée consacré par la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen. Cette coloration constitutionnelle du secret professionnel jugée à la fois « *partielle et relative* »[231] s'inscrit pourtant dans le mouvement généralisé de prise en compte de la déontologie médicale. Ce mouvement entraine une transformation de la règle déontologique qui se trouve reformulée pour répondre aux nécessités définies par les pouvoirs publics.

En outre, il ne faudrait pas confondre principe déontologique à valeur constitutionnelle et principes déontologiques fondamentaux. En effet, bien que relevant tous d'une même déontologie, ces principes sont différents. La question est celle de savoir quelle est la différence.

---

[226] Précisons qu'il n'est pas question de placer la déontologie médicale au même niveau que la Constitution. Il est simplement question de considérer le caractère fondamentale de la déontologie médicale au sein de l'organisation ordinale.
[227] Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010.
[228] Art. 36 CDM « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ».
[229] Pour certains auteurs, au-delà de la protection de l'intimité de l'individu, l'incrimination de la violation du secret professionnel a également un fondement social qui sert l'ordre public pénal. V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 326.
[230] Sur la distinction entre secret médical et secret professionnel V. Hocquet-Berg S., et Py B., *« La responsabilité du médecin »*, éd. Heures de France, 2006, coll. Droit professionnel, p. 145.
[231] Kerléo J.-F., « Déontologie et santé publique en droit constitutionnel », *Médecine & Droit*, 2016, p. 160.

Il existe des principes fondamentaux propres à la profession et d'autres liés à l'exercice de la médecine qui inclut des tiers. Selon l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale, « *dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin*, (…) » Il faut y voir une distinction entre les principes fondamentaux liés aux droits des patients et ceux liés aux droits des praticiens dans l'exercice de leur art.

Le libre choix du médecin par le malade est-il devenu un principe déontologique fondamental après sa consécration législative[232]. Dès lors, le rappel du libre choix du médecin par le malade dans le code de déontologie médicale vise à faire prendre conscience aux praticiens de l'effectivité de ce droit et de son application[233]. Ce constat peut également être fait pour le secret professionnel, mais seulement en ce qui concerne le droit du patient à l'accès aux informations concernant sa santé. Ce droit est également consacré par la déontologie médicale[234] alors même qu'il résulte d'une loi[235].

En revanche, d'autres principes déontologiques fondamentaux sont attachés aux droits des praticiens dans l'exercice de leur art, ils sont considérés comme inhérents à la profession, ce qui peut souvent alimenter le débat autour du caractère corporatif de la profession. Il en va ainsi des libertés d'exercice, qui comprennent la liberté de prescription et le secret professionnel ; ainsi que de l'indépendance professionnelle, qui recouvre la liberté d'installation et le paiement direct des honoraires par le patient. Ces principes déontologiques sont considérés comme fondamentaux puisqu'ancrés dans la tradition médicale. Ils n'ont, en principe, pas vocation à s'orienter vers des considérations autres que professionnelles.

52. La protection de l'humain. La question de la protection de l'humain occupe une place importante dans le domaine médical. Celle-ci est encore au XXIe siècle un sujet de

[232] Art. L. 1110-8 CSP « *Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé et de son mode de prise en charge, (…) est un principe fondamental de la législation sanitaire* ».
[233] V. commentaires du CDM (art. 6) p. 43 www.conseil-national.medecin.fr.
[234] Art. 46 CDM « *Lorsqu'un patient demande à avoir accès à son dossier médical par l'intermédiaire d'un médecin, celui-ci remplit cette mission en tenant compte des seuls intérêts du patient et se récuse en cas de conflit d'intérêts* ».
[235] Art. L. 1111-7 CSP.

controverses et de débats doctrinaux[236]. La question de la dignité en raison de son insaisissabilité continue d'être le fondement de plusieurs droits subjectifs et d'obligations. En effet, il est possible de constater que, « *l'héritage des valeurs hippocratiques, alliant morale et pures règles déontologiques, était et reste toujours d'actualité* »[237]. Selon M. Mathieu, le principe de dignité est au nombre de ceux considérés comme matriciels[238] car il fonde plusieurs autres droits et « *principes essentiels ou consubstantiels* »[239].

C'est à travers les questions d'éthique dans la recherche médicale que la protection de l'humain a fait son entrée dans le droit positif. La question de la protection de l'humain est à l'origine d'une véritable mutation de l'État de droits et des comportements sociaux ainsi que ceux de l'ensemble des professionnels concernés de près ou de loin par la question sanitaire.

Plutôt que d'insister à nouveau sur la notion de dignité qui est également abordée par la déontologie médicale d'autres notions dont la protection est garantie par la Constitution permettent d'identifier les devoirs déontologiques susceptibles d'influencer la responsabilité civile médicale. Il convient d'insister sur l'épineuse question de la fin de vie.

53. La protection de l'humain par le refus de l'euthanasie. Il n'existe pas en l'état actuel du droit positif en France de droit à l'euthanasie. Le corps humain est protégé en droit français d'abord par le droit civil à l'article 16 et suivant du code civil qui dispose que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garanti le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Il l'est ensuite par le droit pénal à l'article 222-1 (et suivant) du code pénal dont le premier alinéa dispose que « *Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle* ». L'article 222-7 du code pénal dispose également que, « *Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle* ». Le droit pénal fait de la protection de l'humain et de sa vie une valeur prioritaire dont les atteintes sont sévèrement punies[240].

---

[236] La dignité est considérée comme un principe diffus aux fondements diversifiés. Cossalter P., « La dignité de la personne humaine en droit public français : l'ultime recours », *RGD*, 2014, n° 4, p. 4, www.revuegeneraledudroit.eu.

[237] Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 176.

[238] Mathieu B., « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, p. 211.

[239] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2010, 2e éd., coll. Thémis droit, p. 573.

[240] Faisant entièrement référence aux cinq grandes valeurs que le législateur souhaite promouvoir et protéger en rappelant les interdits sociaux essentiels. V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 145.

En outre, l'intégrité du corps humain est également protégée par la déontologie médicale[241]. En effet, le corps humain a un caractère exceptionnel[242], il est fait interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique et psychique de l'être humain, par conséquent, la déontologie médicale doit tout mettre en œuvre dans le but de respecter ce droit. À cet effet, sur la question de l'euthanasie, certaines décisions disciplinaires témoignent d'une plus grande sévérité de la sanction disciplinaire par rapport à la procédure judiciaire, notamment la procédure pénale[243].

Cela a été le cas dans une affaire, qui s'est déroulée dans le département du Calvados, dans laquelle le médecin (anesthésiste-réanimateur) a été sanctionné par une interdiction temporaire d'exercer pendant trois ans alors que le parquet avait classé sans suite la même affaire au pénal. L'affaire portait sur un patient, âgé de 87 ans atteint d'une myélodysplasie et de démence, ayant été hospitalisé après chute qui l'a plongé dans le coma. Alors que l'équipe médicale, en accord avec la famille, avait proposé d'arrêter l'assistance respiratoire pour ne se limiter qu'à des soins de confort ; le requérant, au demeurant compagnon d'une des filles du patient, a décidé de débrancher la seringue électrique et d'injecter la dose de Sufentanil qu'elle contenait, sans en informer l'équipe médicale en charge du patient. Cet acte a été considéré comme un manquement professionnel ayant précipité la mort du patient en première instance et confirmé par la chambre nationale du CNOM[244].

Plus sévèrement, le CNOM n'hésite pas à prononcer la radiation d'un médecin pour sanctionner le non-respect du code de déontologie médicale. C'est également l'occasion pour l'institution ordinale de s'assurer que les praticiens participent au respect de la personne humaine en ne pratiquant pas d'euthanasie. Dans cette affaire, le praticien a été jugé coupable d'avoir volontairement provoqué la mort et la chambre disciplinaire nationale a décidé que :

« *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, dans deux cas au moins, le Dr B a délibérément et de sa seule initiative provoqué la mort de patient, en violation de l'interdit rappelé à l'article R. 4127-38 du code de la santé publique ; que, quels que soient les motifs*

---

[241] Art. R. 4127-38 CSP *« Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer la mort »*.

[242] Art. 16-3 C. civ., « *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* ».

[243] Pour M. Mistretta, le juge pénal fait incontestablement preuve de bienveillance à l'égard du corps médical. V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 158.

[244] Ch. discipl. nat., 21 juillet 2016 n° 12882.

d'humanité qu'il invoque pour justifier ces actes, la sanction de la radiation du tableau de l'ordre que lui a infligé la chambre disciplinaire de première instance d'Aquitaine n'apparaît pas d'une sévérité excessive ; que sa requête et celle du conseil départemental des Pyrénées-Atlantiques ne peuvent, dès lors, être accueillies »[245].

Ces décisions démontrent l'attachement de la déontologie médicale à la protection de l'humain et de sa vie depuis des siècles[246]. L'euthanasie étant interdite en France, l'ensemble du corps médical participe au respect de l'humain par la prise en compte de la douleur et le soulagement des souffrances.

54. La protection de l'humain par le soulagement de la souffrance. Au terme de l'article R. 4127-37[247] du code de la santé publique « *En toute circonstance, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement. Il doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie* ». Le soulagement de la souffrance des personnes en fin de vie est une obligation pour les praticiens. Il s'inscrit dans la dynamique amorcée par la loi « Léonetti »[248] complétée par la loi « Léonetti Claeys »[249] qui préservent la dignité de la personne même en fin de vie. En effet, le deuxième alinéa de l'article L.1110-5 du code de la santé publique dispose que « *Toute personne a le droit d'avoir une fin de vie digne et accompagnée du meilleur apaisement possible de la souffrance. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour que ce droit soit respecté* ».
L'intérêt déontologique de ce droit au soulagement de la douleur en fin de vie est important, car il appartient aux seuls professionnels de santé d'apprécier le caractère raisonnable ou pas d'un traitement au regard de la situation du patient. Si le patient est en état d'exprimer sa volonté le médecin a l'obligation de respecter le choix du patient, il doit toutefois l'informer des conséquences de ce choix et l'inscrire dans le dossier du patient. Si le patient est hors d'état

[245] Ch. discipl. nat., 17 juin 2016 n° 12989.
[246] Le serment d'Hippocrate faisait déjà référence à l'interdiction de donner la mort : « *Je ne remettrai à personne du poison, si on m'en demande, ni ne prendrai l'initiative d'une pareille suggestion* ».
[247] V. *supra* n° 58 pour les difficultés liées à la rédaction de l'article 37 CDM.
[248] Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.
[249] Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

d'exprimer sa volonté, il appartient au médecin en charge du patient, à l'issue d'une procédure déterminée[250], de prendre la décision de limitation ou d'arrêt de traitement.
La question de la fin de vie continue de faire débat en France. En raison de la polémique qu'elle suscite, il appartient à la déontologie médicale d'apporter des réponses éthiques convenables. Ces questions qui font davantage appel à l'éthique et à la déontologie médicale ne peuvent être traitées exclusivement par le législateur. Les praticiens demeurent-ils les principaux acteurs dans la construction de ce droit, d'où l'intérêt qu'ils soient soumis à un code de déontologie, à une morale professionnelle pour éviter toutes dérives. Le CNOM, à travers le code de déontologie médicale, joue également le rôle de bouclier contre les revendications sociétales qui ne correspondent pas toujours à la finalité de la médecine, qui est de tout mettre en œuvre en vue du maintien et de la protection de la vie.

In fine, les devoirs déontologiques qui traitent de la protection de l'humain et du droit du patient d'avoir une fin de vie digne, sont au nombre de ceux susceptibles d'influencer la responsabilité civile médicale. Dans ce cas, la légitimité de l'influence des règles déontologiques ne fait pas de doute, d'autant plus que l'État français reconnait à toutes personnes le droit à la protection de sa santé.

2. Le droit à la santé

55. Le droit à la santé entre mythe et réalité. La déontologie médicale exerce sur la responsabilité civile médicale une influence qui s'analyse par degrés. Puisque toutes les règles déontologiques n'influencent pas la responsabilité civile médicale, celles qui en sont susceptibles se voient reconnaitre une valeur et une portée différente. Il en va ainsi des règles déontologiques qui participent à la protection de la santé de tout individu. Ce droit à la santé, en raison de son caractère insaisissable, a été longuement débattu par la doctrine. Certains y voient un droit sans véritable signification[251], d'autres y voient un droit particulier se rapportant à la fois à l'individu en ce qu'il a de plus personnel et à l'organisation sociale en ce qu'elle a de plus essentiel[252].

[250] Le médecin doit prendre en compte les éventuelles directives anticipées, recueillir l'avis de la personne de confiance, le cas échéant celui de la famille ou des proches et respecter la procédure collégiale.
[251] Moreau J., « Le droit à la santé », *AJDA*, 1998, p. 185.
[252] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2010, 2e éd., coll. Thémis droit, p. 2.

L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution énonce qu'« *Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* (…) ».
Plutôt qu'un véritable « droit à la santé », il s'agit plus exactement d'un droit à la protection de la santé qui est consacré par le constituant. En effet, nul ne peut garantir un quelconque « droit à la santé », dont la mise en œuvre relève plus de l'utopie que de la réalité, tant qu'il n'est pas reconnu de caractère exact à la science médicale et que la « bonne » santé ne dépend pas uniquement d'elle. En revanche, la protection de la santé des individus, en dépit du caractère pluridisciplinaire que cela représente, est un fondement de la République française qui se déclare comme une « *République indivisible, laïque, démocratique et sociale* »[253].
Le droit à la santé est un droit « mixte » qui recoupe plusieurs aspects d'ordre scientifique et économique qui s'inscrivent dans l'évolution de l'activité médicale et le développement d'un ordre juridique fondé essentiellement sur la protection des droits fondamentaux des individus[254]. Il en est ainsi de la problématique liée à la protection de la santé. Ce système relève davantage de la pluridisciplinarité que de la médecine elle-même. Il y a en effet, dans la protection de la santé plusieurs enjeux qui se mêlent. Entre les considérations politiques, économiques, scientifiques et sociales, le droit à la santé semble se rattacher à un droit « fourre-tout » difficilement identifiable pris isolement.
Dès lors, le concours de la déontologie médicale dans la réalisation de la protection de la santé des individus est primordial. Ce d'autant plus que la protection de la santé représente l'un des enjeux majeurs de la République[255] malgré les limites conjoncturelles qui s'y attachent.

56. Le droit à la protection de la santé, fondement d'un État providence[256]. La reconnaissance du droit de tout individu à la protection de sa santé se rattache à la dynamique sociale mise en place par l'État providence. Cela exige des médecins qu'ils s'engagent moralement à la réalisation de ce droit, puisqu'il s'agit d'un droit à la fois personnel et collectif[257]. Les médecins sont également soumis à un devoir déontologique de protection de la santé des individus. Le devoir de protection de la santé fait partie de ce que M. Tabuteau nomme des « *devoirs sociaux* » car ils sont « *producteurs d'effets juridiques en raison de leur*

[253] Article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 et Préambule de la Constitution du 24 octobre 1946.
[254] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., précit. p. 1.
[255] Le droit à la protection de la santé a été plusieurs fois affirmé par le Conseil constitutionnel v. par exemple décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 ; 90-283 du 8 janvier 1991 DC ; 99-416 DC du 23 juillet 1999 ; 2001-453 du 18 décembre 2001.
[256] Pour une vision synthétique et pédagogique de la notion v. F.-X., *L'État providence*, éd. PUF, 3e édition, 2007, coll. Que sais-je ?
[257] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2010, 2e éd., coll. Thémis droit, p. 2.

prescription par la législation ou la réglementation »[258]. Le droit à la santé étant entendu comme un droit aux prestations de santé[259], c'est évidemment que les médecins et autres professionnels de santé se trouvent au cœur de la réalisation de ce droit.

En outre, l'article L. 1110-1 du code de la santé publique précise 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, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possibl*e ». La protection de la santé est une tâche qui incombe à l'ensemble des acteurs de santé.

La violation de l'article 12 du code de déontologie médicale[260] peut-elle également servir de fondement à l'appréciation ou à la qualification d'une faute de nature civile. L'apport de la déontologie médicale dans la protection de la santé se justifie puisqu'il s'agit également d'un devoir de « *tout homme qui aspire à l'honneur d'exercer dans la société le sacerdoce médical* (…) »[261]. La protection de la santé dépend également de la déontologie puisqu'en raison de sa portée générale elle est en quelque sorte défendue par plusieurs dispositions du code de déontologie médicale. Dès lors, la sanction disciplinaire prise à l'encontre d'un ou plusieurs praticiens peut s'analyser, entre autres, comme un manquement à leur devoir moral de protection de la santé[262] ; d'autant plus que le respect de la personne soignée, son autonomie et la qualité des soins qu'elle reçoit sont des lignes directrices contenues dans le droit à la protection de la santé.

Cependant, le droit à la protection de la santé reste un droit limité en raison de l'impossibilité de son objet.

57. Le droit à la protection de la santé, un droit limité. Il n'est pas possible, en l'état actuel des connaissances scientifiques, de garantir à tous un droit à la santé au sens de

[258] Tabuteau D., « Santé et devoirs sociaux », *RDSS*, 2009, p. 42.
[259] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., précit. p. 2.
[260] Art. 12 CDM « *Le médecin doit apporter son concours à l'action entreprise par les autorités compétentes en vue de la protection de la santé et de l'éducation sanitaire. Il participe aux actions de vigilance sanitaire* ».
[261] Simon M., *Déontologie médicale, ou des devoirs et droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, éd. Baillières, 1845, p. 199.
[262] V. par exemple ch. discipl. nat., 22 septembre 2004 n° 8858, réalisation d'intervention de dermatologie en état d'ébriété (avertissement) ; 3 avril 2002 n° 8088, état d'ébriété pendant la garde (interdiction temporaire d'exercer).

« bonne santé ». De même, le caractère pluridisciplinaire de ce droit dépend à la fois d'une coordination et d'une collaboration qui nécessite de concilier plusieurs facteurs différents.
Tout d'abord, le droit à la protection de la santé est limité par les données acquises de la science. Il ne peut être reproché à un praticien de n'avoir pas procédé à un acte thérapeutique non homologué par les autorités compétentes[263]. Dès lors, le dommage qui en résulterait ne saurait entrainer la responsabilité dudit praticien[264].

Ensuite, le droit à la protection de la santé est également limité par des considérations économiques qui sont souvent rattachées aux principes fondamentaux de la déontologie médicale tels que la liberté d'installation et le paiement direct des honoraires par le malade[265]. En effet, certaines restrictions de la liberté d'installation des praticiens[266] et à la mise en place du tiers payant généralisé[267] peuvent paraître contraire aux attentes des praticiens, mais le législateur a fait le choix de rendre effective la protection de la santé des individus.
Enfin, le droit à la protection de la santé peut être limité par la société elle-même, c'est-à-dire le patient pris individuellement. L'exemple des témoins de Jéhovah qui en raison de leurs croyances se refusent à certains traitements[268] notamment celui de la transfusion sanguine. Dans cette hypothèse, il n'est pas aisé de concilier en pratique le respect de la volonté du patient et l'obligation de donner des soins, d'autant plus que la méconnaissance de cette obligation est également constitutive d'une infraction pénale[269]. La situation a finalement été tranchée par le Conseil d'État qui considère que lorsque le médecin passe outre le refus du patient de ne pas recevoir un traitement, il faut que quatre conditions cumulatives soient réunies pour que la responsabilité du praticien ne soit pas engagée. Il faut que le pronostic vital du patient soit engagé, qu'il n'y ait pas d'autre alternative thérapeutique, que les actes accomplis soient indispensables à la survie du patient et qu'ils soient proportionnés à son état[270]. Dès lors, il ne saurait résulter un préjudice moral imputé à la transfusion sanguine d'un témoin de Jéhovah[271].

---

[263] Sur le concept de données acquises de la science et les autorités compétentes V. Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 461 et sv.
[264] Cass. civ. 1re 12 novembre 1985 inédit ; Cass. civ. 1re 6 juin 2000, n° 98-19. 295, *Bull*. n° 176.
[265] Art. L. 162-2 du code de la sécurité sociale.
[266] Le CNOM dénonce avec force et régulièrement les atteintes à la liberté d'installation, récemment c'est la mise en place d'un conventionnement sélectif en vue d'éradiquer le problème des déserts médicaux qui a été dénoncé, v. communiqué de presse du 19 octobre 2016 www.conseil-national.medecin.fr.
[267] Depuis le 1er janvier 2017, les femmes enceintes (à partir du sixième mois) et les personnes souffrant d'une affection de longue durée sont dispensés d'avance de frais.
[268] Art. L. 1111-4 CSP dispose que « *toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement* ».
[269] Art. 223-6 du code pénal (non-assistance à personne en péril).
[270] CE ass. 26 octobre 2001 n° 198546, *Lebon*.
[271] CAA Nantes 20 avril 2006 n° 04NT00534, *Lebon*.

En revanche, si le médecin décide de respecter le refus de traitement du patient en ne pratiquant pas la transfusion sanguine, la position de la jurisprudence est celle de considérer qu'« *il ne saurait être reproché au médecin, qui doit respecter la volonté du malade, d'avoir éventuellement tardé à pratiquer une intervention vitale, alors qu'il ne pouvait la réaliser sans procéder, contre la volonté du patient à une transfusion sanguine* »[272].
Il paraît difficile de garantir à tous un droit à la protection de la santé car le caractère contraignant de certaines mesures pose des difficultés d'articulation avec le droit au consentement reconnu à chaque patient[273]. Il existe une limite réelle au droit à la protection de la santé, à savoir, la limite posée par le patient lui-même lors de l'expression de son consentement. En effet, la volonté de l'État providence de tout mettre en œuvre en vue de protéger la santé des individus se trouve souvent limitée par les individus eux-mêmes en dépit de la mobilisation de tous les acteurs concernés[274].

La valeur constitutionnelle d'une disposition déontologique n'est pas sans effet. Les règles déontologiques dont une valeur constitutionnelle est reconnue seront légitimement intégrées dans l'appréciation de la responsabilité civile d'un praticien par le juge judiciaire. Par ailleurs, la codification des règles de déontologie médicale a permis de vulgariser ces règles en dehors du groupe professionnel. Les conséquences de la codification de la déontologie médicale sont appréciées progressivement en fonction de leur intégration dans l'ensemble normatif du droit commun de la responsabilité civile.

B. LES CONSÉQUENCES DE LA CODIFICATION DE LA DÉONTOLOGIE

58. L'immixtion du législateur dans la rédaction des règles de déontologie. Dès lors que la déontologie est codifiée, elle doit répondre aux règles étatiques en la matière. Pour

[272] TGI d'Aix-en-Provence 13 mai 2004 confirmé par la CA d'Aix-en-Provence 21 décembre 2006 n° 92/06197.
[273] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p.363.
[274] Dans le même sens il est possible d'évoquer la tendance grandissante du refus de vaccination. Nous savons que le risque des accidents vaccinaux, pour les vaccins obligatoires, relève de la responsabilité de l'État conformément à la loi n° 64-643 du 1er juillet 1964, l'indemnisation du dommage qui en résulte est assurée par l'ONIAM (art. L. 3111-9 CSP). Néanmoins, les personnes titulaires de l'autorité parentale sont personnellement responsables de l'exécution des vaccinations de leurs enfants ou des mineurs dont ils ont la charge (art. L. 3111-2 CSP). Le refus de vacciner son enfant peut entrainer des conséquences pour l'enfant et pour la société, le non-respect de l'obligation vaccinale entraine la responsabilité des parents (au terme de l'article L. 3116-4 CSP, les parents risquent six mois d'emprisonnement et 3750 euros d'amende), il appartient aux administrations scolaires de recueillir la preuve de la vaccination de l'enfant lors de son admission à l'école. Le Conseil constitutionnel a affirmé la conformité de l'obligation vaccinale au droit à la protection de la santé contenu dans la Constitution, décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015.

répondre aux règles légales, la codification a-t-elle permis au législateur de s'intéresser de près à la déontologie médicale. La déontologie entretient avec le législateur des rapports ambigus tendant à inverser le processus de rédaction des règles de déontologie médicale[275]. Cette immixtion croissante du législateur se manifeste par l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une loi concernant le domaine médical[276]. Dans certains cas, le législateur se « substitue » au CNOM dans sa mission de rédacteur du code de déontologie médicale, ne laissant à ce dernier que le choix de « *se contenter de reprendre l'énonce des dispositions législatives* »[277].

Cela a été le cas de la loi Léonetti[278] qui a considérablement bouleversé la déontologie médicale, notamment les dispositions relatives à l'obstination déraisonnable et la procédure collégiale. Les articles 37, concernant la définition de l'obstination déraisonnable et la procédure collégiale, et 38 sur la question du recours aux médicaments à double effet du code de déontologie médicale ont fait l'objet d'un débat à la suite de l'adoption de la loi[279]. À l'issue de ce débat, la mission parlementaire d'information sur l'accompagnement en fin de vie avait invité les médecins à modifier la rédaction desdits articles. En effet, la mission parlementaire d'évaluation de la loi Léonetti proposait aux CNOM d'insérer une disposition obligeant les médecins à pratiquer une sédation des patients dans des circonstances d'évaluation difficile de la douleur. Le projet d'article prévoyait à la charge des médecins un devoir de sédater les patients dans des cas particuliers. L'objectif du projet était clairement de rassurer les médecins devant leur crainte de poursuites judiciaires et d'éviter qu'une autre affaire similaire à celle de Pierra[280] se reproduise[281].

---

[275] Moret-Bailly J., « Les rapports entre loi et déontologie des professions de santé après le 4 mars 2002 », *RDSS*, 2003, p. 581.

[276] L'exemple des lois de 1994 relative à la bioéthique, de 1975 relative à l'IVG ou de la loi de 2002 relative aux droits des malades qui ont nécessité une modification du code de déontologie médicale.

[277] Cacqueray S., « Les interactions entre la loi et la déontologie médicale », *in La déontologie médicale*, Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence, 2007, p.116.

[278] Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

[279] Notamment le rapport de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, Assemblée nationale rapport n° 1708 du 30 juin 2004 tome II.

[280] L'affaire Pierra fait référence au jeune Pierra Hervé mort à l'âge de 29 ans après huit ans de coma végétatif à la suite de sa tentative de suicide. Après l'adoption de la loi Léonetti, ses parents avaient demandé que leur fils bénéficie de son application et avaient été confrontés aux refus des médecins malgré l'intervention du procureur de la République, du ministre de la Santé et d'un centre d'éthique clinique. Les médecins craignant d'être accusés d'avoir pratiqué l'euthanasie se sont limités à l'application du protocole d'accord signé par la famille ne prévoyant que le retrait de la sonde gastrique et non la sédation. V. Leonetti J., Rapport d'information, du 28 novembre 2008, réalisé au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, Assemblée nationale, n° 1287, tome II.

[281] Legros B., « La difficile et délicate entrée de la sédation dans le code de déontologie médicale », *RGDM*, n° 40, 2011, p. 141.

Le CNOM refusait cette orientation du texte en estimant que la fin de vie relevait déjà d'autres dispositions du code de déontologie médicale telle que l'information du malade, les effets secondaires du médicament ou la lutte contre la souffrance[282]. Pour répondre à la demande de la mission parlementaire, le CNOM a publié sur son site internet une première version de l'article 37 disposant que « *Lorsqu'une limitation ou un arrêt de traitement a été décidé en application de l'article L. 1110-5 (...) et lorsque la souffrance du patient ne peut être évaluée du fait de son état cérébral, le médecin a recours*[283] *aux traitements antalgiques et sédatifs permettant d'assurer la dignité de la fin de vie du patient. Il veille également à ce que l'entourage du patient reçoive un soutien approprié* »[284]. Cette version de l'article 37 a fait débat car le CNOM n'avait pas encore reçu l'autorisation du ministère de la santé, mais surtout en raison du caractère publicitaire et médiatique de cette diffusion. L'article a été retiré et modifié sous les recommandations de la commission d'éthique de la société de réanimation de langue française (SRLF) et de la société française d'accompagnement et de soins palliatifs (SFAP) qui travaillaient parallèlement sur la rédaction de recommandation pour la sédation en phase terminale[285].

Les articles 37 et 38 du code de déontologie médicale ont finalement été modifiés en 2006[286] et 2010[287]. La version définitive de l'article 37 ne prévoit plus qu'une simple possibilité de sédation permettant d'y intégrer les dispositions relatives à l'obstination déraisonnable, la procédure collégiale d'arrêt de traitement et les directives anticipées.
Les modifications du code de la santé publique apportées par la loi du 2 février 2016[288] conservent l'esprit de l'article R. 4127-37. Elles se limitent à la suppression de la référence à l'article L. 1111-13, à l'instauration d'une procédure collégiale dans les cas de sédation et au renforcement des directives anticipées en fin de vie. La loi instaure une procédure collégiale[289]

[282] Cacqueray S., « Les interactions entre la loi et la déontologie médicale », *op. cit.*, p.117.
[283] Nous soulignons.
[284] Cremer R., et Folscheid D., « Modification de l'article 37 du code de déontologie médicale : pourquoi la commission d'éthique de la SRLF s'est-elle battue pour un adverbe ? », *Réanimation*, 2010, pp. 719.
[285] *Ibid*. p. 719.
[286] Décret n° 2006-119 du 6 février 2006 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique.
[287] Décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement qui introduit dans le droit français la sédation profonde et continue.
[288] Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.
[289] Les modalités de la procédure collégiale en cas de sédation profonde et continue jusqu'au décès sont renvoyées au pouvoir réglementaire. La loi n'interdisant pas que ces dernières soient définies par le code de déontologie médicale comme cela a été le cas pour les décisions d'arrêt de traitement, même si la loi élargit le cadre juridique du collège pour la prise de décision d'un arrêt de traitement à l'article L. 1110-12 CSP. À cet effet, le décret du

dans le cadre d'une décision d'application de la sédation profonde et continue jusqu'au décès s'inspirant de celle existant déjà pour les cas d'arrêts de traitements. Les directives anticipées sont renforcées dans leur portée, leur contenu, leur validité, leur hiérarchie dans la prise de décision et leurs modalités de conservation[290].

Ces modifications du code de déontologie médicale ne relèvent plus seulement de la « simple » modification en vue d'une évolution de la déontologie, mais au contraire d'une réelle contrainte imposée par le législateur. En effet, de nombreuses dispositions du code de déontologie médicale précisent par ailleurs qu'elles ne s'appliquent que dans les conditions prévues par la loi ou dans les limites fixées par celle-ci[291]. Il s'ensuit dès lors une réduction du pouvoir réglementaire du CNOM quant à l'application et la modification de certaines dispositions du code de déontologie médicale.

Le législateur s'immisce également au cœur de la relation médecin-patient. Comme vu précédemment, l'immixtion du législateur peut prendre plusieurs formes et s'entendre différemment selon qu'elle contraint ou recommande[292]. Dans sa volonté d'affirmation des droits du patient, le législateur a dressé plusieurs obligations à la charge du médecin considérées comme des droits fondamentaux pour le patient. Il en est ainsi du droit à l'information, du consentement libre et éclairé, du respect de la vie privée du patient, du droit au secret médical, de l'égal accès aux soins. La consécration de ces droits pourrait s'analyser en doublon au regard des devoirs et obligations déjà contenus dans le code de déontologie médicale.

C'est notamment le cas du dossier médical personnel[293] qui répond aux exigences de la loi posées à l'article L. 1111-7 du code de la santé publique. En effet, le médecin est tenu par le code de déontologie médicale à une obligation de fiches d'observations personnelles au terme de l'article 45 « *indépendamment du dossier médical prévu par la loi* ». Cette fiche d'observation qui constitue un véritable dossier professionnel ne répondant à aucun formalisme doit s'ajouter au dossier médical formalisé et réglementé prévu par la loi. L'objectif louable du législateur étant de favoriser la coordination, la qualité et la continuité de la prise en charge du patient, le maintien de l'article 45 du code de déontologie paraît répétitif d'autant plus que ces

---

CE a été pris après avis du CNOM, V. décret n° 2016-1066 du 3 août 2016 modifiant le CDM et relatif aux procédures collégiales et au recours à la sédation profonde et continue jusqu'au décès.

[290] Art. L. 1111-11 CSP.

[291] V. les articles 4 relatifs au secret professionnel, 8 relatifs à la liberté de prescription, 12 relatifs au traitement des données, 15 relatifs aux recherches biomédicales. De manière exhaustive les articles 16, 17, 18, 21, 45, 46, 52, 53, 77, 83, 84, 85, 87, 99 et 103 renvoient tous à la loi.

[292] V. *supra* n° 58.

[293] Mis en place par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

fiches personnelles ne sont ni transmissibles ni accessibles aux patients encore moins aux tiers[294]. Sans doute ce maintien se justifie par la pratique professionnelle quotidienne et par le besoin des médecins de garder une certaine liberté dans l'exercice de leur art et de se soustraire, le temps d'une consultation, aux exigences administratives imposées par le législateur.
Il convient néanmoins de nuancer cet argument, car si cette consécration du dossier médical peut sembler redondante, sa nécessité et sa portée ne souffrent à l'inverse d'aucun doute[295]. Les règles déontologiques critiquées en raison de leur caractère général et imprécis ont favorisé l'intervention du législateur. Par conséquent, « *l'adoption d'une loi, si lente et difficile soit elle, se révèle bien plus rapide et bien plus efficace pour adapter la déontologie médicale aux évolutions de la société. Cette rapidité dans l'adaptation de la déontologie médicale est rendue nécessaire non seulement par la science mais aussi par les attentes des patients* »[296]. Les débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 4 mars 2002[297] ont mis en lumière les méfiances à l'égard du corps médical. Le législateur considérant que les droits du patient contenus dans le code de déontologie médicale ne sont affirmés qu'en tant que devoirs à l'égard du médecin. Il y a lieu d'inverser cette situation par une reconnaissance dans le droit positif de ces droits les rendant plus lisibles et accessibles aux patients[298].

Ce phénomène illustre les rapports de force que peuvent ensemble entretenir le législateur et la déontologie médicale. L'une tendant à (ré) affirmer sa supériorité et l'autre à s'affirmer pour gagner en indépendance.

59. Codifier pour renforcer l'autonomie de la déontologie[299]. La codification permet également à la déontologie médicale de renforcer son autonomie, sa publicité et sa transparence. En effet, les règles professionnelles regroupées dans un code unique permettent une meilleure lisibilité aussi bien pour les professionnels directement impliqués que les tiers pouvant être concernés dans le cadre d'un litige par exemple. La codification a permis de faire le lien entre des usages et le droit, puisqu'une règle écrite est davantage susceptible d'être

[294] Art. 45 « *Les notes personnelles du médecin ne sont ni transmissibles ni accessibles aux patients et aux tiers* », elles peuvent toutefois l'être soit par l'intermédiaire d'un autre médecin (II article 45) soit sous certaines conditions fixées à l'article R. 1111-1 à 8 CSP.
[295] On peut toutefois nuancer par rapport au dossier médical personnalisé dont la mise en place laborieuse peine à se généraliser et dont les coûts de financement semblent le remettre en cause. En 2014 seulement à peine plus de 400.000 dossiers étaient ouverts contre 5 millions attendus pour un coût estimé à plus de 500.000 euros en partie financé par la sécurité sociale.
[296] Cacqueray S., « Les interactions entre la loi et la déontologie médicale », *op. cit*., p.120.
[297] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[298] Cacqueray S., « Les interactions entre la loi et la déontologie médicale », *op. cit*., p.118.
[299] V. *infra* n° 59, 272 le renforcement de la déontologie par la publicité.

connue de tous et par conséquent d'entrainer des sanctions en cas de manquement. Ceci relève davantage d'une vulgarisation de la déontologie médicale que d'une simple manœuvre technique, puisqu'en l'absence de codification il est impossible d'y avoir accès et d'en prendre connaissance.

Le statut formel de la règle déontologique a également permis de pérenniser la sanction en cas de manquement. L'organisation ordinale est chargée d'assurer le pouvoir disciplinaire au sein de la profession.

SECTION 2. LE POUVOIR DISCIPLINAIRE ATTACHÉ À LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

60. L'organisation ordinale. L'intention d'organiser la profession médicale en ordre n'est pas récente. Elle remonte au moyen-âge et ne s'est pas réalisée sans difficultés. En France, c'est la loi du 7 octobre 1940 prise par le gouvernement Vichy qui a créé le Conseil supérieur de la médecine et les conseils départementaux de l'ordre dont les membres étaient nommés. À peine un an plus tard, la loi du 26 novembre 1941 avait modifié l'organisation du Conseil et instauré l'élection des membres. C'est en juillet 1943 que le Conseil supérieur de médecine est devenu le conseil de l'ordre des médecins tel qu'il est connu actuellement. Les missions de l'ordre sont multiples. Il est par exemple chargé de veiller au respect des principes de moralité, probité et dévouement inhérents à l'exercice de la profession de médecin. Il est également chargé du respect des principes déontologiques dont il assure la sanction des manquements. À ce titre, l'ordre est doté d'un système d'autodiscipline (I) lui permettant d'assurer le respect des règles déontologiques et d'engager la responsabilité disciplinaire des praticiens déviants (II).

I. L'AUTODISCIPLINE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

61. L'importance de l'institution. L'institution ordinale est nécessaire pour la profession car elle joue un rôle fédérateur pour l'ensemble des membres de la profession. Elle permet également une harmonisation des règles déontologiques, éthiques et disciplinaires en plus de devoir assurer l'adaptation des règles déontologiques aux évolutions scientifiques, techniques et sociétales. L'autodiscipline de la déontologie médicale s'est mise en place

progressivement après la création de l'ordre professionnel. Si l'histoire de l'établissement de l'ordre est difficile et remonte à l'époque des syndicats médicaux de 1884, cela s'explique aussi par le rétablissement des corporations qui a été mal perçu et controversé par la population après la Révolution. Toutefois, une fois l'organisation médicale en place, il a fallu déterminer son organisation (A) et son domaine de compétence (B) qui n'ont cessé d'évoluer.

A. L'ORGANISATION DU CNOM

62. Organisation administrative du CNOM. L'organisation territoriale de l'ordre professionnel des médecins est à l'image de la division administrative française[300]. Il existe trois degrés dans l'organisation professionnelle médicale, à savoir un conseil national (CNOM), régional ou interrégional et départemental[301].

63. Le conseil départemental[302], premier échelon de l'ordre des médecins, est un organe privé doté de la personnalité juridique qui exerce dans chaque département les attributions générales du CNOM. Il joue un rôle administratif dans la gestion du tableau de l'ordre. Il est chargé de veiller et tenir à jour le tableau par la vérification des conditions requises et, le cas échéant, de radier de celui-ci les praticiens qui, par suite de l'intervention de circonstances avérées postérieures à leur inscription, ont cessé de remplir ces conditions. Le conseil départemental gère également les contrats de remplacement, d'association ou de collaboration des praticiens, il gère également la permanence des soins dans le département et participe aux commissions médicales, sociales et économiques.
Le conseil départemental exerce également un rôle disciplinaire, étant chargé de l'instruction des plaintes[303], de l'organisation des conciliations entre les parties, de la saisie judiciaire des dossiers médicaux et le conseil aux confrères ainsi que la collecte et l'étude des dossiers d'entraide. L'ordre départemental est composé de 18 membres[304] titulaires élus par l'assemblée générale des médecins pour un mandat de six ans renouvelés par moitié tous les trois ans. Le nombre de membres est variable en fonction des praticiens inscrits au tableau du département.

[300] Même si la France compte un degré supplémentaire, celui de l'intercommunalité qui regroupe plusieurs communes dans le but d'exercer ensemble tout ou partie de leurs compétences. L'organisation professionnelle médicale compte elle aussi un échelon supplémentaire, celui de l'inter-régionalité.
[301] Art. L. 4121-2 al. 4 CSP.
[302] Art. L. 4112-1 et sv., L. 4123-1 et sv.
[303] Son rôle disciplinaire reste toutefois limité puisqu'il n'exerce pas de compétence disciplinaire.
[304] Les conditions d'éligibilité sont fixées à l'article L. 4123-5 CSP.

Il compte cinq commissions principales dont la commission des plaintes, la commission de la permanence des soins, la commission des contrats, la commission de communication des jeunes médecins et la commission des finances.

64. Le conseil régional ou interrégional[305] est le deuxième échelon de l'ordre des médecins. Il a vu son rôle et ses attributions modifiés et renforcés[306]. Jusqu'en 2006[307] ses attributions se limitaient à un rôle de première instance disciplinaire, à la suite de plaintes de praticiens ou de particuliers et à un rôle contentieux notamment en matière d'élection des conseils départementaux et des conflits liés à l'inscription au tableau de l'ordre. Désormais, les compétences disciplinaires sont attribuées à une nouvelle institution qu'est la chambre disciplinaire de première instance. Seules les chambres disciplinaires de première instance de l'ordre sont compétentes pour connaître l'ensemble des litiges des praticiens inscrits au tableau de l'ordre[308].

La composition de la chambre disciplinaire est prévue à l'article L. 4132-7 du code de la santé publique, elle est dirigée par un magistrat du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel. Les membres de la chambre disciplinaire de première instance sont élus par le conseil régional auprès duquel siège la chambre, parmi, d'une part, les membres du conseil régional dont elle dépend et, d'autre part, les membres et anciens membres des conseils de l'ordre. Le mandat électif est de neuf ans renouvelables par tiers tous les trois ans[309].

La chambre disciplinaire compte également des membres avec voix consultative parmi lesquels un médecin désigné par le directeur général de l'ARS, un professeur d'une unité de formation et de recherche en médecine désigné par le ministre chargé de l'enseignement supérieur, un praticien conseil désigné par le médecin conseil de la sécurité sociale et un représentant des médecins salariés désigné par le tribunal administratif[310].

Par ailleurs, la désignation des membres de la chambre disciplinaire de première instance par le directeur de l'ARS ou le ministre de l'Enseignement supérieur n'est pas de nature à placer

[305] Art. L. 4124-11 CSP.
[306] Des modifications apportées par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[307] En application tardive de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 ont été pris : décrets n° 2004-809 du 29 juillet 2004 et n° 2006-269 du 7 mars 2006 concernant les dispositions relatives à la discipline, à la proclamation des résultats des élections des membres des conseils régionaux, interrégionaux et des chambres disciplinaires.
[308] Leca A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, éd. LEH, 2012, p. 461.
[309] Art. L. 4132-7 al. 4 CSP.
[310] Art. L. 4132-9 CSP.

ces derniers sous leur autorité ni de porter atteinte à leur indépendance dans leurs fonctions juridictionnelles[311].

Depuis 2006, le conseil détient des compétences essentiellement administratives. En plus d'assurer la régulation des actes médicaux dans la région et la représentation de la profession auprès des institutions relatives à la santé, à la formation médicale universitaire ou administrative. Il devient l'interlocuteur principal des organismes régionaux notamment de l'agence régionale de santé[312] (ARS) et de l'union régionale des professionnels de santé[313] (URPS). À cet effet, le directeur général de l'ARS, sur proposition du CNOM, peut, lorsque les membres d'un conseil départemental mettent celui-ci dans l'impossibilité de fonctionner, nommer une délégation de trois à cinq membres chargés d'assurer les fonctions du conseil départemental jusqu'à l'élection d'un nouveau conseil[314].

La composition du conseil régional varie en fonction du nombre de médecins inscrits sur le tableau de l'ordre de la région. Généralement, le conseil compte une douzaine de membres titulaires et autant de suppléants élus par les seuls conseillers départementaux. La répartition des sièges au sein du conseil est d'un élu par département de la région au prorata du nombre de médecin inscrit dans la région.

La composition de la chambre disciplinaire n'est pas anodine, elle correspond à l'objectif du pouvoir exécutif de contrôler la gestion de la profession médicale. La sécurité sanitaire est l'une des missions régaliennes de l'État. À ce titre, il définit et modifie les normes applicables et s'assure de la coordination de ses interventions. En modifiant la structure organisationnelle, le législateur permet-il à d'autres organismes de s'intéresser et participer à la sanction disciplinaire. Cette nouvelle collaboration entre organismes vise à terme l'objectif de préservation de la santé publique. L'ARS par exemple est l'interlocuteur privilégié du pouvoir

[311] Sur cette question le CE rejette la QPC en décidant que « (…) *la seule désignation de membres de la chambre disciplinaire de première instance par le directeur de l'agence régionale de santé ou par le ministre chargé de l'enseignement supérieur ne place pas sous leur autorité les personnes ainsi désignées par eux ; que, par suite, une telle modalité de désignation n'est pas, par elle-même, de nature à porter atteinte à l'indépendance de ces personnes dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* », CE 13 mai 2015 n° 376323.

[312] Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires dite loi HPST. L'ARS assure également les missions de l'ancienne union régionale des caisses d'assurance maladie dissoute en avril 2010.

[313] Art. L. 4031-1 et sv. CSP.

[314] Art. L. 4123-10 CSP.

exécutif dans la région en matière de santé publique. Dès lors, elle remplit également, en vertu de la loi, une mission d'alerte et de veille sanitaire dans la région[315].

De même, il était par exemple prévu la mise en place, auprès de chaque région, d'un conseil régional de formation médicale continue (CRFMC) chargé d'apprécier l'effectivité du respect de l'obligation de formation continue des médecins[316], le cas échéant, le manquement à cette obligation pouvant entrainer des sanctions disciplinaires pour le médecin défaillant. Toutefois, à ce jour les décrets d'application de cette mesure n'ont toujours pas été pris[317].

Au terme de l'article L. 145-1 du code de la sécurité sociale, une section d'assurance sociale siège également en première instance pour les cas de fautes, de fraudes, d'abus et de tous faits intéressant la profession à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux. Cette section d'assurance est autonome dans son fonctionnement par rapport à la chambre de première instance du conseil régional. Elle fait l'objet d'une composition et d'une présidence distincte de celle du conseil régional afin de traiter les fautes et abus des médecins dans leur relation avec les organismes de sécurité sociale.

Le conseil régional n'exerce finalement que des compétences résiduelles en matière disciplinaire. Il n'aura, en effet, à se prononcer de la suspension temporaire d'un praticien que dans l'hypothèse où ce dernier souffre d'une infirmité ou d'un état pathologique rendant dangereuse la pratique de son art[318].

65. L'ordre national[319] est le dernier échelon de l'ordre des médecins, dont la mission principale est de veiller « *au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine (...) et à l'observation, par tous les membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie* ». L'ordre national assure également le recours hiérarchique contre les décisions du l'ordre départemental.

Il est composé d'une cinquantaine de membres dont quarante-six sont élus par les conseillers départementaux pour un mandat de six ans. Les modalités de répartition des sièges sont prévues par la loi. Dans la coordination de l'ensemble de ses missions, le CNOM est composé de quatre

---

[315] Art. L. 1435-1 CSP « *Le directeur général de l'agence régionale de santé informe sans délai le représentant de l'État territorialement compétent ainsi que les élus territoriaux concernés de tout événement sanitaire présentant un risque pour la santé de la population ou susceptible de présenter un risque de trouble à l'ordre public* ».

[316] Art. R. 4127-11 CSP « *Tout médecin entretient et perfectionne ses connaissances dans le respect de son obligation de développement professionnel continu* ».

[317] La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé abroge le chapitre III « Développement professionnel continu » du CSP.

[318] Art. L. 4124-11 al. 4 CSP.

[319] Art. L. 4132-1 sv. CSP.

sections. La section éthique et déontologie chargée de l'évolution et de l'adaptation des règles de déontologie aux mœurs et des commentaires du code de déontologie médicale. La section exercice professionnel, chargée de l'évolution de la pratique médicale en rapport avec les différentes modifications législatives, réglementaires et sociétales. La section formation et compétence médicale chargée de suivre et examiner les règlementations nationales, européenne et internationale en matière de qualifications professionnelles. Enfin la section santé publique et démographie médicale chargée de la coordination en matière de veille sanitaire sur l'ensemble du territoire.

C'est en application de ses missions que le CNOM a publié le 7 février 2017 un projet de réforme pour la santé dont les principaux axes sont l'amélioration de l'égalité de l'accès aux soins, le renforcement de la qualité des soins, l'encouragement de la liberté des acteurs et leurs initiatives et la préservation de l'équilibre financier du système[320]. Une initiative du CNOM qui démontre l'intérêt qu'il porte à sa mission de service public et qui marquera, pour le prochain gouvernement, une étape décisive dans la lutte contre les déserts médicaux et l'amélioration de la prise en charge du patient.

Au terme de l'article L. 145-1 du code de sécurité sociale, le CNOM compte également une section des assurances sociales chargée de connaître, en appel, des décisions des sections des assurances sociales des conseil régionaux relatives aux fautes, abus, fraudes et autres faits intéressant l'exercice de la profession relevés à l'encontre des professionnels, à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux.

La mise en place de conseils régionaux et départementaux démontre clairement la compétence territoriale du CNOM sur l'ensemble du territoire. C'est une organisation territoriale qui se veut proche à la fois du patient et des professionnels de santé concernés. Toutefois, il existe des aménagements dans l'organisation et la gestion des professionnels médicaux. Devant les contraintes démographiques certains aménagements sont autorisés. La représentation des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes de Saint-Pierre-et-Miquelon au sein du CNOM est assurée par le conseil national représentant de la région Basse-Normandie[321].

L'évolution démographique professionnelle a permis de mettre en place des conseils interrégionaux. Alors que l'article L. 4124-9 du code de la santé publique prévoyait que les médecins de la Réunion dépendaient, en matière disciplinaire, de la compétence de la chambre

[320] CNOM « Construire l'avenir à partir des territoires » projet disponible sur www.conseil-national.medecin.fr/.
[321] Art. L. 4123-16 CSP.

disciplinaire de première instance de l'ordre des médecins de la région Ile-de-France, ces derniers sont désormais soumis à la compétence d'un conseil interrégional de l'ordre des médecins et d'un conseil interrégional de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Réunion-Mayotte[322].

Par ailleurs, il est possible de s'interroger sur la survie de cette organisation du CNOM sur l'ensemble du territoire depuis la réforme territoriale avec notamment le renforcement de l'intercommunalité et la réduction du nombre de région. La loi du 7 août 2015[323], considérée comme l'acte III de la décentralisation, réduit presque de moitié le nombre de régions, ce qui bouleverse la structure des ordres des professions libérales. Les conséquences de cette loi pourront s'apprécier à long terme afin d'identifier les changements occasionnés sur l'organisation des ordres professionnels, notamment de celle du conseil régional de l'ordre des médecins.

Le découpage ordinal est optimisé sur l'ensemble du territoire afin de correspondre à un besoin de gestion et d'organisation de l'ensemble de la profession médicale. Le conseil de l'ordre joue un rôle fédérateur pour la profession, il exerce des missions diverses qu'il convient d'analyser.

B. LES COMPÉTENCES DU CNOM

66. Les compétences réglementaires du CNOM sont énoncées à l'article L. 4127-1 du code de la santé publique qui dispose qu'« *un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le Conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État* ». Le conseil national de l'ordre des médecins détient-il de la loi son pouvoir autonome de rédaction du code de déontologie. Les règles qui en découlent « *s'attachent uniquement aux règles d'exercice de la médecine et sont, par conséquent, à usage purement interne pour cette profession* »[324].

Ce pouvoir réglementaire attribué par le législateur au CNOM s'entend naturellement. En effet, seuls les professionnels confrontés aux vicissitudes de leur art peuvent être à l'origine de la réflexion du code de déontologie. Cela permet une meilleure prise en compte des contraintes professionnelles et des attentes des médecins facilitant leur identification et leur appartenance

[322] Art. L. 4124-12 modifié par l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005. L'ordonnance n° 2005-56 du 26 janvier 2005 relative à l'extension et à l'adaptation du droit de la santé et de la sécurité sociale dans les départements d'outre-mer, à Mayotte et à Wallis et Futuna modifie le code de la santé publique dans ses dispositions prévoyant l'organisation des instances ordinales de ces collectivités.

[323] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

[324] Terrier E., *Déontologie médicale et droit,* éd. LEH, 2003, coll. Thèses, p. 231.

à la profession. Il s'agit d'une discipline dont les profanes même armés de leurs circulaires et dossiers ne sauraient en saisir parfaitement les contours pour en sortir un code[325].
Dans le cadre de l'exercice de ses compétences, le CNOM modifie ou fait évoluer certaines dispositions qui ne sont pas adaptées à la pratique actuelle. C'est ainsi que l'article 85 du code de déontologie médicale a été modifié par le conseil de l'ordre qui souhaitait assouplir les conditions d'exercice de la médecine et organiser par la même occasion la prise en charge des patients se trouvant en zone démographique déficitaire. En effet, le nouvel article 85 ne fait plus référence à l'obligation du cabinet médical unique pour un médecin. Désormais, le lieu habituel d'exercice est celui de la résidence professionnelle au titre de laquelle est inscrit le médecin sur le tableau du conseil départemental. De même, « *dans l'intérêt de la population, un médecin peut exercer son activité professionnelle sur un ou plusieurs sites distincts de sa résidence professionnelle habituelle* »[326]. Toutefois, les hypothèses d'ouverture d'un autre cabinet sont également fixées par le code de déontologie médicale. Ces hypothèses correspondent d'une part, aux cas de carence ou d'insuffisance de l'offre et de la permanence de soins dans un secteur géographique déterminé et, d'autre part, aux cas de carence d'équipements particuliers dont l'activité médicale nécessite la mise en œuvre de techniques spécifiques ou la coordination des intervenants.

67. Les compétences du CNOM liées à son statut. Outre son pouvoir réglementaire délégué pour l'élaboration des règles de déontologie médicale, le CNOM parvient aussi à influencer le législateur dans la rédaction des lois en l'invitant à prendre davantage en considération les difficultés liées à l'exercice de leur art qui sont révélées sur le terrain. Cela a notamment été le cas de la loi du 17 janvier 2002[327] complétée par celle du 2 janvier 2004[328] qui ont été adoptées à la demande des professionnels de santé se trouvant dans une situation complexe concernant le signalement des maltraitances faites aux enfants. En effet, devant l'obligation du secret médical, les médecins commettaient une violation du code de déontologie médicale et par conséquent s'exposaient à des possibilités de sanctions disciplinaires s'ils révélaient les maltraitances dont ils avaient eu connaissance. Inversement,

[325] Mémeteau G., « La déontologie dévorée par la bioéthique », *in La déontologie médicale :* Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006), 2007, p. 102.
[326] Art. 85 CDM al. 2.
[327] Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.
[328] Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance.

leur silence pouvait entrainer des sanctions pénales pour non-assistance à personne en péril et non dénonciation des mauvais traitements[329].

La loi du 17 janvier 2002 a modifié le code pénal en précisant que le signalement de sévices par le médecin aux autorités compétentes ne peut désormais plus faire l'objet de poursuites disciplinaires à son encontre[330]. Cette exception à l'obligation du secret médical a permis de prendre en considération les exigences de la pratique médicale et par la même occasion de mettre à l'abri les professionnels de santé de toutes poursuites en violation de ladite obligation. Puisque, « *le signalement est objectivement constitutif du délit de violation du secret professionnel, mais la preuve du respect de l'article 226-14 démontre l'existence du fait justificatif de la permission de la loi, et rend l'auteur du signalement non punissable* »[331].

Le CNOM est également un interlocuteur privilégié des pouvoirs publics qui le sollicite dans le cadre de l'organisation de la politique de santé publique et des professions de santé. Conformément à l'articles R. 4111-15 alinéa 5 du code de la santé publique, le président et le secrétaire général du CNOM ou leurs représentants siègent à la commission chargée de donner un avis préalable sur une autorisation d'exercice des titulaires de titres de formation obtenus hors de France et délivrés par le ministre de la Santé.

La rédaction des règles déontologiques relève par principe de la compétence exclusive du CNOM[332]. Il est également chargé de la révision du code de déontologie médicale à la suite des évolutions techniques, économiques et sociales lui évitant de tomber en désuétude.

Le code de déontologie médicale est adopté par voie décrétale après proposition au Conseil d'État qui contrôle la légalité des dispositions. À cette occasion, le Conseil d'État adresse au gouvernement des remarques en vue d'une éventuelle modification. Dès lors, l'adoption du code de déontologie médicale peut être rejetée si le gouvernement reconnait la nécessité d'une modification avant l'adoption à la suite des remarques émises par le Conseil d'État. D'ailleurs, certaines versions du code de déontologie médicale après adoption ne sont pas le reflet parfait

---

[329] Cass. crim., 8 octobre 1997 n° 94-84.801 dont la décision fit remarquer que « *le secret professionnel imposé aux membres d'un service éducatif sur la situation d'un mineur confié à celui-ci par le juge des enfants est inopposable à l'autorité judiciaire à laquelle ils sont tenus de rendre compte de son évolution et notamment de tous les mauvais traitements* (…) ». La Cour ne statut pas en l'espèce sur la qualité des dépositaires du secret professionnel mis en cause. V. Mistretta P., *Droit pénal médical*, éd. Cujas, 2013.

[330] Art. 226-14 du C. pén.

[331] Py B., Rep. Pen. V. Révélation licite, 2003, n° 151.

[332] Même si ce n'est pas toujours le cas, notamment lorsque le législateur oblige le CNOM de modifier la rédaction de certaines dispositions déontologiques pour que ces der^{n}ières s'adaptent à celles d'une loi. L'exemple de l'article R. 4127-37 modifié par décret à la suite de l'adoption de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

des propositions faites par le CNOM. Il en résulte dès lors une ingérence du pouvoir étatique dans les compétences réglementaires du CNOM.

68. Les compétences administratives du CNOM[333]. Aux termes de l'article L. 4312-7 du code de la santé publique le CNOM assure également des fonctions administratives. Il fixe le montant des cotisations des professionnels inscrits au tableau, répartit librement les produits de cette cotisation, entre les différents conseils en fonction de leur charge, en précisant la part consacrée au fonctionnement des chambres disciplinaires. Le CNOM est chargé de la gestion des biens de l'ordre et peut, à cet effet, créer ou subventionner des œuvres intéressant la profession d'infirmier ainsi que les œuvres d'entraide. Il valide et contrôle la gestion des conseils régionaux, départementaux ou interdépartementaux. Les modalités du contrôle sont élaborées par le CNOM et s'appliquent à l'ensemble des instances ordinales. Les conseils régionaux, départementaux et interdépartementaux sont soumis à l'autorité du CNOM ; c'est-à-dire qu'ils doivent l'informer préalablement de la création et lui rendre compte du fonctionnement et de la gestion de tous les organismes qui dépendent d'eux[334].

Chaque conseil de l'ordre est doté de la personnalité juridique lui permettant d'ester en justice dans le but de défendre les intérêts de la profession. Depuis la loi du 9 mars 2004[335], le CNOM peut exercer en justice les droits reconnus à la partie civile relatifs aux faits portant préjudice à l'intérêt collectif de la profession, y compris en cas de menaces ou de violences commises en raison de l'appartenance à la profession médicale[336].

En somme, le CNOM détient une très grande autonomie dans la gestion et l'organisation de la profession médicale. Il apparaît comme une organisation structurée permettant d'assoir la déontologie médicale sur un support pratique et solide[337].

Le CNOM, en plus d'être le principal interlocuteur des médecins, détient également le pouvoir de sanctionner les manquements aux règles du CDM par le biais du pouvoir disciplinaire.

---

[333] Le CNOM s'organise autour de cinq directions, la direction des services administratifs, la direction du tableau, la direction des services financiers, la direction des services juridiques et la direction des systèmes d'information.
[334] Art. L. 4312-7 CSP.
[335] Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.
[336] Art. L. 4122-1 CSP.
[337] Terrier E., « Déontologie médicale et droit », *op. cit.* p. 287.

II. LA RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE DU MÉDECIN

69. La sanction disciplinaire. Toute violation des dispositions du code de déontologie médicale est passible de sanction disciplinaire. La responsabilité disciplinaire du praticien déviant peut être engagée au cours d'une procédure particulière (A) organisée au sein même de la profession par le CNOM qui présente quelques limites (B).

A. LA PROCÉDURE DISCIPLINAIRE

70. L'intérêt de la procédure disciplinaire. Alors que la responsabilité civile a vocation à réparer le dommage subi par l'acte médical, la responsabilité disciplinaire est essentiellement répressive. Le procès disciplinaire qui survient à la suite d'un manquement déontologique a vocation à sanctionner le médecin. La procédure disciplinaire était traditionnellement réservée aux seuls praticiens (1). Cependant le législateur a ouvert la possibilité au patient d'être partie à un procès disciplinaire (2). Toutefois, cette possibilité, même si elle révèle que les règles déontologiques sont aussi tournées vers les intérêts du patient, reste pour l'heure très encadrée dans la mesure où le patient du secteur public ne bénéficie pas des mêmes possibilités.

1. À l'égard des médecins

71. La procédure disciplinaire traditionnelle réservée aux seuls médecins. Alors qu'elle est qualifiée de « *parapénale* »[338], sans toutefois être assimilée à une procédure pénale, l'action disciplinaire se distingue fondamentalement de l'action civile par sa finalité. L'activité des juridictions disciplinaires a considérablement évolué ces dernières années, s'efforçant ainsi de suivre l'évolution et l'orientation de la responsabilité civile. L'évolution historique de l'ordre des médecins, son organisation et fonctionnement ayant été déjà évoqués[339], seuls seront ici abordés les éléments de procédure de l'action disciplinaire afin de marquer l'autorité disciplinaire que représente l'ordre quant à l'exercice de la profession.

[338] Leca A., « Droit de l'exercice médical en clientèle privée », *op. cit.* p. 459.
[339] V. *supra* n° 60 sv.

72. Rappel de la notion de faute disciplinaire. La faute disciplinaire est plus extensive que la faute de droit commun de la responsabilité, notamment la faute pénale qui est soumise au principe de légalité des délits et des peines[340]. La faute disciplinaire se qualifie par sa variabilité dont l'exercice de la profession la caractérise, au sens où la faute disciplinaire dépend principalement de la spécificité médicale et des modalités d'exercice du professionnel de santé. La faute déontologique est à la fois transversale et pluri-forme, en ce qu'elle peut concerner aussi bien les devoirs du médecin envers le patient, ses confrères ou les autres acteurs de santé mais aussi prendre la forme d'un manquement à un devoir d'humanisme, un devoir professionnel ou encore en lien avec les assurances maladie. À ce titre, il est prévu que la chambre disciplinaire de première instance puisse prononcer une sanction à l'encontre d'un professionnel de santé qui « *a été condamné par une juridiction pénale pour tout autre fait qu'un crime ou délit contre la Nation, l'État ou la paix publique* », et « *l'autorité judiciaire avise obligatoirement et sans délai le conseil national de l'ordre de toute condamnation, devenue définitive, […] y compris les condamnations prononcées à l'étranger* »[341]. Une faute disciplinaire peut aisément résider dans la faute civile, l'inverse n'étant pas systématiquement admis. Selon M. Terrier, « *le devoir déontologique est bien plus pointu que le devoir juridique, même envisagé dans son expression la plus large, assorti de son cortège d'obligations secondaires dégagées par une pratique prétorienne parfois trop scrupuleuse* »[342]. L'auteur ajoute que « *même si le juge trouve dans le contrat médical une somme d'obligations annexes, d'information, de sécurité, de surveillance ou de conseil, il n'empiètera pas sur ce degré suprême de conscience professionnelle fondée à la fois sur le respect d'un devoir immémorial que dicte la tradition médicale et sur le respect de l'individu* »[343].

73. La procédure disciplinaire. La procédure d'instance se déclenche par le dépôt d'une plainte qui peut être le fait du conseil national, du conseil départemental, des syndicats des médecins situés dans le ressort du conseil régional compétent, du Ministre chargé de la Santé, du préfet, du directeur régional et du directeur départemental des affaires sanitaires et sociales du département, du procureur de la République et de tout médecin inscrit à l'ordre.

---

[340] Art. 111-3 C. pén. « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.*
Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».
[341] Art. L. 4126-6 CSP.
[342] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, coll. Thèses, p. 377.
[343] *Ibid.*

La plainte est déposée devant le conseil départemental au tableau duquel dépend le médecin poursuivi qui accuse réception et informe le professionnel de santé mis en cause. Dans un délai d'un mois, le président du conseil départemental organise obligatoirement une conciliation à l'issue de laquelle est dressé un procès-verbal. Cette obligation de conciliation est une nouveauté introduite par le législateur, elle est dévolue au conseil départemental qui n'assure plus aucune mission disciplinaire. En cas d'échec de la conciliation, la plainte est examinée en réunion plénière, puis transmise à la chambre disciplinaire de première instance avec l'avis motivé dans un délai de trois mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte[344]. Le président du conseil départemental indique dans l'avis l'existence ou non d'une faute déontologique et, si nécessaire, les antécédents du praticien poursuivi. En cas de faute déontologique, le conseil départemental a la faculté de se déclarer plaignant dans le cadre de la procédure dirigée contre le praticien. La chambre disciplinaire de première instance doit statuer dans un délai de six mois à compter du dépôt de la plainte ; à défaut, la plainte peut être transmise par une autre chambre disciplinaire de première instance[345]. À l'issue de l'instruction de la plainte, les parties et les éventuels témoins, qui peuvent se faire représenter, sont convoqués au cours d'une audience écrite, contradictoire et publique.

La décision disciplinaire, prise en délibérée, doit être motivée. Elle est susceptible d'appel suspensif dans un délai de trente jours à compter de la notification de la décision devant la section disciplinaire du conseil national. Enfin, la décision peut également faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'État, qui exerce une fonction principale de cassation et n'apprécie pas l'adéquation entre la sanction prononcée et la faute reprochée.

Depuis une ordonnance de 1996[346], il est admis un contrôle technique de l'activité médicale. Ce contrôle extra-ordinal est organisé par les caisses d'assurance maladie sur la base des conventions signées entre ces organismes et les médecins conventionnés.

74. Les poursuites sociales dirigées contre un médecin. Parallèlement à sa responsabilité disciplinaire, le médecin peut également faire l'objet d'une condamnation sociale dans le cadre d'une procédure dite du contrôle technique de la sécurité sociale. Ce contrôle porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité ainsi que les prestations prises en charge. Il porte également sur les éventuels abus en matière de soins, de

[344] Art. L. 4123-2 al. 2 CSP.
[345] Art. L. 4124-1 CSP.
[346] Ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins.

prescription d'arrêt de travail et d'application de la tarification des actes et autres prestations au détriment des caisses d'assurance maladie[347]. Les éventuels fraudes, abus et autres faits intéressant l'activité médicale de nature à porter préjudice à la sécurité sociale sont traités en première instance par les sections des assurances sociales de la chambre disciplinaire de première instance dont dépend le praticien poursuivi. Les décisions de la section disciplinaire sont susceptibles d'appel devant une section des assurances sociales de la chambre disciplinaire nationale[348]. Les règles de procédure devant les sections d'assurances sociales se rapprochent sensiblement de celles de la procédure disciplinaire classique dirigée contre un praticien, exception faite des personnes ayant la compétence de la saisine[349].

Les faits reprochés au praticien doivent avoir été commis « *à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux* » pour entrainer une sanction. Les sanctions susceptibles d'être prononcées sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire ou permanente de donner des soins aux assurés sociaux, le remboursement à l'assuré social ou aux organismes de sécurité sociale, du trop-perçu en cas d'abus d'honoraires[350]. Ces sanctions peuvent se cumuler avec celles prononcées par les chambres disciplinaires des conseils départementaux. Toutefois, aux termes de l'article L.145-2 du code de la sécurité sociale, les sanctions prévues ne sont pas cumulables avec les peines prévues à l'article L. 4124-6 du code de la santé publique lorsqu'elles ont été prononcées à l'occasion des mêmes faits. En cas de sanctions différentes prononcées par les deux juridictions, seule la sanction la plus forte peut être mise à exécution.

Le code de déontologie médicale est garant à la fois de l'intérêt général, de celui de la profession et de celui du patient. C'est dans ce contexte que la loi Kouchner a ouvert la possibilité au patient et ses ayants-droit de déposer plainte contre un praticien dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

2. Les patients du secteur public et privé

75. La distinction entre patient du secteur public et du secteur privé dans le procès disciplinaire. La possibilité laissée au patient de pouvoir saisir le juge disciplinaire est une innovation de la loi Kouchner qui s'inscrit clairement dans l'objectif d'affirmation des droits du patient, ce dernier pouvant également faire appel d'une décision de la chambre

[347] Art. L. 315-1 CSS.
[348] Art. L. 145-1 CSS.
[349] Art. R. 145-15 CSS.
[350] Art. L. 145-2 CSS.

disciplinaire de première instance[351]. Néanmoins, cette possibilité offerte au patient en guise d'affirmation et de protection de ses droits n'est pas ouverte contre un praticien du secteur public. En effet, les praticiens du secteur public ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance que par « *le ministre chargé de la santé, le représentant de l'État dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé, le procureur de la République, le conseil national ou le conseil départemental au tableau duquel le praticien est inscrit* »[352]. Une action dirigée contre un praticien du secteur public émanant d'un patient ou de ses ayants-droit est jugée irrecevable. Cette restriction s'applique également au médecin-conseil des caisses d'assurance maladie en dépit de leur statut d'organisme de droit privé. Si la volonté du législateur est de limiter les plaintes inutiles, voire infondées, elle ne se justifie pas au regard de la protection des droits du patient notamment de celui à pouvoir se plaindre de la violation d'un devoir déontologique qui lui aurait causé un dommage.

Néanmoins, dans le cadre d'une plainte déposée par un patient devant le conseil départemental ce dernier a la possibilité d'être partie à l'instance et engager une procédure disciplinaire contre le praticien du secteur public. Dans ce cas, le patient ne peut en aucun cas revendiquer la qualité de partie, sa plainte étant indirecte et seule celle du conseil départemental est prise en compte.

L'autodiscipline exercée par le CNOM permet d'assurer le respect des règles déontologiques et de maintenir l'honneur et la probité de l'organisation professionnelle devant l'opinion publique. Pour autant, elle constitue tout de même une justice interne à la profession et jouxtant la justice du droit commun de la responsabilité, d'où l'intérêt de mettre en lumière les limites de l'autodiscipline.

B. LES LIMITES DE L'AUTODISCIPLINE

76. L'autodiscipline limitée. Les limites de l'autonomie disciplinaire du CNOM s'apprécient au regard des doutes et critiques pouvant naître de l'impartialité des acteurs disciplinaires (1) et du contrôle étatique exercé par le Conseil d'État (2).

[351] Art. L. 4122-3 (VI) CSP.
[352] Art. L. 4124-2 CSP.

1. L'absence de partialité

77. L'impartialité du juge disciplinaire. L'une des craintes majeures à être jugé par ses pairs est de l'être en méconnaissance des dispositions relatives à l'équité du procès. En matière de sanctions disciplinaires, les nombreux cas de manquement à l'obligation de confraternité[353] imposée par le code de déontologie médicale laissent largement penser que les médecins n'entretiennent pas toujours, hélas, de bons rapports[354]. Dans ce cas, le médecin siégeant en qualité d'assesseur[355] à la juridiction disciplinaire est placé dans une situation « supérieure » à celle de ses confrères. Les assesseurs sont en effet chargés, sous la présidence d'un magistrat du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, de délibérer après l'audience entre les parties. Le médecin assesseur connait le métier, les conditions d'exercice ainsi que les difficultés qui s'y attachent.

Dès lors, des doutes peuvent naître quant à l'impartialité des décisions rendues par les juridictions disciplinaires comme cela a, par exemple, été le cas dans une décision de la chambre disciplinaire nationale qui avait décidé que :

> « *La présence avec voix consultative, au sein de la chambre disciplinaire de première instance d'un médecin qui avait examiné et répondu au courrier adressé par le conseil départemental du directeur général de l'ARS signalant le cas du praticien en cause et à qui il avait apparu nécessaire conjointement avec ses collègues médecins de la Direction Départementale, de faire une inspection « sur les conditions du respect des dispositions du code de la santé publique, tant sur sa pratique médicale que sur l'utilisation de préparations non autorisées… » Présence qui a porté atteinte à l'équité du procès et au principe d'impartialité, même si la connaissance préalable qu'il a eu du dossier n'est pas assimilable à un acte d'instruction dans le cadre de la procédure juridictionnelle concernée* »[356].

---

[353] Art. 56 CDM « *Les médecins doivent entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité* ».

[354] V. par exemple les décisions de la ch. discipl. nat., concernant les propos diffamatoires et critiques, 7 octobre 2016 dossier n° 12693, 5 septembre 2016 dossier n° 12614, 4avril 2016 n° 12594, concernant l'interdiction de la publicité 19 juillet 2016 dossier n° 12736, 22 juin 2016 dossiers n°s 12512 et 12513.

[355] Sur les modalités d'élections ordinales, Bulletin du CNOM, novembre-décembre 2017, https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/external-package/bulletin/2017-12/MEDECINS-52-ELECTIONS-ORDINALES.pdf.

[356] Ch. discipl. nat., 3 avril 2015 dossier n° 12411.

Rappelons que le principe d'impartialité est posé à l'article 6 §1 de la CEDH qui garantit le droit à un procès équitable en précisant que, « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* ». Avant de se consacrer aux exigences d'indépendance et d'impartialité pour illustration, sera abordée la question de l'applicabilité de l'article 6 §1 CEDH.

78. L'applicabilité de l'article 6 §1 CEDH aux juridictions disciplinaires. La question de l'applicabilité de l'article 6 §1 de la CEDH s'analyse au regard des conséquences que peuvent avoir les décisions disciplinaires sur les droits civils des médecins. Les médecins même soumis à un code de déontologie médicale conservent leurs droits et devoirs civils. L'article 6 ne s'applique pas directement le domaine disciplinaire[357]. En effet, la Cour européenne rappelle que l'article 6 §1 de la CEDH est applicable soit pour les « *contestations relatives à des droits et obligations à caractère civil* » soit pour les procédures concernant le « *bien fondé à toute accusation en matière pénale* »[358]. Par sa spécificité, le contentieux disciplinaire entraine des conséquences sur les droits civils du médecin, peu important que ce dernier soit soumis à des obligations et devoirs particuliers notamment d'ordre déontologique, justifiant l'application de l'article 6 §1 de la CEDH[359].

Il convient d'aborder ensuite la question de l'exigence de l'indépendance du tribunal posée par l'article 6 §1 de la CEDH, en rappelant que la notion de tribunal ne doit pas être ici appréciée *stricto sensu,* mais au contraire s'apprécier au regard des compétences et du rôle juridictionnel[360] de l'organe chargé de connaître et de sanctionner les contestations portant sur des droits civils protégés par la CEDH. L'affaire Lithgow rappelle à cet effet que, le tribunal au sens de la CEDH ne s'entend pas forcément comme une « *juridiction de type classique, intégrée*

---

[357] L'applicabilité de l'article 6 §1 CEDH au contentieux disciplinaire répond à certaines conditions qui tiennent à l'appréciation de la nature des droits et obligations contestés. Le caractère *sui generis* du contentieux disciplinaire tenant à l'examen de la violation d'un devoir déontologique et de son éventuelle sanction est par son objet exclu du champ de compétence de l'article 6 (V. décisions CE, 27 octobre 1978, Debout, Rec., p. 395, concl. Labetoulle, *D*., 1979, p. 96 ; CE, 11 juillet 1984, Subrini, Rec., p. 159, *D*., 1985, p. 150 concl. Genevois, *AJDA*, 1984, p. 539 ; CE, 4 octobre 1991, Milhaud, *AJDA*, 1992, p. 233, note Theron J.-P).

[358] CEDH, 23 juin 1981, Le compte Van Leuven et de Meyer c. Belgique, n° 6878/75, en référence aux affaires Ringeisen (CEDH, 17 juillet 1971, Ringeisen c. Autriche n° 2614/65) et König (CEDH, 28 juin 1978 König c. RFA n° 6232/73) qui dégagèrent le sens des mots « *contestation sur des droits à caractère civil* » en rappelant que la notion de droit civil est ici autonome et s'apprécie au regard du sens de la CEDH. Le mot « civil » n'induit pas dans ce cas que seules des personnes privées soient parties au procès, peu importe le caractère public ou privée d'une loi, ni de celui de la juridiction compétente. Seul le caractère civil du droit mis en cause compte.

[359] Sur l'applicabilité de l'article 6 §1, CEDH 30 novembre 1987, X c. Belgique, série A, vol. 127 B ; CEDH 26 octobre 1993 Darnelle c. Royaume-Unis série A, vol 272.

[360] CEDH 30 novembre 1987, H. c. Belgique, série A, vol. 127.

aux structures judiciaires ordinaires du pays »[361]. Il s'en suit que « *les diverses juridictions spéciales des ordres judiciaire et administratif établies par la loi et qui connaissent des contentieux disciplinaires relevant de l'article 6 pouvaient légitimement être considérées comme des tribunaux au sens de cette disposition* »[362]. Contrairement, un organe d'instruction ne peut être considéré comme un tribunal au sens de la Convention car ce dernier ne statue pas au fond, sauf les cas où l'inobservation des exigences de l'article 6 avant la saisine du juge du fond « *risquait de compromettre gravement le caractère équitable du procès* »[363].

79. L'indépendance du tribunal. L'exigence d'indépendance du tribunal est une condition essentielle pour apprécier, dans un premier temps l'impartialité de ses membres. Le CNOM est chargé du respect des dispositions déontologiques et le cas échéant en assure la sanction des manquements. Dans son objectif de maintien de l'ordre et d'organisation de la profession, il dispose de deux degrés de juridictions disciplinaires indépendantes et autonomes dans leurs fonctions. La chambre disciplinaire régionale constitue la juridiction de première instance (CDPI), la chambre disciplinaire nationale constitue la juridiction d'appel et le Conseil d'État assure le rôle de cassation.

Il ressort de l'organisation statutaire des chambres disciplinaires que celles-ci bénéficient d'une pleine indépendance et d'une autonomie consacrée par le législateur. L'indépendance et l'autonomie des juridictions disciplinaires tiennent ici à leur organisation, leur capacité d'autogestion distincte de celle du droit commun permettant de marquer la séparation, du moins fonctionnelle, au regard du pouvoir juridictionnel étatique.

Il ressort de la jurisprudence européenne que l'indépendance du tribunal s'apprécie au travers de « *critères organique, fonctionnel et psychologique* »[364]. Un tribunal indépendant doit être en mesure de rendre une décision de son propre chef, il ne doit pas dépendre d'une autre juridiction[365].

Toutefois, dans le cadre des procédures disciplinaires les doutes quant à l'indépendance du tribunal, notamment à l'égard des parties, peuvent subsister en raison du caractère interne à la profession.

---

[361] CEDH 8 juillet 1986, Lithgow et autres, série A, vol. 102.

[362] Pralus-Dupuy J., « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *RSC*, 1995, p. 723.

[363] Pralus-Dupuy J., « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *RSC*, 1995, p. 723.

[364] Koering-Joulin R., « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *RSC*, 1990, p. 765.

[365] CEDH 24 novembre 1994 Beaumartin c. France n° 15287/89 ; CEDH 12 février 2003 Chevrol c. France n° 49636/99.

80. L'indépendance des membres de la juridiction devant leurs pairs est garantie par l'organisation fonctionnelle des chambres disciplinaires. Les membres de la juridiction disciplinaire sont irrévocables pour la durée totale de leur mandat. Cette irrévocabilité garantit leur indépendance devant leurs pairs dont ils tiennent leur mandat électif. Dans l'objectif de renforcer cette indépendance, le législateur a reformé l'organisation des chambres disciplinaire dont la présidence est désormais assurée par un juge professionnel conseiller d'État qui ne tient pas ses fonctions du CNOM[366]. Pour autant, la composition des chambres disciplinaires correspond pour une large majorité de professionnels dont l'indépendance en pratique peut toujours être remise en question. Le Conseil constitutionnel ayant par ailleurs précisé que la présidence assurée par un non-membre en exercice du CNOM n'est pas de nature à entacher les exigences d'impartialité et d'indépendance de la juridiction disciplinaire[367].

Si l'exigence d'indépendance des juridictions disciplinaires est en théorie garantie, son corollaire l'impartialité devrait l'être tout autant.

81. Les critiques de l'impartialité du tribunal. L'exigence d'impartialité du tribunal n'est pas une exclusivité de la CEDH[368], c'est un principe général de droit que doit respecter tout État soucieux du respect des libertés et droits fondamentaux des citoyens. Elle concerne la formation du jugement en lui-même. Le jugement ne doit pas être entaché d'une irrégularité dans sa formation, ce qui implique nécessairement une décision partiale. Les amitiés et les inimitiés entre confrères ne doivent pas entacher la décision disciplinaire.

L'exigence d'impartialité s'apprécie au regard de la régularité de la composition et de l'organisation de la juridiction. La CEDH distingue à cet effet l'impartialité subjective tenant au comportement de la personne, de l'impartialité objective tenant aux fonctions exercées susceptibles de porter atteinte à son indépendance[369]. La Cour a dégagé ces deux critères d'appréciation de l'impartialité du tribunal en rappelant que l'impartialité est une obligation spécifique distincte de l'obligation d'indépendance du tribunal[370].

---

[366] CEDH 27 juillet 2006 Gubler c. France n° 69742/01.

[367] Cons. Const. 25 novembre 2011 Michel G., n° 2011-199 QPC : *JCP* Adm. 2013, n° 2251, note Paldi, concernant l'ordre des vétérinaires, solution transposable en matière médicale.

[368] La Cour de cassation ayant toujours affirmé le principe selon lequel l'obligation d'indépendance et d'impartialité du tribunal est un principe général de droit s'appliquant à toutes les juridictions même lorsque celles-ci ne sont pas soumises à l'article 6 §1 CEDH, notamment des procédures disciplinaires dont la Cour de cassation excluait l'applicabilité des dispositions de la CEDH.

[369] Schwartz R., « L'impartialité des juridictions ordinales », *Droit social*, 2000, p. 194.

[370] Koering-Joulin R., « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 771.

L'impartialité subjective dans le cas d'une procédure disciplinaire paraît difficile à atteindre car celle-ci consiste à s'interroger, mais surtout à s'assurer de l'absence de parti pris du juge dans le fond de sa pensée. Dans ce cas, le juge doit faire preuve d'une parfaite neutralité puisque ce dernier est appelé à se prononcer sur les éventuels manquements aux règles professionnelles de ses confrères. Cette situation idéaliste semble quelque peu irréaliste dans un procès disciplinaire. Ce d'autant plus que, l'impartialité du juge est présumée, il appartient au requérant de rapporter la preuve d'éléments de nature à la renverser[371]. La Cour européenne garantit toutefois l'impartialité du tribunal par l'irrévocabilité de ses membres.
Le doute sur la partialité subjective d'un membre de la juridiction disciplinaire entraine cette dernière à prendre des dispositions pour garantir une « *bonne administration de la justice* ». La chambre disciplinaire nationale a par exemple décidé que « *le fait que les présidents, premier conseiller du TA de Nouvelle-Calédonie, le président et le président suppléant de la chambre disciplinaire de première instance ont eu à connaître des faits liés à l'objet de la plainte de la requérante à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir et d'une requête en référé, ne permet pas de douter de l'impartialité des magistrats. Néanmoins, et pour une bonne administration de la justice, il convient de transmettre le dossier de la plainte à une autre chambre disciplinaire de première instance* »[372].

L'impartialité objective du tribunal s'apprécie au regard des considérations organisationnelles de la procédure disciplinaire. Il s'agit ici de s'assurer que les différentes fonctions que peuvent exercer un ou plusieurs membres du tribunal dans une même affaire ne sont pas de nature à entacher l'exigence d'impartialité. L'impartialité objective paraît beaucoup plus simple à garantir car elle se vérifie par le déroulement de la procédure disciplinaire. Elle constitue une garantie supplémentaire au requérant devant les difficultés que peut présenter l'impartialité subjective. Il s'agit de s'interroger si le comportement du juge, eu égard aux considérations personnelles, entraine une suspicion de son impartialité[373]. La composition de la juridiction disciplinaire doit pouvoir garantir au requérant le respect de l'obligation d'impartialité.

---

[371] CEDH, 23 juin 1981, Le compte Van Leuven et de Meyer c. Belgique, n° 6878/75.
[372] Ch. discipl. nat., 19 juillet 2016 n° 13142, dans cette affaire même si la chambre disciplinaire nationale exclut les doutes quant à l'impartialité subjective de certains membres, la transmission à une autre instance disciplinaire démontre l'appréciation difficile d'une impartialité subjective parfaite des membres.
[373] CEDH 24 mai 1989, Hauschildt c. Danemark, série A, n° 154, les appréhensions du requérant doivent être objectivement justifiés afin d'éviter un doute absolu de l'impartialité pouvant entrainer un dysfonctionnement des institutions juridictionnelles.

C'est dans ce contexte que la chambre disciplinaire nationale du CNOM a par exemple décidé qu'« *un membre du Conseil départemental au tableau duquel est inscrit un médecin poursuivi ne peut siéger au sein de la chambre disciplinaire de première instance* »[374]. Dès lors, le respect de l'exigence d'impartialité objective peut s'apprécier au regard des liens hiérarchiques existant entre les parties et les membres de la juridiction.

À en juger par le nombre croissant des décisions de la chambre disciplinaire nationale sur cette question, il y a une réelle sensibilité des juges disciplinaires à assurer aux justiciables le respect d'une bonne administration de la justice[375]. Il est tout à fait regrettable que cette double exigence d'impartialité et d'indépendance du tribunal ne soit réellement garantie qu'en partie et surtout en théorie. En effet, dans une procédure disciplinaire « *l'extrême injustice consiste à paraître juste tout en ne l'étant pas* »[376].

Cependant, les notions d'indépendance et d'impartialité du tribunal sont étroitement liées car elles permettent de garantir la neutralité des juges et du respect des droits et obligations garantis par la CEDH. Un juge ne saurait être impartial si son indépendance à l'égard des parties et du pouvoir exécutif n'est pas garantie. Ces exigences entrainent alors des doutes sur la capacité de la profession médicale à s'autogérer. Ces réticences « *entretenues largement par l'amalgame fait entre les simples règles de convenances confraternelles et les impératifs moraux fondamentaux* »[377]. Précisément, il faut faire une distinction entre les règles d'ordre public et les règles purement professionnelles. Les limites de cette autodiscipline sont attachées aux craintes d'une justice injuste, selon que celle-ci couvrirait les méandres de la profession ou au contraire qu'elle ne soit pas rendue dans le respect des libertés et droits fondamentaux des justiciables.

Une autre limite de l'autodiscipline de l'organisation professionnelle est mise en lumière par le contrôle du Conseil d'État en sa qualité de juge de cassation en matière disciplinaire.

---

[374] Ch. discipl. nat., 8 septembre 2016 n° 12625, dans le même sens 27 avril 2016 n° 12440 ; 4 avril 2016 n° 12337 et 8 mars 2016 n° 12484.

[375] Entre 2012 et 2016 ce sont plus de deux cents affaires traitant de l'impartialité référencées sur le site internet du CNOM parmi lesquelles on peut compter soixante et six décisions de rejet contre vingt et six annulations et révocations : http://www.jurisprudence.ordre.medecin.fr/.

[376] Platon, *La République*, traduction Baccou R., éd. Flammarion, 1966, coll. GF, Livre II, p. 110.

[377] Terrier E., *« Déontologie médicale et droit », op. cit.*, p. 237.

2. Le contrôle du Conseil d'État

82. Limitation des attributions du CNOM. Le CNOM est limité dans ses attributions par un contrôle étatique exercé par le juge administratif en cas de recours pour excès de pouvoir et un contrôle juridictionnel par le Conseil d'État juridiction de cassation en matière disciplinaire chargé de veiller au respect du principe de légalité des sanctions disciplinaires. Ce contrôle constitue une limite à l'autonomie du CNOM puisque ce dernier ne bénéficie pas d'une pleine indépendance à l'égard du pouvoir étatique.

Le CNOM ne peut prononcer des sanctions qui ne sont pas prévues par le pouvoir réglementaire. Le législateur fixe comme sanctions l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire ou permanente d'exercer en tout ou partie des fonctions professionnelles publiques ou sociale, l'interdiction temporaire d'exercer la profession pendant au maximum trois ans et la radiation du tableau de l'ordre[378]. En matière disciplinaire, initialement, le principe de légalité ne s'appliquait pas aux manquements constatés mais seulement aux sanctions.

83. Le recours pour excès de pouvoir. C'est par la jurisprudence Bouguen[379] que le Conseil d'État a jugé que le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale un service public peu important le caractère corporatif du CNOM. Les décisions prises par le CNOM doivent être considérées comme des actes administratifs susceptibles de recours pour excès de pouvoir et les décisions disciplinaires sont de nature juridictionnelle. Le pouvoir normatif et règlementaire du CNOM est remis en cause car celui-ci est soumis au contrôle du Conseil d'État qui s'assure de la légalité des dispositions déontologiques, elles-mêmes susceptibles de recours pour excès de pouvoir. C'est notamment le cas d'un refus d'affiliation à l'ordre dont la décision peut être contestée soit en appel, devant le conseil régional ou le conseil national[380], soit devant le juge administratif pour excès de pouvoir. Il s'en suit une annulation[381] de la décision si celle-ci se trouve justifiée, ou un rejet[382] le cas contraire. De plus, les décisions du CNOM sont considérées comme de véritables

[378] Art. L. 4124-6 CSP
[379] CE 2 avril 1943 Bouguen, req. n° 72210, *Lebon* p. 86.
[380] Un double mécanisme d'appel interne à la profession permettant de garantir à l'ordre une autonomie dans sa décision et d'éviter une charge de dossier inutile devant le juge administratif.
[381] CE 24 juin 1998, req. n° 180747, *Lebon*, pour absence de manquement aux règles de moralité professionnelle ; CE 17 décembre 2003, req. n° 211058, *Lebon*, concernant la reconnaissance des États membres des conditions de formation exigées en médecine.
[382] CE 2 février 1983, req. n° 14365, *Lebon* T. p. 844 pour exercice illégal de la médecine ; CE 15 mars 1989, req. n° 89127, *Lebon* pour prescription de substance toxique à des toxicomanes dont un mineur.

jugements, elles sont dès lors soumises à l'exigence de motivation, de sorte que l'absence ou l'insuffisance de motivation entachent la décision d'irrégularité[383].

84. La légalité de la sanction disciplinaire. Le principe de légalité en droit pénal s'entend doublement, c'est-à-dire, aux délits et aux peines. Il signifie d'une part, qu'aucun fait n'est constitutif d'un délit si celui-ci n'est pas définit comme tel par le législateur et d'autre part, que seules les peines prévues par le législateur peuvent être prononcées pour un délit déterminé.

En matière disciplinaire, le principe de légalité s'entendait différemment puisque qu'il ne s'appliquait qu'aux sanctions prononcées[384]. À la suite des critiques soulevées par cette application partielle du principe de légalité notamment au regard du respect des dispositions de la CEDH[385] et du Conseil constitutionnel[386], le Conseil d'État a fini par reconnaitre l'applicabilité du principe de légalité aux fautes disciplinaires[387]. Cette application partielle du principe de légalité s'expliquait, car en matière disciplinaire les éventuelles fautes ne sont pas limitativement prévues ni par le législateur ni par le CNOM. Le juge disciplinaire conserve toutefois son pouvoir d'apprécier librement les faits attentatoires à l'honneur et à la probité de la profession.

85. Le contrôle de la qualification juridique des faits. Le Conseil d'État, juridiction de cassation, exerce sur les sanctions disciplinaires un contrôle fondé sur la qualification juridique des faits, ces derniers devant être considérés comme attentatoires à la profession en ce qu'ils ne se rattachent pas à l'exercice de la profession. Le Conseil d'État veille au respect de la proportionnalité des sanctions prononcées[388] dont la cassation n'est prononcée qu'en cas de dénaturation des faits[389]. Cette jurisprudence affirmée depuis plus de trente ans ne

[383] CE 10 janvier 1996, req. n° 146265, *Lebon*.
[384] CE Sect. 26 février 1960, Ministre du travail et de la sécurité sociale, Rec. p. 255 ; CE Sect., 21 mars 1980, CPAM de la région parisienne, Rec. p. 158.
[385] Notamment les dispositions de l'article 6 § 1.
[386] Cons. Const., 17 janvier 1989, *« Liberté de communication »,* n° 88-248 DC, obs. Genevois B. *RFDA*, 1989, p. 215.
[387] CE Sect., 12 octobre 2009, Petit, n° 311.641, concl. Guyomar, Rec. p. 367.
[388] V. sur la notion d'abus d'honoraire CE 9 mars 1979 req. n° 96696 ; CE 30 mai 2011, Hélène B., n° 339.496, Rec. T. p. 1108, note Petit J., *AJDA* 2011 p. 2246.
[389] CE ass. 4 janvier 1952 Simon, *Lebon*, Rec., p. 13 concl. Letourneur, cet arrêt fixe les limites du pouvoir souverain du juge du fond en ouvrant la cassation pour apprécier que les faits ne soient pas dénaturés ; dans le même sens CE 30 novembre 2011, Jacques A., n° 340.758.

laisse finalement qu'une possibilité restreinte de contrôle au Conseil d'État, celui-ci laissant aux juges du fond l'appréciation souveraine du choix d'une sanction disciplinaire[390].
Cependant, le contrôle du juge de cassation tend désormais à s'étendre sur l'appréciation portée par les juges du fond sur le choix des sanctions disciplinaires énoncées[391]. Le Conseil d'État précise en effet que, si le choix de la sanction « *relève de l'appréciation des juges du fond au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, il appartient au juge de cassation de vérifier que la sanction retenue n'est pas hors de proportion avec la faute commise et qu'elle a pu dès lors être légalement prise* »[392].

Il s'agit d'un élargissement du contrôle du Conseil d'État sur la sanction disciplinaire qui selon le rapporteur du Conseil d'État présente, d'une part, l'avantage d'une simplification de la jurisprudence du Conseil d'État qui fait du contentieux des sanctions disciplinaires un ensemble régi par des règles identiques et se justifie, d'autre part, par la particularité de la décision consistant à sanctionner une personne notamment plus encore en matière disciplinaire[393]. Cette extension du contrôle du Conseil d'État sur les sanctions disciplinaires ne doit pas être considérée comme une atteinte à leurs prérogatives en matière d'appréciation et de décision du choix de la sanction prononcée. Le rapporteur propose à cet effet, que ce contrôle soit limité aux peines les plus lourdes telles que la radiation et les interdictions d'exercice de longue durée afin de préserver les prérogatives des juridictions subordonnées[394].

Toutefois, il convient de faire attention à cette extension du contrôle exercé par le Conseil d'État sur les sanctions disciplinaires. Ne serait-ce pas, le résultat d'une affaire trop médiatisée donnant ainsi l'occasion au pouvoir étatique d'envoyer un message fort aux professions organisées en ordre ? En l'espèce, la médecine, de plus en plus fragilisée par les scandales sanitaires et critiquée, semble perdre la confiance d'antan. Il semble que le Conseil d'État ait fait un « *opportun choix d'opportunité »* puisque *« du point de vue des « critères de*

---

[390] CE 30 janvier 1980, n° 11675, Valery *Lebon* T. p. 854, dans le même sens CE 20 mai 1981 n° 24539, Wurch, *Lebon* T. p. 887 ; CE 30 mai 2011 n° 339496, Mme Ottaviani, *Lebon* T. p. 1108.
[391] CE 30 décembre 2014, Bonnemaison, req. n° 381245, *AJDA* 2015, p. 5 ; *AJDA* 2015, p. 749, chron. Lessi J. et Dutheillet de Lamothe L., *D*., 2015, p. 81, obs. Vialla F. ; *RFDA* 2015, p. 67, concl. Keller R. ; confirmation de la sanction de radiation : CE, 11 octobre 2017, n° 402497.
[392] CE 30 décembre 2014, Bonnemaison, dans le même sens CE 15 janvier 2015, req. n° 370069 *« En infligeant à l'intéressé la sanction d'interdiction d'exercer la médecine pendant une durée d'un an, la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins n'a pas retenu une sanction hors de proportion avec la faute constituée par des manquements graves et répétés dans l'exercice des fonctions de trésorier du conseil départemental de l'ordre. Sa sanction a dès lors pu être légalement prise* ».
[393] Conclusions du rapporteur public sur l'affaire CE 30 décembre 2014 précitée.
[394] Keller R., « Sanction disciplinaire : contrôle de cassation et proportionnalité », *RFDA*, 2015, p. 67.

politique jurisprudentielle », l'évolution envisagée satisferait pleinement la préoccupation de la protection de la liberté individuelle »[395].

Ce qui peut être considéré comme une limite à l'autonomie disciplinaire du CNOM est en réalité une nécessité. Le contrôle exercé sur les décisions disciplinaires permet à l'État d'assurer aux justiciables une bonne administration de la justice. L'État responsable des dysfonctionnements du service public de la justice et des ordres professionnels doit en assurer le contrôle[396].

86. Le contrôle exercé sur le pouvoir réglementaire. Par ailleurs, Le CNOM est également limité dans son pouvoir réglementaire. Le Conseil d'État ne reconnaît pas aux ordres un pouvoir réglementaire général. L'article L. 4127-1 du code de la santé publique dispose qu'« *un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé*[397] *par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État* ». La mention « préparé » de cet article révèle l'incapacité du CNOM à rendre obligatoire le code de déontologie de son propre chef, dont la compétence est exclusivement réservée au Conseil d'État.

L'élaboration du code de déontologie médicale, qui constitue le symbole d'un pouvoir réglementaire du CNOM, est pourtant limitée et contrôlée par le pouvoir étatique. Les dispositions du code de déontologie sont de ce fait soumises au respect du principe de légalité. En outre, le mécanisme d'adoption du code de déontologie des professions médicales par voie décrétale a été étendu à d'autres professions notamment, celles de pharmacie, d'expert-comptabilité, de masseur-kinésithérapie ou encore d'infirmerie.

L'ordre est exclusivement compétent pour éditer des règles qui ont trait à l'organisation et au fonctionnement de la profession. Il exerce ses attributions en vertu d'une loi dont il ne peut excéder les compétences. Il ne revient pas à l'ordre de déterminer les conditions d'aménagement d'un local professionnel[398]. L'ordre est incompétent pour prononcer l'annulation d'un contrat conclu entre un médecin et une clinique privée. En effet, si celui-ci est soumis à l'ordre sous peine de sanction disciplinaire, il ressort de la jurisprudence que « *les contrats contraires aux règles déontologiques ne sont pas nuls de ce seul fait* »[399]. Le pouvoir disciplinaire du CNOM est expressément prévu par la loi, il s'agit dès lors d'une délégation de

[395] Petit J., « Le contrôle du juge de cassation sur les sanctions disciplinaires des ordres professionnels », *AJDA*, 2011, p. 2246.
[396] CE 17 décembre 2008, req. n° 312118, *op. cit.*
[397] Nous soulignons.
[398] CE Sect., 31 janvier 1969, req. n° 63074, *Lebon* concernant les officines de pharmacie.
[399] Dans ce sens Cass. civ. 1re, 18 avril 1961, II, 12184 note Savatier, *Bull. civ*. I, n° 210, p. 165.

pouvoir qui remet en question l'autonomie de l'ordre. Comme le rappelle M. Leca « *l'autonomie n'est pas l'indépendance* »[400].

87. Conclusion du chapitre. Ce chapitre permet de mettre en évidence deux mouvements convergents. Le premier révèle que la déontologie médicale symbolisée par le serment d'Hippocrate a considérablement évolué. Les règles de déontologie ne sont plus uniquement au service de la profession médicale. Le renforcement des droits du patient a participé à la transformation et l'évolution de la déontologie médicale qui s'aventure de plus en plus hors de sa traditionnelle sphère professionnelle pour s'aventurer sur des domaines qui lui étaient jusqu'ici étrangers.

Le second mouvement révèle que le CNOM est passé d'un organisme corporatif à un organisme privé chargé d'une mission de service public. Il bénéficie d'une autonomie statutaire garantie par la loi. Son rôle de collaborateur des organismes publics s'est accru en favorisant l'intrusion du législateur. Le CNOM continue de préparer les règles de déontologie, d'en assurer le respect et le cas échéant d'en sanctionner les manquements. Pour autant l'autodiscipline qu'il incarne au sein de la profession est limitée par le contrôle de l'État. Cette situation révèle une certaine faiblesse du CNOM qui bénéficie pourtant d'une indépendance statutaire. Toutefois, elle est sans doute justifiée par des domaines particuliers de la médecine qui nécessite un encadrement afin de prévenir tout abus susceptible de fragiliser notre santé.
Les conséquences de ces mouvements révèlent l'intérêt porté aux règles de déontologie médicale. Celles-ci peuvent désormais être utilisées en dehors du cadre professionnel pour intégrer le droit commun de la responsabilité civile. Un phénomène qui tend à s'accroître au profit du médecin dont les effets sont source d'interrogation.

[400] Leca A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée,* éd. LEH, 2012, p. 459.

CHAPITRE 2. L'AUTONOMIE SUBSTANTIELLE DE LA DÉONTOLOGIE PAR RAPPORT À LA RESPONSABILITÉ CIVILE

88. L'autonomie substantielle. L'exercice de la médecine est soumis à une pluralité de règles qui s'imposent aux praticiens de la même manière. Toutes ces règles professionnelles ne sont pas fondamentalement juridiques mais entrainent des conséquences juridiques lorsqu'elles sont entravées. La responsabilité civile médicale est dite plurale[401] car elle peut être à la fois civile, administrative, pénale et disciplinaire. Selon M. Penneau, il y aurait « *quatre juges pour une responsabilité* »[402].

89. Quatre types de responsabilité. Le médecin est susceptible de répondre des conséquences de ses actes devant quatre juges en fonction des modalités d'exercice de sa profession. En effet, un praticien hospitalier ou salarié n'engage pas sa responsabilité au même titre qu'un praticien libéral. Les règles du droit commun de la responsabilité civile ne s'appliquent pas de la même manière à tous les praticiens. Alors que le praticien hospitalier engage la responsabilité administrative de l'établissement, que le médecin salarié engage la responsabilité civile de l'établissement de santé privé[403], le médecin exerçant à titre libéral engage sa responsabilité personnelle. Cette différence de régime juridique de responsabilité entre les praticiens s'est encore renforcée depuis que la jurisprudence *Costedoat*[404] a été étendue aux médecins et sages-femmes salariés[405]. Les médecins libéraux sont essentiellement soumis aux règles de la responsabilité civile, entendue désormais comme une responsabilité légale, et les praticiens hospitaliers sont soumis au code de la santé publique et au décret relatif aux règles de fonctionnement des hôpitaux[406]. Ces derniers peuvent toutefois se voir appliquer les règles du droit commun de la responsabilité civile lorsqu'ils exercent une activité libérale à l'hôpital. Le droit français maintient à l'égard des médecins deux régimes de responsabilité qui se superposent et qui répondent à des procédures distinctes.

---

[401] Leca A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, éd. LEH, 2012, 3e éd., p. 331.
[402] Penneau J., *« La responsabilité du médecin »,* éd. Dalloz, 3e édition, 2004, coll. Connaissance du droit.
[403] Art. 1242 C. civ., « *Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ».
[404] Ass. Plén., 25 février 2000, n° 97-17.378 « *Attendu que n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* ».
[405] Cass. civ. 1re, 9 novembre 2004, nos 01-17.908 et 01-17.168, Jourdain P., « Le médecin et la sage-femme salariés bénéficient de l'immunité du préposé », *RTD civ*, 2005, p. 143.
[406] Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux.

En outre, cette dualité de régime doit également se combiner avec les règles déontologiques auxquelles sont soumis les praticiens qu'ils soient hospitaliers, salariés ou libéraux. Ce cumul de règles juridiques et déontologiques fait la particularité de l'exercice de la médecine. Le manquement aux règles du code de déontologie entraine nécessairement une sanction disciplinaire pour le médecin. La sanction disciplinaire permet une véritable autonomie de la règle déontologique qui n'est pas une simple règle de *« substitution (...) Il s'agit au contraire d'une règle indépendante qui s'ajoute au droit commun* »[407]. À ce titre, sera évoquée l'autonomie substantielle de la déontologie au regard du droit commun de la responsabilité civile. Cette autonomie est principalement mise en évidence par les finalités différentes des deux règles (**section 1**) et par la particularité du manquement déontologique (**section 2**).

SECTION 1. LES FINALITÉS FONDAMENTALEMENT DISTINCTES EN PRINCIPE

90. L'opposition fondamentale. La responsabilité médicale est celle qu'encourt le médecin ou l'établissement de soin en cas de dommages causés par des actes de prévention de diagnostic ou de soin. En théorie, le médecin est susceptible de répondre des conséquences de ses actes devant « *quatre juges, pour quatre responsabilités mais pour une même action ou comportement fautif* »[408]. En pratique, cette responsabilité dépend des modalités d'exercice du praticien. Dès 1835[409], la jurisprudence a admis la possibilité d'engager la responsabilité d'un médecin pour faute grave. Le critère de gravité de la faute a été abandonné par la jurisprudence Mercier[410] qui a marqué le début du fondement contractuel de la relation médicale et la nécessité d'une faute de même nature pour engager la responsabilité d'un praticien. Même plurielle, la responsabilité civile médicale repose essentiellement sur un principe de faute. La faute commise permettra, d'une part, de réparer le dommage subi par la victime en matière de responsabilité

[407] Almeras J.-P. et Pequignot H., *La déontologie médicale,* éd. Litec, 1996, p. 4.
[408] Falcou M.-H., *La juridicisation des règles de la déontologie médicale,* mémoire de Master 2 recherche, Droit public fondamental, 2010, Université Bordeaux IV Montesquieu, p.72.
[409] Cass. req. 18 juin 1835, Thouret-Noroy, *DP* 1835, I, 300, concl. Dupin. La chambre des requêtes de la Cour de cassation avait admis la faute grave du médecin en se fondant sur la « *négligence de ce médecin, sur la faute grave, et notamment sur l'abandon volontaire où il avait laissé le malade, refusant de lui continuer ses soins et de visiter son bras, lorsqu'il en était requis; que ces faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui ils sont imputables, et qu'il sont soumis, d'après les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil, à l'appréciation des juges* ».
[410] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.

civile (I), et d'autre part, de sanctionner le praticien dans le cadre d'une procédure disciplinaire (II).

I. LA FONCTION RÉPARATRICE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

91. Double fondement. Le droit commun de la responsabilité civile médicale a connu en 2002 une importante réforme législative. D'abord envisagée sur un fondement contractuel (A), la responsabilité civile repose désormais sur un fondement légal (B). La distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle ne se justifie plus en pratique. Cette unité de régime de responsabilité permet de réaffirmer le rôle prépondérant de la faute permettant également de mettre en lumière la finalité réparatrice de la responsabilité civile.

A. LE FONDEMENT CONTRACTUEL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

92. La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier. Le fondement contractuel de la responsabilité médicale a été posé par le célèbre arrêt Mercier[411] dont les principes continuent d'influencer le droit positif de la responsabilité civile médicale. Or, jusqu'au début du XIXe siècle, la possibilité d'une responsabilité civile du médecin était inconcevable. Il est vrai qu'à cette époque le paternalisme médical était encore bien ancré dans les mœurs. L'idée d'une irresponsabilité civile était particulièrement celle des médecins qui n'acceptaient pas qu'une faute puisse leur être reprochée, considérant comme de simples accidents malheureux des actes susceptibles d'engager leur responsabilité. En revanche, tel n'était pas la conception des juges qui considéraient que les principes posés aux articles 1382 et 1383[412] ancien du code civil devaient également être appliqués à la profession médicale. La responsabilité civile médicale a été invoquée sur le fondement délictuel dès 1835 avec l'arrêt Thouret-Noroy[413] qui a mis un terme à l'irresponsabilité du médecin fautif en estimant que les

[411] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.
[412] Devenus 1240 et 1241 du code civil.
[413] Cass. req. 18 juin 1835, Thouret-Noroy, *DP* 1835, I, 300, concl. Dupin. La chambre des requêtes de la Cour de cassation avait admis la faute grave du médecin en se fondant sur la « *négligence de ce médecin, sur la faute grave, et notamment sur l'abandon volontaire où il avait laissé le malade, refusant de lui continuer ses soins et de visiter son bras, lorsqu'il en était requis; que ces faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui ils sont imputables, et qu'il sont soumis, d'après les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, à l'appréciation des juges* ».

médecins qui commettent une faute engagent leur responsabilité civile sur le fondement des articles 1382 et 1383[414] anciens du code civil[415].
Le raisonnement judiciaire en matière de responsabilité civile médicale a connu une évolution remarquable plus d'un siècle plus tard avec l'arrêt Mercier[416].

93. Les heures de gloire de l'arrêt Mercier. L'arrêt Mercier a eu un apport considérable dans le dénouement de la responsabilité civile médicale. Eu égard à sa portée, l'attendu de principe mérite d'être entièrement reproduit ici :

> « *Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un* ***véritable contrat*** *comportant, pour le praticien,* ***l'engagement****, sinon, bien évidement de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins* ***de lui donner des soins****, non pas quelconques, ainsi que parait l'énoncer le moyen du pourvoi, mais* ***consciencieux, attentifs*** *et, réserve faite de circonstances exceptionnelles,* ***conformes aux données acquises de la science*** *; que* ***la violation même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle*** *; que l'action civile, qui réalise une telle responsabilité, ayant une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante, échappe à la prescription triennale de l'art. 638 du code d'instruction criminel (...)* ».

En affirmant la nature contractuelle de la responsabilité civile médicale, l'arrêt Mercier a également précisé la nature des obligations des parties au contrat médical. La faute contractuelle de nature à engager la responsabilité du praticien doit avoir été contenue dans le contrat médical. Tout autre manquement que ceux contenus dans le contrat engage la responsabilité délictuelle du praticien. Il faut préciser que, le fondement contractuel de la responsabilité civile a également été étendu aux établissements de soins privés[417].

---

[414] Devenus 1240 et 1241 du code civil.
[415] V. Careghi J.-C., « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ? », *RGDM*, n° 18, 2006, pp. 109-152. L'auteur considère dans ses conclusions que « *l'histoire du droit français de la responsabilité médicale de 1835 à 1936, loin de représenter un préalable inutile, offre une alternative possible qui peut paraître intellectuellement plus satisfaisante que le recours au mythe du contrat médical* ».
[416] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.
[417] Cass. civ. 1re, 6 mars 1945, Clinique sainte Croix, *D*., 1945, p. 217.

La mise en jeu de la responsabilité contractuelle du médecin suppose nécessairement l'existence d'un contrat entre le patient et le médecin et que l'une des parties ait violé une obligation contenue dans ledit contrat. La nature du contrat médical importe peu, celui-ci étant généralement oral, il est nécessairement *intuitu personae* afin que les parties s'engagent personnellement.

Arrêt fondateur mais aussi et surtout innovateur, l'arrêt Mercier a été d'un intérêt considérable en matière de responsabilité civile médicale car il pose clairement la nature et le contenu de l'obligation de soin. Cette obligation contractuelle de moyens doit être conforme aux données acquises de la science. La construction jurisprudentielle du fondement contractuel de la responsabilité civile a permis de révéler certaines particularités de l'exercice médical. Même si l'inexécution contractuelle susceptible d'engager la responsabilité du médecin s'est largement diversifiée, elle peut être la regroupée en deux grandes catégories, le manquement à un devoir de technique médicale et le manquement à une devoir d'humanisme médical.

94. Nature de l'inexécution contractuelle en matière médicale. L'inexécution contractuelle se distingue de la faute délictuelle en ce qu'elle ne repose pas sur le même fondement. Il s'agit de la violation d'une obligation en principe contenue dans le contrat médical dont l'objet ne consiste pas à créer des normes de comportement. Le but du contrat étant d'« *aménager les intérêts des contractants en créant entre eux un réseau d'obligations et de droits destinés à servir ces intérêts* »[418]. L'obligation du médecin ne consiste en aucun cas à guérir le patient, mais en la mise en œuvre des moyens susceptibles de rétablir la santé du patient. L'ingénieuse théorie de Demogue sur la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat[419] a permis d'appréhender la relation médicale sur le fondement contractuel, mais aussi de résoudre la question de la charge de la preuve dont la simple démonstration de l'inexécution suffit à engager la responsabilité du débiteur. Or, en matière médicale il n'est en principe pas possible de garantir l'intégrité physique du patient. Le patient victime d'un dommage doit rapporter la preuve que le médecin n'a pas mis en œuvre tous les moyens dont il disposait afin d'éviter la réalisation du dommage.

L'obligation contractuelle peut revêtir une certaine intensité qui s'apprécie souverainement par les juges. En matière de responsabilité civile médicale, si la jurisprudence et la doctrine s'accordent à dire que le médecin est soumis à une simple obligation de moyens, cela n'a pas empêché la jurisprudence d'admettre, sous l'impulsion de la doctrine, elle-même motivée par

[418] Viney G., *Introduction à la responsabilité*, éd. LGDJ, 2008 3e éd., coll. Traités, p. 425.
[419] Demogue, *Traité des obligations en général,* éd. Rousseau, Tome V, 1925, n° 1237 et sv., p. 536 et sv.

les évolutions de la technique médicale, une obligation circonstanciée de résultat à la charge de certains praticiens et pour certains actes de soins. En effet, l'idée d'une obligation accessoire de sécurité, de résultat contenu dans le contrat médical qui impose au médecin de ne pas causer au patient un dommage supplémentaire au dommage initial, a largement été défendue par plusieurs auteurs[420]. Dès lors, l'obligation accessoire de sécurité a été admise par la jurisprudence sur les questions de transfusion sanguine[421], d'infections nosocomiales[422], de la mise sur le marché d'un médicament[423] ou encore du matériel médical et de façon générale aux produits fournis par un établissement de soins[424].

Si en raison de l'aléa inhérent à l'acte médical, l'obligation à la charge du médecin n'est que de moyens, en cas de dommage il appartient au patient victime d'apporter la preuve de la faute commise par le médecin.

95. La régression de la responsabilité contractuelle. Depuis la loi du 4 mars 2002[425], la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle ne présente plus d'intérêt. En effet, l'intérêt qu'avait emporté la reconnaissance d'une responsabilité civile de type contractuelle a été totalement abandonné par la réforme. Désormais, la différence entre le délai de prescription de l'action civile de dix ans et de l'action contractuelle de trente ans a été unifiée en matière médicale à dix ans. À l'évidence, si la responsabilité contractuelle en matière médicale reste ancrée dans le raisonnement judiciaire, il est toutefois à noter que, le contrat médical a été remis en cause. Dans un contexte d'une croissance des techniques médicales, est la conséquence de l'insuffisance du fondement contractuel à répondre aux risques et aléas médicaux. Alors que certains auteurs ont clairement remis en cause la nature

---

[420] V. Hocquet-Berg S., *Obligation de moyens ou obligation de résultat ? A propos de la responsabilité civile du médecin*, th. Paris XII, 1995 ; Viney G. et Jourdain P., « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *JCP G*, 1997, I, p. 4016.
[421] Cass. civ. 1re, 12 avril 1995 nos 92-11.950 et 92-11.975, *Bull. civ*. 1995, I, n° 179 et 180 ; *JCP G* 1995, II, 224667, note Jourdain P.
[422] Cass. civ. 1re, 29 juin 1999 3 arrêts nos 97-14254, 97-15.818 et 97-21.903, *Bull. civ*. 1999, I, n° 220 p. 141, *JCP G* 1999, II, 10138, rapp. Sargos P. *; Gaz. Pal*. 29/30 octobre 1999, p. 37, note Guigue J. ; *Gaz. Pal*. 2000, 1, doctr. P. 624 Hocquet-Berg S. ; *JCP G* 2000, I, 199, n° 15 et sv., obs. Viney G.
[423] Cass. civ. 1re, 3 mars 1998, *Bull. civ*. 1998, I, n° 95 p. 63 ; *JCP G* 1998, II, 10049, rapp. Sargos P. ; *D*., 1999, jurispr. P. 36, note Brun P. et Pignerre G. ; *RTD civ*. 1998, p. 683, obs. Jourdain P.
[424] Cass. civ. 1re, 7 novembre 2000 n° 99-12255, *Bull. civ*. 2000, I, n° 279 p. 181 ; rapp. C. Cass. 2000, n° 90, p. 108, obs. Chabas F. ; *JCP G* 2001, I, 340, obs. Viney G.
[425] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

contractuelle de la relation de soins[426], la jurisprudence a également alimenté le déclin du contrat médical.

Le déclin du fondement contractuel de la responsabilité civile médicale a été opéré progressivement par la jurisprudence sur la question relative à l'obligation d'information qui est désormais davantage traitée par le biais du respect de la dignité du corps humain et du respect des droits du patient. En effet, après l'arrêt *Teyssier*[427] qui a reconnu en 1942 que l'obligation de recueillir le consentement du patient était liée à sa condition de personne humaine, la Cour de cassation a réaffirmé que l'obligation d'information « *trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »[428]. Cette affirmation rappelle que « *l'individu n'est pas considéré comme un contractant, mais avant tout en tant que personne humaine. Son droit à l'information est déconnecté de tout lien avec l'existence d'un contrat pour reposer sur une norme supra-législative incontestable* »[429].

Précisément, c'est un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 décembre 2007[430] qui marque le début de l'hostilité des juges au fondement contractuel de la responsabilité civile médicale. Dans cette affaire, qui portait sur l'obligation d'information souvent appréhendée sous un fondement contractuel, la Cour de cassation a cassé la décision de la cour d'appel de Bordeaux sous le visa des articles R. 4127-36[431] du code de la santé publique et 1382[432] du code civil. Le visa de l'article 1382 du code civil qui avait fait penser à une « *erreur matérielle de rédaction* »[433] laissait pourtant présager un « *changement majeur et bienvenu de jurisprudence sur le fondement de la responsabilité en matière de devoir d'information du médecin* »[434].

Le changement de fondement de la responsabilité civile médicale a été réaffirmé quelques années plus tard par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 juin

---

[426] V. Girer M. « La négation du contrat médical » *in* Mémeteau G. et Girer M., *Cours de droit médical*, éd. LEH, 2016, spéc. pp. 336- 367. L'auteure en parlant du contrat médical le considère inutile, artificiel et inopérant.
[427] Cass req., 28 janvier 1942, Teyssier, *D*., 1942, jurispr. p. 63.
[428] Cass. civ. 1re, 9 octobre 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ*. I, n° 249 ; *D*., 2001, jurispr. p. 3470, rapp. Sargos P., note Thouvenin D. ; *JCP G*, 2002, II, 10045, note Cachard O. ; *RCA*., 2001, comm. n° 374.
[429] Mémeteau G. et Girer M., *Cours de droit médical*, *op. cit*. p. 356.
[430] Cass. civ. 1re, 6 décembre 2007 n° 06-19.301, *Bull*. 2007, I, n° 380, *Gaz. Pal*., 2008, note Duballet A.
[431] On note le visa du code de déontologie médicale qui marque la prise en compte de ces règles dans l'appréciation de la responsabilité civile du médecin justifiant ainsi leur « appui » aux règles du droit commun de la responsabilité civile.
[432] Devenu 1240 du code civil.
[433] Sargos P., « L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral », *D*., 2008, p. 192 note sous Cass. civ. 1re, 6 décembre 2007.
[434] Sargos P., « L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral », *D*., 2008, p. 192 note sous Cass. civ. 1re, 6 décembre 2007.

2010[435], concernant également l'obligation d'information à la charge du médecin. L'arrêt rendu au visa des articles 16[436], 16-3[437] et 1382[438] du code civil a été qualifié d'« *historique* »[439] par M. Sargos parce qu'il rompt clairement avec le fondement contractuel de l'obligation d'information en la rattachant désormais à la primauté et à la dignité de la personne humaine. Non seulement la distinction entre obligation contractuelle et obligation délictuelle est abandonnée mais l'obligation d'information est, elle même élevée dans son intensité de sorte que sa violation « *cause à celui auquel l'information était due, un préjudice qu'en vertu des textes susvisés, le juge ne peux laisser sans réparation* »[440].

Depuis, la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises sa volonté de rompre avec le fondement contractuel de l'obligation d'information. En effet, d'abord en 2011[441] les articles 16 et 16-3 du code civil sont à nouveau visés en sus de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique dans une affaire dont les faits étaient pourtant antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002[442] ; ensuite en 2012[443], la Cour de cassation mobilise les mêmes textes pour abandonner le fondement contractuel de l'obligation d'information. Pourtant, quelques jours plus tard, la Cour de cassation a semé le trouble en visant à nouveau les articles 1147 du code civil et 35 du code de déontologie médicale dans une affaire qui traitait de l'obligation d'information pour réaffirmer que le préjudice né du défaut d'information ne peut être laissé sans réparation[444].

Toutefois, même si cet arrêt laisse penser à un retour au fondement contractuel de l'obligation d'information, il traduit surtout un certain malaise des juges à abandonner une jurisprudence fondatrice, celle de l'arrêt Mercier, qui a constitué pendant plusieurs décennies

---

[435] Cass. civ. 1re, 3 juin 2010 n° 09-13.591, *Bull. civ*. 2010, I, n° 573 ; *D*., 2010, p. 1484, obs. Gallmeister I. ; *D*., 2010, p. Sargos P. ; *JCP G*, 2010, n° 654 ; *JCP G*, 2010, n° 788, p. 1453, note Porchy-Simon S. ; *RTD civ*., 2010, p. 571, obs. Jourdain P. ; *RDSS*, 2010, p. 898, obs. Arhab-Girardin F. ; *RCA*. 2010, comm. 222, obs. Hocquet-Berg S.; *RGDM*, 2010, n° 37, p. 480, obs. Girer M.; Bert D., « Feu l'arrêt Mercier! », *D*., 2010, p. 1801.

[436] Art. 16 C. civ. « La loi assure la primauté de la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ».

[437] Art. 16-3 al. 2 C. civ. « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

[438] Devenu 1240 du code civil.

[439] Sargos P., « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D*., 2010, p. 1522.

[440] Cass. civ. 1re, 3 juin 2010 n° 09-13.591, *Bull. civ*. 2010, I, n° 573, *op. cit.*

[441] Cass. civ. 1re, 6 octobre 2011, n° 10-21.241 inédit.

[442] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, applicable à partir du 5 septembre 2001.

[443] Cass. civ. 1re, 12 janvier 2012, n° 10-24.447, inédit ; *RGDM*, 2012, n° 42, p. 463, obs. Girer M. ; Vialla F., « Défaut d'information : classicisme ou originalité ? », *RDS*, 2012, n° 47, p. 364.

[444] Cass. civ. 1re, 26 janvier 2012, n°10-26.705, Inédit ; *RGDM*, 2012, n° 43, p. 568, obs. Girer M.

« l'*Alpha* et l'*Omega* »[445] de la responsabilité civile médicale. Néanmoins, le déclin de la responsabilité contractuelle médicale semble bel et bien avoir été amorcé, le recours aux droits fondamentaux, au respect de la dignité de la personne humaine et à l'article 1382[446] du code civil ayant progressivement remplacé le fondement contractuel de l'obligation d'information[447]. À ce sujet, M. Vialla considère que « *si des arrêts renvoient encore à l'article 1147 du Code civil, […] il est certain que la référence au contrat n'est plus systématique en matière d'information dans la relation de soin* »[448]. Certains auteurs ont constaté le passage d'une obligation d'information à un véritable droit attaché aux patients, « *la violation de ce droit subjectif accordé à tout individu ne doit plus être sanctionnée sur le terrain contractuel mais bien sur le terrain délictuel : la sanction est indépendante du contrat* »[449].

La loi du 4 mars 2002[450] a joué un rôle décisif dans l'abandon progressif du fondement contractuel de l'obligation d'information. De façon générale, c'est l'ensemble du régime juridique de la responsabilité civile médicale, fondé sur la traditionnelle distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, qui a été remis en cause par l'affirmation du fondement légal de la responsabilité civile médicale.

B. LE FONDEMENT DÉLICTUEL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

96. Fondement légal. Dire que la responsabilité civile médicale repose désormais sur un fondement légal c'est également affirmer que les obligations des professionnels de santé sont fixées par des textes législatifs et/ou réglementaires et non plus par le contrat médical. Evitant toute dérive de la jurisprudence, le législateur a affirmé le principe d'une responsabilité civile fautive, sans toutefois donner de définition à ladite faute.

97. L'affirmation du principe d'une responsabilité civile médicale fautive. À l'évidence le médecin n'engage sa responsabilité qu'en cas de faute. Ce principe a été réaffirmé

[445] Viney G. et Jourdain P., « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *JCP G*, 1997, I, 4016, p. 182.
[446] Devenu 1240 du code civil.
[447] Cass. civ. 1re, 12 juin 2012, n° 11-18.327, *Bull. civ*. I, 2012, n° 129 ; *D*., 2012, p. 1610, Gallmeister I ; *D*., 2012, p. 1794, note Laude A. ; *JCP G*, 2012, 756, obs. Vialla F. ; *RGDM*, 2012, n° 44, p. 549, obs. Girer M.
[448] Vialla F., « Défaut d'information du patient, la Cour de cassation persiste et signe », *JCP G*, 2012, p. 756.
[449] Girer M. « La négation du contrat médical », *op. cit*. p. 360.
[450] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

par la loi du 4 mars 2002[451], première loi qui traite particulièrement de la responsabilité civile des professionnels de santé, dans son article L. 1142-1 du code de la santé publique. L'alinéa premier dispose en effet, que les professionnels de santé et tous les établissements, services ou organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.

98. Responsabilité pour faute, oui mais quelle faute ? Si certains ont mis en évidence que la faute ne pouvait « *divorcer* » de la responsabilité civile c'est bien pour souligner les rapports étroits et indéfectibles entre les deux[452]. Or, en l'absence de définition légale de la faute, celle-ci est appréhendée de manière casuistique. Les juges contraints d'appréhender les faits susceptibles d'engager la responsabilité des professionnels de santé sont les acteurs privilégiés pour apprécier le caractère fautif de ces derniers. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire qu'est considéré comme fautif le manquement à une obligation à laquelle les professionnels de santé sont soumis. Il convient de rappeler d'abord que toute faute, peu importe son intensité[453], est susceptible d'engager la responsabilité du médecin, ensuite que cette dernière s'apprécie conformément aux données scientifiques acquises, enfin qu'en apparence la distinction entre faute lourde et faute simple appartient désormais au passé[454].

Sans prétendre à l'exhaustivité, la faute médicale susceptible d'engager la responsabilité du médecin libéral est contenue dans deux catégories principales. Il s'agit de la faute technique, qui s'entend comme un manquement du professionnel aux règles de l'art, et de la faute d'humanisme qui est indépendante de l'acte médical.

99. La faute technique. Dans la première catégorie de faute médicale, est considérée comme fautive, l'extraction d'une dent de sagesse ayant provoqué un traumatisme du nerf sublingual. Dans cette affaire, la Cour de cassation a admis la faute technique « *dès lors que la réalisation de l'extraction n'impliquait pas l'atteinte du nerf sublingual et qu'il n'était*

[451] *Ibid*.
[452] Rade C., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D*., 1998, p. 301.
[453] Exception faite de la faute caractérisée posée à l'article L. 114-5 CASF concernant le handicap de l'enfant non décelé pendant la grossesse.
[454] Sur cette question V. Toublanc A., « De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale », *AJDA*, 2004, p. 1173 et sv.

pas établi que le trajet de ce nerf aurait présenté (...) une anomalie rendant son atteinte inévitable »[455]. Par ces affaires, la Cour de cassation fait entendre comme critère déterminant d'appréciation de la faute technique l'anomalie anatomique du patient rendant l'atteinte corporelle inévitable, autrement dit l'existence d'un aléa dans la réalisation de l'acte. Il s'agit d'une interprétation large de la faute médicale dont la simple maladresse est susceptible d'engager la responsabilité du praticien. À ce sujet, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer en prenant en compte la maladresse comme une faute technique[456]. En assimilant la maladresse et la faute[457], la Cour de cassation entend imposer une obligation d'exactitude du geste médical sévèrement appréciée par les juges du fond et non remise en cause par la loi du 4 mars 2002. Selon Mme Viney, « *la première chambre civile de la Cour de cassation est allée, grâce à l'assimilation de la maladresse du chirurgien à une faute, jusqu'à l'extrême limite de ce qu'il est possible de faire pour favoriser l'indemnisation des victimes d'erreurs chirurgicales, sans imposer officiellement au chirurgien une obligation de soins de résultat* »[458].

Cependant, la jurisprudence a semé le trouble dans l'appréciation de la faute technique, précisément dans l'appréciation de l'aléa thérapeutique et de la faute médicale. En effet, l'obligation d'exactitude du geste chirurgical appréciée sévèrement laissait penser à l'émergence d'une présomption simple de faute. Or, la précision du geste médical ne supprime pas l'aléa inhérent à l'activité médicale. Le garde-fou posé par les arrêts de la Cour de cassation du 23 mai 2000[459], à savoir le caractère inévitable de l'atteinte dû à une anormalité anatomique, n'a pas toujours suffit à écarter l'exigence d'une obligation de résultat déguisée en matière de chirurgie médicale. À ce sujet, certains auteurs avaient mis en avant le fait qu'il valait mieux « *admettre clairement que le médecin [était] tenu d'une obligation de sécurité de résultat* » plutôt que « *retenir la responsabilité de médecins pour des fautes insignifiantes et largement induites du résultat dommageable comme dans les cas d'« oubli » d'instruments ou de compresses dans le corps du patient* »[460].

---

[455] Cass. civ. 1re, 23 mai 2000 n° 98-20.440 et n° 98-19.869, *Bull. civ*. I, 2000, n° 153, p. 100.
[456] Cass. civ. 1re, 7 janvier 1997, *D*., 1997, p. 189, note Thouvenin D. et rapp. Sargos P.
[457] Cass. civ. 1re, 13 octobre 1999, n° 97-21.451, *JCP*, 2000, p.10270, note Dorsner-Dolivet A., « *Attendu (...) qu'à l'occasion d'une biopsie hépatique il avait commis une erreur de trajet constitutive d'une maladresse ; qu'elle en a exactement déduit que cette faute engageait la responsabilité du praticien* » ; Cass. civ. 1re, 3 avril 2007, n° 06-13.457, *RDS*, 19 septembre 2007, 621, obs. Vialla F.
[458] Viney G., « Chronique de responsabilité civile », *JCP* G. 2000, I, n° 12 p. 280.
[459] Cass. civ. 1re, 23 mai 2000 n° 98-20.440 et n° 98-19.869, *Bull. civ*. I, 2000, n° 153, p. 100.
[460] Jourdain P., « Responsabilité médicale : la blessure d'un organe voisin de celui opéré constitue une faute du chirurgien », *RTD civ*. 2000, p. 840.

Dans ce contexte, une majorité de décisions concluait en faveur d'une maladresse fautive pouvant s'expliquer par le caractère inévitable de l'atteinte. Dans d'autres décisions, la lésion d'un organe, autre que celui opéré, a été considérée comme un aléa thérapeutique[461].

Or, de la qualification aléatoire ou fautive d'une maladresse dépend le régime d'indemnisation de la victime, puisque l'aléa thérapeutique est réparé, sous conditions, au titre de la solidarité nationale. La Cour de cassation est finalement intervenue en 2008[462] afin de poser les critères d'appréciation de la faute et de l'aléa en posant deux hypothèses distinctes. Si l'acte médical pratiqué n'implique pas une atteinte à un autre organe voisin, seule la faute commise au moment des soins doit être qualifiée pour engager la responsabilité du praticien, cette faute pouvant être présumée par la maladresse. En revanche, si la lésion d'un organe voisin est inhérente à l'acte médical pratiqué, il s'agit d'un aléa thérapeutique ouvrant droit à réparation au titre de la solidarité nationale. Le critère de qualification posé laisse toutefois une difficulté pratique pour les juges qui suppose que « *toute affirmation de l'existence d'une maladresse ou au contraire de l'existence d'un aléa thérapeutique, sur des présomptions telles que celles énoncées dans les deux arrêts (...) semble relever de l'aléa judiciaire* »[463]. Pour autant, si la distinction entre maladresse fautive et aléa thérapeutique oblige les juges à apprécier au cas par cas, le contrôle opéré par la haute cour laisse penser à une application fidèle de ces critères. La Cour de cassation a en effet eu l'occasion de le réitérer en 2013 considérant que « *l'atteinte, par un chirurgien, à un organe ou une partie du corps du patient que son intervention n'impliquait pas, est fautive, en l'absence de preuve, qui lui incombe, d'une anomalie rendant l'atteinte inévitable ou de la survenance d'un risque inhérent à cette intervention qui ne pouvait être maîtrisée, relevait de l'aléa thérapeutique* »[464].

---

[461] Cass. civ. 1re, 13 novembre 2002, n° 01-00.377, *Bull. civ*. 2002, I, n° 265, p. 206, la lésion du nerf récurrent lors de l'ablation d'un nodule situé sur la glande thyroïde constitue un aléa thérapeutique exclusif de la faute ; CA Poitiers, 8 octobre 2002 n° 99/03626, la perforation de l'utérus et du rectum au cours d'une hystéroscopie constitue un aléa thérapeutique ; CA Bordeaux, 5 septembre 2002 n° 01/00196, la perforation intestinale lors d'une coloscopie est également un aléa thérapeutique.

[462] Cass. civ. 1re, 18 septembre 2008 n° 07-13.080, *Bull. civ*. 2008, I, n° 206 et n° 07-12.170, *Bull. civ*. 2008, I, n° 205.

[463] Penneau J., obs. sous Cass. civ. 1re, 18 septembre 2008, *D*., 2009, p. 1302 et sv.

[464] Cass. civ. 1re, 20 mars 2013, n° 12-13.900, Inédit ; V. également Cass. civ. 1re, 28 mai 2009, n° 08-13.406, 20 janvier 2011, n° 10-17.357 ; 17 novembre 2011, n° 10-24.688

C'est sans doute parce que le médecin et le patient entretiennent une relation humaine[465] que l'erreur n'est pas nécessairement fautive[466]. La doctrine a toutefois posé le principe largement adopté d'une faute « *d'humanisme médical* » susceptible d'engager la responsabilité du praticien.

100. La faute d'humanisme[467]. La faute d'humanisme est celle qui correspond à un manquement propre à la relation humaine que le praticien entretient avec le patient. Ce « *colloque singulier* » composé de deux humains doit être préservé de toutes formes d'atteinte au respect de la personne humaine du patient, étant donné que « *la dignité du patient est une valeur qui s'impose au médecin, même lorsque la personne est au premier temps ou aux dernières heures de son existence* »[468]. Particulièrement, la faute d'humanisme médicale est celle qui viole un devoir imposé par la déontologie et l'éthique médicale. Il peut s'agir, entre autres, de la violation de l'assentiment préalable à l'acte médical[469], de la violation du secret professionnel[470], de la violation de l'obligation d'information ou de conseil, de la violation de l'obligation d'assistance, ou encore de la violation de l'obligation de donner des soins[471]. Dans cette seconde catégorie de faute, le manquement à l'obligation d'information, par sa nature, son étendue et son contenu, occupe une place importante du contentieux dirigé contre les praticiens, ce qui démontre la nature humaine de la relation médicale. Seuls quelques exemples topiques seront présentés. Sur l'assentiment à l'acte médical, a été considéré comme fautif le fait pour un chirurgien de ligaturer les trompes d'une patiente au cours d'une césarienne pour éviter toute nouvelle grossesse, et d'en informer la patiente qu'à son réveil[472]. Le défaut d'information sur les risques de l'acte médical engage la responsabilité du débiteur de l'information[473],

---

[465] Selon les propos de Savatier qualifiant la relation entre le médecin et le juriste « *Médecin et juriste incarnent deux humanisme* (…) », Savatier R., « Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui », *Revue internationale de droit comparé*, 1959, p. 213.

[466] V. CA Angers 4 mars 1947, *D*., 1948, p. 298 sur la confusion d'une fracture à retardement avec un sarcome après avoir réalisé toutes les radiographies nécessaires.

[467] Expression de Savatier R.

[468] Mémeteau G., *Traité de la responsabilité médicale,* éd. LEH, 1996, p. 111.

[469] Qui a été reconnu très tôt par la jurisprudence, V. Cass. req. 28 janvier 1942, *D*., 1942, p. 63.

[470] Certains auteurs ont fait remarquer la faiblesse des condamnations pénales de la violation du secret professionnel. Cette faiblesse pourrait s'expliquer par la prise en compte, par le juge pénal, du caractère humaniste du secret. V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 327.

[471] Cass. civ. 1re, 29 octobre 1963, *D*., 1964 ; *Gaz. Pal*. 1964, 1, p. 124 ; également constitutif d'un délit criminel Cass. crim., 31 mai 1949, *D.,* ; 1949, p. 347 ; *JCP* 1949, II, p. 4945, note Magnol.

[472] Cass. civ. 1re, 11 octobre 1988, n° 86-12.832, *Bull. civ*. I, n° 280 ; *JCP* 1989, II. 21358, note Dorsner-Dolivet A. ; V. également Cass. civ. 1re, 12 janvier 1996, n° 94-15.067, *Gaz. Pal*. 14-16 juillet 1996, p. 89, note Bonneau, au sujet d'une hystérectomie au cours d'une intervention pour prolapsus génital.

[473] Cass. civ. 1re, 25 février 1996, n° 94-19.685*, Bull. civ*. I, n° 75 ; *Gaz. Pal*. 1997, 1, p. 274, rapp. Sargos, note Guigue ; *JCP* 1997, I, p. 4025, n° 7, obs. Viney ; Sur les risques de cécité d'une intervention esthétique sur les paupières : Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *D*., 1970, p. 85 ; *JCP* 1970, II, p. 16507, note Savatier ; sur

l'information doit porter sur les conséquences postérieures de l'acte médical[474]. Est également fautif le fait pour un médecin de tarder à faire appel à un spécialiste en méconnaissance du code de déontologie médicale[475], ou de ne pas suivre le traitement proposé par un spécialiste après avoir eu recours à lui[476]. La faute d'humanisme peut également résider en une atteinte à l'intégrité du patient non justifiée par un but thérapeutique, notamment lorsque les interventions pratiquées ont déclenché une hémorragie obligeant le patient à subir des transfusions d'un sang contaminé par le virus HIV[477].

101. Appréciation stricte de la faute d'humaniste par les chambres disciplinaires. La faute d'humanisme médical est rattachée au défaut d'information. À cet effet, le juge disciplinaire a retenu une faute d'humanisme lorsqu'un praticien a méconnu l'obligation d'information dès lors qu'il s'est contenté de présenter des documents médicaux au patient sans s'assurer de leur compréhension[478]. C'est également le cas, lorsque l'information délivrée au patient n'est ni complète ni pertinente[479], lorsque le praticien informe tardivement (sur la table d'opération) la patiente du changement de décision des soins à délivrer[480] ou encore lorsqu'un « *praticien n'établit pas avoir délivré une information préalable complète de nature à assurer le consentement éclairé des parents à l'intervention réalisée sur leur fils* »[481]. Le fondement légal de la responsabilité civile a permis une « *décontractualisation* » effective de la responsabilité civile du médecin qui n'est plus enfermée dans la distinction contractuelle et délictuelle. Selon certains auteurs, cette contractualisation visait à « *imposer un nouvel équilibre*

---

l'information des risques liés à la prescription d'un médicament hors AMM : Cass. civ. 1re, 12 juin 2012, n° 11-18.327, *D*., 2012, p. 1794, note Laude A. ; *Gaz. Pal*. 18-19 juillet 2012, note Bacache M. et *Gaz. Pal*. 26-27 septembre 2012, obs. Mekki M. ; *RCA* 2012, n° 245, obs. Hocquet-Berg S.

[474] Cass. civ. 1re, 12 janvier 2012, n° 10-24.447, inédit ; *RGDM*, 2012, n° 42, p. 463, obs. Girer M. ; Vialla F., « Défaut d'information : classicisme ou originalité ? », *RDS*, 2012, n° 47, p. 364.

[475] Cass. civ. 1re, 27 novembre 2008, n° 07-15.963, *D*., 2008, p. 3085 ; *D*., 2009, p. 1304, obs. Penneau J., *RLDC* 2009/57, n° 3296, note Bugnicourt J.-Ph.

[476] Cass. civ. 1re, 29 novembre 1937, Sirey, 1938, 1, p. 257, A. B.

[477] CA Versailles 30 mars 1989, *JCP* 1990, II, 21505, note Dorsner-Dolivet A. ; *RTD civ*. 1990, 85, obs. Jourdain P.

[478] Ch. discipl. nat., 16 septembre 2015, n° 12561, blâme.

[479] Ch. discipl. nat., 27 novembre 2019, n° 13670, « *Spécialiste en chirurgie générale a pris en charge une patiente souffrant d'une scoliose lombaire. A la suite de plusieurs interventions chirurgicales dont la pose de trois prothèses de disques lombaires suivies de diverses complications, la patiente s'est retrouvée paraplégique. Il ressort des pièces du dossier, notamment des dires mêmes de la patiente, que le praticien a informé cette dernière, préalablement à la réalisation des opérations des 10 septembre et 6 novembre 2007, des risques respectifs d'une arthrodèse et de la pose de trois prothèses. En revanche, il ne ressort d'aucun élément, notamment d'aucune pièce, que cette information sur les risques encourus aurait été complète et pertinente. (...)* », Interdiction temporaire d'exercer de 6 mois.

[480] Ch. discipl. nat., 21 février 2019, n° 13422, l'information a été qualifiée de déloyale, interdiction temporaire d'exercer 3 mois.

[481] Ch. discipl. nat., 24 octobre 2018, n° 13235, interdiction temporaire d'exercer de 3 mois.

entre praticien et patient reposant sur l'autonomie de la volonté plutôt que sur le contrôle social induit par la responsabilité délictuelle »[482]. Toutefois, il faut constater que cette « *décontractualisation* » est relative, car le contrat médical survit dans les faits, comme le fait remarquer M. Mémeteau, plutôt que de parler de « négation du contrat » il faudrait entendre la « *sortie de la responsabilité du contrat* »[483]. Désormais, sur un fondement légal, la finalité indemnitaire de la responsabilité civile pour faute est concurrencée par la finalité de sanctionner disciplinairement les praticiens déviants.

II. LA FONCTION SANCTION DE LA DÉONTOLOGIE

102. L'intérêt de sanctionner disciplinairement le médecin. Les règles de déontologie médicale n'étaient pas à l'origine des règles juridiques, elles le sont devenues principalement par le mécanisme de sanction qui s'y attache (A). Cette finalité sanctionnatrice qui fait défaut à la responsabilité civile permet de révéler l'incompatibilité entre sanction disciplinaire et régimes spéciaux de responsabilité (B).

A. LA SANCTION DISCIPLINAIRE DU MÉDECIN

103. Le respect des devoirs déontologiques. La sanction disciplinaire intervient postérieurement à la violation d'un devoir imposé par le code de déontologie médicale. Le CNOM en tant qu'organisme national est également chargé de veiller au strict respect des règles de déontologie médicale. À cet effet, il dispose d'un pouvoir disciplinaire sur l'ensemble des professionnels exerçant légalement la médecine. Depuis les modifications structurelles apportées en 2002[484] le CNOM n'assure plus « personnellement » le second degré du contentieux disciplinaire, celui-ci étant désormais attribué à une institution nationale indépendante qui siège auprès du CNOM.

[482] Tholozan O., « La cristallisation juridique des normes de déontologie médicale (Première moitié du XXe siècle) », *in La déontologie médicale* : Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006), 2007, pp. 61-69.
[483] Mémeteau G. « La relation entre le malade et le médecin en droit privé », *in* Mémeteau G. et Girer M., « Cours de droit médical », *op. cit.* pp. 309-336, spéc. 319.
[484] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

À ce titre, le CNOM accueille en son sein la chambre nationale disciplinaire. Elle est composée de douze membres élus par les conseillers nationaux, les modalités du scrutin sont identiques à celles de l'élection des membres de la chambre disciplinaire de première instance. Elle est présidée par un membre du Conseil d'État, les décisions sont rendues en formation collégiale et sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État[485]. La séparation entre les attributions administrative et disciplinaire du CNOM a permis de mettre un terme à la confusion entre les différentes missions de l'ordre et de donner davantage de « *crédibilité et d'indépendance* » aux chambres disciplinaires[486].

En outre, cette dissociation peut également entraîner des méfiances au regard de l'autonomie et de l'indépendance de ces institutions disciplinaires dans la mesure où les décisions sont rendues non plus directement par le CNOM. Il semble que les craintes d'une indépendance trop importante des chambres disciplinaires restent, à ce jour, infondées. En effet, le pouvoir disciplinaire est inhérent aux missions d'organisation, de gestion et de coordination de la profession médicale qui incombe au seul CNOM. Les chambres disciplinaires n'exercent leurs missions qu'au regard des compétences liées à leur rattachement au conseil de l'ordre. Il ne s'agit pas d'une institution externe à la structure de l'ordre mais d'une instance « attachée » à l'ordre dont l'indépendance et l'autonomie ne servent que la nécessité d'une clarification entre les différentes attributions de l'ordre.

Par ailleurs, la sanction disciplinaire est autonome et se distingue des sanctions pénales, civiles et administratives auxquelles elle peut au contraire s'ajouter[487]. Le droit disciplinaire de la profession médicale est un droit spécifique, qui ne s'applique qu'à l'encontre des praticiens. Cette spécificité est inhérente à l'essence de la règle de déontologie médicale. Cela signifie que le droit disciplinaire ne s'intéresse qu'aux médecins et n'a pas vocation à s'appliquer ni aux patients ni aux tiers.

Le droit disciplinaire, quant à lui, n'applique pas régimes spéciaux de responsabilité civile avec lesquels il se révèle incompatible, notamment lorsque l'existence d'une faute n'est pas une condition d'application de ces derniers.

[485] Art. L. 4122-3 CSP.
[486] Terrier E., « Déontologie médicale et droit », *op. cit.*, p. 285.
[487] V. *supra* n° 89.

B. L'INCOMPATIBILITÉ DE LA SANCTION DISCIPLINAIRE ET LES RÉGIMES SPÉCIAUX DE RESPONSABILITÉ

104. Précisions. Le contexte d'objectivation de la responsabilité civile est contraire aux conditions d'engagement de la responsabilité disciplinaire dont les fondements n'admettent pas de responsabilité sans faute à l'instar du droit commun de la responsabilité civile.

105. Incompatibilité. Conformément à l'article 69 du code de déontologie médicale « *l'exercice de la médecine est personnel ; chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes* ». De ce postulat de l'exercice de la médecine, découle entièrement le principe de la responsabilité personnelle du médecin en cas de dommage causé à un patient, d'où l'obligation faite à tout médecin libéral de souscrire une assurance responsabilité civile pour les risques liés à l'exercice de son art[488]. En l'état actuel du droit, la jurisprudence en matière de responsabilité civile et les dispositions législatives en la matière ont favorisé l'essor des régimes spéciaux de responsabilité en l'absence de faute permettant d'indemniser les victimes des risques liés à la médecine. C'est notamment le cas de l'indemnisation des victimes d'aléas thérapeutiques qui sont réparées de leurs préjudices au titre de la solidarité nationale. Or, en matière disciplinaire l'aléa médical n'entraine pas de sanction, seule la faute du praticien permet de le sanctionner. Dès lors, la déontologie est complètement indifférente à la finalité indemnitaire de la responsabilité civile.

106. L'ambiguïté des responsabilités. Il est possible de relever un paradoxe entre les régimes spéciaux de responsabilité civile et la responsabilité disciplinaire. L'exemple retenu est celui de l'infection nosocomiale pour laquelle la faute est particulièrement difficile à prouver, pis encore, lorsque l'infection est de nature endogène. C'est pour cette raison que la présomption de faute[489] a laissé place à la présomption de responsabilité[490] dont seule la cause étrangère permet d'exonérer les établissements de santé de leur responsabilité. Dans le cadre d'une infection nosocomiale la présomption de responsabilité ne s'applique pas à la médecine libérale.

---

[488] Art. L. 1142-2 CSP.
[489] CE 9 décembre 1988, Rec., p. 431 ; Cass. civ. 1re, 21 mai 1996, n° 94-16.586, *Bull. civ*. I, n° 219, p. 152 ; Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, nos 97-18.481, 97-18.509, 97-19.131, *Bull. civ*. I, n° 210, p. 144, Cass. civ. 1re, 7 juillet 1998, n° 96-22.727.
[490] Cass. civ. 1re, 29 juin 1999, II, n° 10138, rapp. Sargos P.

La faute du médecin libéral, qui est la condition de sa responsabilité, reste difficile à rapporter. Dans ce cas, la victime d'une infection nosocomiale qui ne remplit pas les conditions d'indemnisation au titre de la solidarité nationale ne peut être indemnisée de son préjudice si toutes les conditions de la responsabilité civile ne sont pas réunies. Dans ces conditions, il faut espérer un strict respect des professionnels libéraux de leurs obligations légales et déontologiques en matière d'asepsie et d'hygiène[491] pour éviter aux patients le risque d'une infection nosocomiale. Il faut rappeler qu'il n'existe pas d'autorité de la chose jugée de la décision du juge civil et sur celle du juge disciplinaire, la faute civile ne s'impose pas au juge disciplinaire et inversement. En matière d'infection nosocomiale, le praticien libéral qui n'a pas commis de faute n'engage pas sa responsabilité à l'égard de la victime et n'encourt aucune sanction disciplinaire[492]. Le juge disciplinaire a eu l'occasion de préciser que les conséquences d'une « *infection nosocomiale résultant des conditions d'hospitalisation (...) ne sauraient constituer des manquements à la déontologie par le praticien poursuivi* » pour rejeter la plainte d'une patiente[493]. Le juge disciplinaire ne sanctionne pas le praticien des conséquences d'une infection nosocomiale dès lors que la faute du praticien n'est pas admise[494]. La victime se trouve dans une situation de non-indemnisation dès lors que la procédure disciplinaire n'a pas pour finalité d'indemniser les victimes.

Cela s'explique par la pérennisation de la faute dans le cadre d'une procédure disciplinaire. Ce, d'autant plus que le médecin n'est pas tenu de réparer les conséquences d'un aléa thérapeutique, ce dernier étant « *une incertitude liée à la médecine et non pas au médecin en particulier* ». Dans ce cas, les médecins ne peuvent être « *les seuls acteurs qui soient susceptibles d'intervenir et d'endosser des responsabilités* »[495].

---

[491] Art. L. 3114-6 CSP, Art. 49 et 71 CDM.

[492] Ch. discipl. nat., 21 novembre 2005, n° 9204. Dans cette affaire le juge disciplinaire a rejeté la plainte d'une patiente qui portait sur une infection nosocomiale : « *Fistule vésico-vaginale et abcès de paroi apparus sur une patiente à la suite d'une hystérectomie. Selon l'expertise de la commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, la fistule apparue au 11ème jour après l'intervention doit être considérée comme un accident médical. L'abcès de paroi survenu le 8ème jour dans les suites opératoires est une infection nosocomiale post-opératoire. Aucune faute ni aucun manquement à la déontologie ne peut être reproché au praticien* ».

[493] Ch. discipl. nat., 16 juillet 2013, n° 11556, rejet de la plainte ; dans le même sens, ch. discipl. nat., 22 septembre 2016, n° 12668

[494] Ch. discipl. nat., 6 novembre 20012, n° 11272, « *Infection qui s'est manifestée sur la patiente à la suite de la pose d'une prothèse du genou, infection qui a nécessité plusieurs autres hospitalisations et interventions. Le praticien s'était assuré avant l'intervention de l'absence d'infection urinaire, l'infection qui s'est déclarée ensuite étant une infection nosocomiale qui, selon l'expertise prescrite par le CRCI, ne saurait être imputée à une faute du praticien. L'oubli, par la suite, d'une compresse lors d'une intervention de reprise, certes regrettable est demeuré sans conséquences dommageables pour la patiente et n'a pas constitué une faute appelant une sanction disciplinaire* ».

[495] Hoerni B., « Risque, faute, aléa *», in* « Aléa médical et responsabilité », 2e jeudi de l'ordre, 4 février 1999.

La sanction disciplinaire est conditionnée par l'existence d'une violation aux règles de déontologie médicale, le manquement doit avoir été considéré comme fautif.

SECTION 2. LA QUALIFICATION DU MANQUEMENT DÉONTOLOGIQUE

107. Qualification de la faute disciplinaire. La qualification du manquement déontologique n'est pas aisée, dans la mesure où l'ensemble des règles pratiques professionnelles ne sont pas contenues dans un code. La faute disciplinaire n'est pas clairement définie et s'appréhende nécessairement au travers d'une règle déontologique lorsqu'elle est clairement identifiée ou elle se déduit directement du comportement qu'aurait dû avoir le praticien. Or, pour sanctionner un praticien il faut clairement identifier la règle violée (I), laquelle ne peut s'inventer. En revanche, il est indispensable de mettre en évidence l'autonomie de la faute déontologique par rapport à d'autres disciplines (II).

I. LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'IDENTIFICATION DU MANQUEMENT DÉONTOLOGIQUE

108. Identification difficile. Si la faute disciplinaire est difficilement identifiable, c'est principalement parce qu'elle n'est pas expressément définie. Ni la déontologie médicale, elle-même, ni tout autre texte légal ne définit la faute déontologique. Son identification est soumise à un principe directeur, celui du « *tout manquement* » (A), qui nécessite de l'identifier concrètement. Dès lors, la faute déontologique est dépendante de la règle déontologique (B), cette dernière n'étant pas exhaustive, la faute qui en résulte ne l'est pas non plus.

A. LE PRINCIPE DU « TOUT MANQUEMENT »

109. Large spectre. La faute déontologique est aussi imprécise et indéfinie que la faute civile, les deux étant soumises au principe de « *tout manquement* »[496]. Cela ne devrait d'ailleurs pas surprendre tant il est impossible de prévoir à l'avance ce que sera une faute

[496] En rapport avec la célèbre définition de la faute par Planiol, « tout manquement à une obligation préexistante », Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 3e éd., n° 947.

déontologique, sachant que dans ce cas la faute est caractérisée par son objet. La jurisprudence a apporté une précision quant à la définition de la faute déontologique, celle-ci étant constituée par tout fait contraire aux devoirs professionnels[497]. Par ailleurs, le développement des référentiels de qualité, de technicité et de soins qui constituent les données acquises de la science[498], ont permis à la jurisprudence d'apprécier le comportement fautif des professionnels de santé. La faute déontologique se caractérise par son absence de définition textuelle. Dès lors, la faute déontologique ne peut être entendue que largement. Elle résulte à la fois des manquements aux règles professionnelles connues (1) et celles qui ne le sont pas encore (2).

1. La faute issue des règles déontologiques connues

110. Respect du principe de légalité. En raison du principe de légalité, la faute déontologique est, en principe, constituée par la violation d'une règle de déontologie médicale. Il existe deux grandes catégories de faute pouvant entrainer la responsabilité du médecin. La faute technique en rapport direct avec l'exercice, les méthodes utilisées par le praticien et la faute d'humanisme, encore appelée faute d'éthique ou de conscience, celle-ci étant davantage liée à la moralité professionnelle. Ces fautes sont à la fois énumérées par le code de déontologie médicale et le code de la santé publique, elles ne se limitent pas à l'exercice de la profession[499]. La faute déontologique est avant tout une faute disciplinaire dont les manquements constituent des « *infractions* » qui relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre[500].

111. La faute technique. La faute technique résulte d'un manquement du professionnel de santé à l'obligation de donner des soins conformes aux données acquises de la science[501]. Une faute technique est un comportement du médecin qui ne respecte pas les règles de l'art de la profession. Sur cette question, la jurisprudence civile est assez fournie. Dès lors, la faute technique peut résulter d'un retard de diagnostic, d'un diagnostic erroné, d'un mauvais traitement ou d'un retard de soin. La jurisprudence a, par exemple, précisé que la faute de diagnostic en elle-même n'était pas constitutive d'une faute de nature à engager la

[497] CE 8 novembre 1999, Guiton, n° 191630.
[498] Qui sont mises à jour par la HAS.
[499] Sur la définition de la faute déontologique Martineau-Bourgninaud la définit comme « *tout manquement à un devoir préexistant, tant dans la vie professionnelle qu'extra professionnelle, que n'aurait pas commis un professionnel avisé dans les mêmes circonstances* », Martineau-Bourgninaud V. « Droit privé et déontologie », cité par Terrier E., *Déontologie médicale et droit, op. cit*., p. 380.
[500] Article premier al. 3 CDM.
[501] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p. 478 sv.

responsabilité du médecin dès lors que le diagnostic avait été établi conformément aux données acquises de la science[502]. Dans le cas du diagnostic, l'erreur n'est pas toujours fautive. En effet, la rareté de la pathologie, sa localisation ou sa similitude avec une autre pathologie plus courante, la complexité des symptômes, la difficulté de leur constatation ou de leur interprétation, sont autant de raisons qui écartent la responsabilité civile du médecin[503]. En revanche, la responsabilité du médecin est engagée pour faute de diagnostic lorsque le non-respect des données acquises de la science est avéré[504]. C'est le cas de l'omission ou de la négligence dans l'établissement du diagnostic, le défaut de surveillance et la mise en œuvre du traitement qui sont constitutifs d'une faute de nature à engager la responsabilité civile du praticien[505]. On observe que la jurisprudence est particulièrement exigeante et qu'elle apprécie sévèrement la maîtrise des techniques des actes médicaux[506]. Par ailleurs, il est possible de noter que les chambres disciplinaires apprécient également sévèrement les fautes contre l'humanisme médical et n'hésitent pas à sanctionner les praticiens contrevenants. C'est notamment le cas lorsqu'un chirurgien opère le genou droit au lieu du gauche sans regarder le dossier médical du patient ni lire la fiche d'intervention affichée à l'entrée du bloc opératoire[507]. La faute d'humanisme médical est également caractérisée lorsqu'un chirurgien esthétique, face à de graves complications, a persisté dans une stratégie antibiotique erronée sans avoir recours à un tiers compétent[508].

112. La faute d'humanisme. Elle est considérée comme le « *manquement du professionnel de santé au devoir inhérent à son ministère, à la violation du respect de la personne humaine et de sa dignité* »[509]. Si la faute d'humanisme est entendue comme une faute d'éthique ou de conscience, c'est principalement parce que la règle déontologique dont le manquement a été caractérisé est liée à la morale professionnelle. Ces règles ont pour finalité la protection de l'intégrité physique et psychique du patient. Selon M. Jaunait, « *la faute médicale du point de vue ordinal est toujours une faute morale. Cette faute morale justifie en même temps des sanctions car elle entretient un rapport direct à ce qui la rend possible, la*

---

[502] Cass. civ. 1re, 24 novembre 1987, n° 85-13.993, *D.*, 1989.
[503] Cass. civ. 1re, 30 septembre 2010, n° 09-68.372.
[504] Cass. civ. 1re, 30 avril 2014, n° 13-14.288, Cass. civ. 1re, 10 juillet 2002 n° 01-10.039, V. également décisions de la ch. discipl. nat., 15 septembre 2016 n° 12631, 5 juin 2014 n° 11805.
[505] Cass. civ. 1re, 9 avril 2014, n° 13-14.964, Inédit, Cass. civ. 1re, 4 mai 2012 n° 11-17.022, Inédit.
[506] Cass. civ. 1re, 9 juillet 2015, n° 14-18.970, Cass. civ. 1re, 21 février 2006, n° 04-20.685. Il en est de même du juge disciplinaire, ch. discipl. nat., 25 septembre 2015 n° 12273, 6 mai 2015 n° 12444.
[507] Ch. discipl. nat., 6 mai 2015, n° 12144, blâme ; 15 avril 2014, n° 11832, erreur d'intervention sur rein gauche au lieu du droit, interdiction temporaire d'exercer d'un mois.
[508] Ch. discipl. nat., 7 novembre 2016, n° 12711, interdiction temporaire d'exercer de trois mois.
[509] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé,* éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p. 476.

médecine comme idéal social »[510]. La faute d'humanisme est une atteinte aux droits du patient, notamment du devoir d'information lié à celui d'obtenir le consentement du malade ou encore du secret professionnel médical. En matière de manquement au devoir d'information pour lequel la jurisprudence est particulièrement abondante, il a été admis que ce dernier entrainait une faute d'humanisme engageant la responsabilité personnelle du médecin et donnant droit à réparation[511].

113. Fautes illicites. Par ailleurs, les praticiens peuvent également commettre des fautes illicites en ce qu'elles méconnaissent une interdiction. En effet, le principe d'inviolabilité du corps humain est un principe d'ordre public à valeur constitutionnelle en droit français. Il implique la prohibition des atteintes à l'intégrité de la personne humaine dès le commencement de sa vie[512]. L'article 16-3 du code civil fait de l'exercice médical un fait justificatif des atteintes à l'intégrité de la personne humaine et de sa dignité. Le consentement de la personne doit être recueilli dans tous les cas. Tels sont par exemple les cas d'une intervention chirurgicale jugée mutilante, non justifiée et inadaptée à la pathologie[513], de l'injection délibéré d'un produit létal[514], d'une interruption volontaire de grossesse en méconnaissance du cadre fixé par la loi, notamment le délai de réflexion[515].

Il est possible de constater qu'il existe au titre de la déontologie médicale plusieurs devoirs déontologiques dont la méconnaissance engage, en principe, la responsabilité du médecin. En dépit du constat selon lequel, « *la plupart des procès de responsabilité médicale mettent en jeu les obligations techniques des médecins, plutôt que leurs devoirs d'humanisme* »[516], il est possible de constater un accroissement des procédures en responsabilité civile en méconnaissance de l'obligation d'information. En effet, certains auteurs ont fait remarquer l'abondant contentieux qui « *atteste que les victimes s'appuient sur le défaut d'information, terrain devenu fertile, pour faire indemniser une partie au moins des dommages qu'ils auraient hier vainement tenté de rattacher à une faute technique* »[517].

---

[510] Jaunait A., *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale,* éd. Dalloz, 2005, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses n° 2, p. 300.
[511] Ch. discipl. nat., 23 janvier 2017 n° 13118.
[512] Art. 16 et sv. C. civ.
[513] Cass. civ. 1re, 28 janvier 2010 n° 09-10.992, *Bull*. 2010, I, n° 20.
[514] CE ass. 30 décembre 2014 n° 381245, *Lebon*.
[515] Cass. civ. 1re, 26 mai 2011 n° 10-15.550, Inédit.
[516] Savatier R., « La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) *», Revue internationales de droit comparé*, 1976, p. 495.
[517] Albert N., « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA*, 2003, p. 353.

La responsabilité du praticien peut également être engagée au titre de ses devoirs déontologiques alors même que ces derniers ne sont pas « encore » appréhendés par la déontologie médicale.

2. La faute issue des règles déontologiques inconnues[518]

114. En dehors du principe de légalité. Il faut rappeler que toute la déontologie n'est pas contenue dans le code, pour cela la faute déontologique ne saurait se limiter à l'énoncé des devoirs imposés par ledit code. Si certains comportements sont clairement identifiés comme fautifs, d'autres en revanche sont qualifiés comme tel après avoir été commis. Une telle approche permet de dire que « *la faute déontologique peut-être caractérisée par l'inaccomplissement ou le mauvais accomplissement d'un devoir inhérent à l'exercice de la profession* »[519], peu importe ensuite que ce devoir ait été mentionné ou pas par le code de déontologie médicale. Dans ce cas, seule compte la transgression d'un devoir considéré comme essentiel à l'exercice de la profession.

115. L'absence de légalité de la règle déontologique. Il est vrai que la déontologie médicale n'est pas soumise à l'application du principe *nullum crimen sine lege* (pas de crime sans loi). En revanche, elle respecte le principe de la légalité des peines *nulla poena sine lege*. La sanction du manquement déontologique est prévue par la loi[520], mais il n'existe pas de liste exhaustive caractérisant ce qu'est une faute disciplinaire. C'est dans ce contexte que le Conseil d'État a précisé que « *la règle de déontologie dont la violation sert de fondement à la décision disciplinaire n'a pas à être précisée* »[521]. Le Conseil d'État ajoute que « *la juridiction ordinale est en droit de tenir compte de tout fait même non pénalement sanctionnés, qui, en raison de sa nature et de sa gravité, est contraire aux devoirs professionnels* »[522]. Par conséquent, « *le juge disciplinaire est compétent pour réprimer les faits contraires à la morale professionnelle non expressément prévus et ainsi tenir compte de l'ensemble du comportement professionnel du*

[518] Sur ce point V. *infra* n° 274 (les règles professionnelles non codifiées).
[519] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, coll. th., p. 376.
[520] Art. L. 4124-6 CSP.
[521] CE 4/1 SSR, 27 juin 1994, n° 152.225, inédit.
[522] CE 8 novembre 1999, Guiton, n° 191630, en l'espèce il s'agissait du non-respect de la nomenclature des actes professionnels.

médecin, dans le respect des droits de la défense »[523]. Pour cela, l'identification d'une faute déontologique dépend d'une appréciation *in abstracto*, le juge disciplinaire doit rechercher si le médecin a agi conformément aux règles de l'art. La faute disciplinaire peut résulter d'une interprétation d'un autre principe moral ou éthique ne portant pas « encore » l'étiquette professionnelle mais dont le manquement l'a révélé comme telle.
Toutefois, la déontologie médicale s'est considérablement précisée ces dernières années, les devoirs déontologiques mis à la charge des praticiens étant en perpétuelle évolution. Même si la précision avec laquelle le code de déontologie médicale est rédigé est prise en compte, il n'est pas possible d'ignorer l'éventualité de nouvelles règles déontologiques, bien évidemment assorties de sanctions, qui apparaitraient en pratique eu égard aux évolutions scientifiques et techniques.

Dès lors, comment apprécier la sanction d'une telle faute dont le caractère professionnel n'est finalement révélé qu'*a posteriori* ? La sanction disciplinaire n'a pas pour finalité la réparation mais bien au contraire la répression des fautes de nature attentatoire à l'honneur et à la probité de la profession.

116. La sanction est proportionnée à la gravité de la faute. Il semble que la réponse à cette interrogation trouve son fondement dans le principe de proportionnalité de la sanction. Si les juridictions de l'ordre disciplinaire apprécient librement l'opportunité d'une faute disciplinaire ils sont soumis à une proportionnalité de la sanction en fonction de la gravité de la faute dont le Conseil d'État en est le garant. Dès lors, la faute, dont le caractère professionnel n'a été révélé que postérieurement, n'est sanctionnée qu'en proportion de sa gravité, appréciée au regard des intérêts professionnels.
Par ailleurs, le praticien inscrit au tableau de l'ordre encourt des sanctions disciplinaires en dehors de son activité professionnelle dès lors que les actes considérés sont de nature à entacher l'image de l'ensemble de la profession[524]. En s'inscrivant au tableau de l'ordre, les professionnels se soumettent et consentent à la réglementation des chambres disciplinaires pour ce qui concerne aussi bien les actes relevant de leur profession que ceux relevant de leur vie privée[525].

[523] Welsch S., *Responsabilité du médecin*, éd. Litec, 2e éd., 2003, coll. Pratique professionnelle, p. 23.
[524] CE SSR, 9 novembre 1979, Buisson n° 12867, Rec. T. p. 867.
[525] Martin F., « Les chambres disciplinaires des professions de santé », *RDSS*, 2016, p. 310.

Cette situation argumente la thèse selon laquelle les intérêts protégés par la sanction disciplinaire sont ceux de la profession. Pour certains auteurs, la faute disciplinaire est tournée vers la protection d'intérêts spécifiques, en particulier professionnels[526].
Cependant, ce postulat est à relativiser, du moins *a minima,* et conformément à l'objectif de notre étude qui est de mettre en évidence un rapprochement de finalité entre le droit commun de la responsabilité civile médicale et la déontologie médicale. En effet, la déontologie médicale telle qu'elle est élaborée et appréhendée aujourd'hui implique nécessairement un volet protectionniste des intérêts du patient. De nombreuses règles déontologiques sont dénuées d'intérêts directs et certains pour le professionnel de santé. Tout au plus, on y reconnaît un intérêt pour l'ensemble de la profession dont les agissements positifs ont pour effet de raviver une confiance en berne.

En suivant ce raisonnement il est possible de comprendre que les devoirs déontologiques qui sont érigés en obligations civiles ne sont pas sans influence sur l'appréciation de la faute disciplinaire. En effet, cette réception jurisprudentielle de la règle déontologique semble donner à la faute disciplinaire un caractère aggravant de la faute commise ; de sorte que lorsqu'un devoir déontologique a acquis une valeur législative, celle-ci l'emporte sur l'appréciation de la faute disciplinaire. Le devoir déontologique est sanctionné non plus exclusivement parce qu'il viole une règle déontologique mais également parce qu'il est contraire à une obligation légale. Toutefois, l'hypothèse avancée n'emporte aucune automaticité, l'indépendance des procédures disciplinaires, civiles et pénales étant garantie et rappelée plusieurs fois par les juridictions.

Le champ de la faute déontologique est très large, pis encore il est « subjectif » au sens où il dépend entièrement de la morale professionnelle et des devoirs qu'elle impose aux praticiens.

B. LA CORRÉLATION DE LA FAUTE DISCIPLINAIRE AU DEVOIR DÉONTOLOGIQUE

117. Interdépendance. La faute déontologique dépendant de la règle déontologique, ne peut s'appréhender qu'à travers elle. Si le manquement déontologique procède d'une règle déontologique connue, la faute est alors identifiée plus facilement. Inversement, si le

[526] Pierre P., « La place de la responsabilité objective : Notion et rôle de la faute en droit français » *in Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation,* éd. IRJS, 2012, pp. 169-186.

manquement ne procède pas d'une règle professionnelle connue, la faute va être qualifiée *in concreto*.

La faute déontologique se révèle être une « *notion variable et extensive dont la seule condition concerne le lien avec la profession, encore que ce lien soit entendu au regard de la considération professionnelle et non matériellement* »[527]. La faute disciplinaire n'est pas clairement définie et ne répond à aucun autre caractère si ce n'est celui de porter atteinte à la morale professionnelle. La faute est à la fois « *intemporelle et universelle, au plus proche de l'impératif moral et d'exigences sociales toutes invariables* »[528].

118. La typologie de faute susceptible d'être sanctionnée. La responsabilité civile repose sur un principe de faute, tel est l'état actuel du droit français. Pour autant, les critères d'appréciation de ladite faute ne sont pas les mêmes selon que l'on est dans le cas d'une procédure civile, pénale, administrative ou disciplinaire. Si en principe le droit commun de la responsabilité civile exige qu'une faute commise soit en lien avec le dommage subi ; d'où le triptyque faute-dommage-lien de causalité ; en matière disciplinaire tel n'est pas le cas. En effet, pour qu'une faute engage la responsabilité disciplinaire du médecin, celle-ci doit, en principe, avoir lésé la profession.

Dès lors, la faute disciplinaire peut très bien être une faute pénalement ou civilement sanctionnée puisque, « *l'autorité disciplinaire peut être amenée à se prononcer sur des comportements qui, tout en ayant une coloration pénale, apparaissent également comme des manquements disciplinaires* »[529]. La liberté de qualification de la faute dont bénéficie le juge disciplinaire lui laisse une grande marge de manœuvre en matière de répression des manquements déontologiques et il est le seul à pouvoir apprécier le caractère attentatoire à la profession. Il existe autant de fautes susceptibles d'engager la responsabilité disciplinaire du praticien que d'obligations déontologiques. Pis encore, le caractère fautif d'un fait peut être appréhendé après révélation de la règle déontologique.

En outre, une condamnation pénale peut entrainer des sanctions disciplinaires pour le professionnel alors même que ces faits sont antérieurs à son activité professionnelle. Tel a été le cas d'un avocat dont la « *dissimulation de cette condamnation* », lors de sa demande en

[527] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, coll. Thèses, p. 307.
[528] Pierre P., « La place de la responsabilité objective : Notion et rôle de la faute en droit français » *in* Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation, éd. IRJS, 2012, pp. 169-186.
[529] Pralus-Dupuy J., « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *RSC*, 1992, p. 229.

intégration du barreau, s'est finalement révélée comme attentatoire à l'honneur et la dignité de la profession[530]. Le juge disciplinaire apprécie le caractère déontologique de la faute librement, la notion d'atteinte à l'honneur et à la dignité de la profession n'étant appréhendée que de « *manière négative et factuelle, en prenant soin d'observer que la déontologie évolue avec les mœurs* »[531]. Le juge disciplinaire a, par exemple, décidé que ni le fait pour le médecin d'adresser aux parents un dossier médical simplifié sur leur demande d'un « résumé » des trois consultations données à un patient décédé, alors qu'ils n'étaient pas informés dudit décès ; ni le fait de ne pas avoir renseigné le carnet de santé du patient décédé, n'étaient constitutifs en l'espèce de fautes déontologiques[532].

La faute disciplinaire dépend entièrement de l'obligation déontologique à la charge du professionnel de santé. L'autonomie d'appréciation de la faute est également décuplée par le caractère imprescriptible de ladite faute.

119. Imprescriptibilité de la faute disciplinaire. L'une des spécificités de la faute disciplinaire tient à son imprescriptibilité. En effet, le contentieux disciplinaire n'a pas de délai de prescription de la faute contrairement au contentieux administratif et des fautes civiles et pénales. Le Conseil constitutionnel a jugé l'imprescriptibilité de la faute disciplinaire conforme à la Constitution, se refusant par la même occasion de la consacrer en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République[533]. Ce principe d'imprescriptibilité s'entend comme « *une manifestation de la compétence discrétionnaire du pouvoir disciplinaire [plutôt] que l'absence d'une garantie dont il ne bénéficierait pas* »[534]. En compensation de cette imprescriptibilité de leurs fautes disciplinaires, les praticiens bénéficient d'une possibilité à être amnistiés. En effet, depuis la loi portant amnistie[535], les sanctions disciplinaires des praticiens

---

[530] Cass. civ. 1re, 3 juillet 2013, n° 12-23.553, *Bull*. 2013, I, n° 143. Même si dans cette affaire la haute juridiction casse l'arrêt en raison d'une violation des textes législatifs, l'analyse de la décision nous révèle que la décision prise par la juridiction disciplinaire est exclusivement fondée sur une condamnation pénale antérieure à la demande d'intégration du barreau.
[531] Leca A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée,* éd. LEH, 2012, p. 465.
[532] Ch. discipl. nat., 4 avril 2016, n° 12574. V. cas similaires (absence de faute) 12 novembre 2015 n° 11266bis, 11 décembre 2014 n° 11952, 14 novembre 2013 n° 11581.
[533] Décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 « *Considérant qu'aucune loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 n'a fixé le principe selon lequel les poursuites disciplinaires sont nécessairement soumises à une règle de prescription ; que, dès lors, le grief tiré de ce que les dispositions contestées méconnaitraient un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de prescription des poursuites disciplinaires doit être écarté* ».
[534] Laurie F., « Faut-il mettre fin à l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique ? », *AJDA*, 2002, p. 1386.
[535] Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie.

peuvent être amnistiées, sauf si les mêmes faits ont donné lieu à une condamnation pénale. Le bénéfice de l'amnistie des sanctions disciplinaire étant conditionné à celle de la sanction pénale[536]. Il est possible de dénombrer plusieurs cas pour lesquels le bénéfice de l'amnistie a été accordé[537] ou refusé[538] en raison du caractère attentatoire des faits à la probité et à l'honneur de la profession.

Toutefois, pour les agents publics, la loi de déontologie de 2016[539] pose le principe d'un délai de prescription de trois ans pour les poursuites disciplinaires, à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles de sanction[540]. Cette révision de la procédure disciplinaire se trouve davantage en adéquation avec l'article 6 §1 de la CEDH concernant le droit de toute personne à un procès équitable tenu dans un délai raisonnable. Le caractère imprescriptible des fautes disciplinaires place en effet les agents dans une situation embarrassante et inconfortable pouvant s'analyser comme une épée de Damoclès au-dessus de leurs têtes.

Finalement, la faute disciplinaire ne s'appréhende qu'au travers de ses caractéristiques. Elle ne peut s'entendre que largement car n'étant pas définie clairement, elle est conditionnée à la violation d'un devoir professionnel, peu important que le devoir transgressé constitue une faute civile ou pénale. La faute disciplinaire se distingue également d'autres disciplines avec lesquelles elle partage quelques similarités.

II. LA PORTÉE DU MANQUEMENT DÉONTOLOGIQUE AU REGARD D'AUTRES DISCIPLINES

120. La déontologie médicale comparée à d'autres disciplines. La déontologie médicale, dans la mesure où elle a vocation à traiter l'ensemble des pratiques médicales, partage son domaine de compétence avec d'autres disciplines telle que l'éthique pour répondre aux questions liées aux recherches biomédicales. Or, éthique et déontologie sont deux notions distinctes qui peuvent se rejoindre dans certains cas. Contrairement à l'éthique, la violation

[536] Précisément l'article 11 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie.
[537] Ch. discipl. nat., 24 octobre 2016 n° 13204, 17 novembre 2015 n° 12202, 13 février 2014 n° 12025, CAA Nancy 10 janvier 2005, n° 00NC01233, Inédit au recueil *Lebon*.
[538] Ch. discipl. nat., 21 juin 2016 n° 12443, 17 mai 2016 n° 12430, 27 juillet 2016 n° 12270, CAA Nantes 9 mai 2008 n° 07NT01503, Inédit au recueil *Lebon*.
[539] Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.
[540] Précisément les articles 36 et 37 de la loi.

d'une règle déontologique entraine des sanctions, ce qui les différencie et marque une réelle autonomie de l'une par rapport à l'autre (A). La particularité de la déontologie médicale est également marquée à l'égard d'autres professions pour lesquelles l'histoire et l'évolution des règles professionnelles se distinguent clairement (B).

A. L'AUTONOMIE PAR RAPPORT À L'ÉTHIQUE

121. Distinction de l'éthique et de la déontologie. La déontologie et l'éthique sont des notions voisines, les isoler est une tâche difficile qui à terme conduit à l'effet inverse, c'est-à-dire les confondre. Seules les dissemblances seront particulièrement mises en évidence afin d'éviter toute confusion[541]. De même, la distinction entre l'éthique et la déontologie permettra à cette dernière de se distinguer et de marquer son autonomie.
L'étymologie du mot renvoie au grec *ethos* et au latin *ethica* qui désignent la morale. L'éthique est entendue comme la « *science de la morale* », elle constitue un ensemble de conceptions morales[542]. La déontologie est issue du grec *deon* qui signifie « *devoir* », elle est entendue comme l'ensemble des règles et devoirs régissant une profession[543]. Si les deux termes se rapprochent dans le domaine de la santé et de la recherche clinique, ils ne traitent pourtant pas des mêmes questions[544]. L'éthique poursuit avant tout une finalité similaire à celle de la morale, « *donner des repères pour toutes les actions à poser, et en éclairer le contenu et le sens* »[545]. La déontologie poursuit une finalité visant à encadrer une activité professionnelle. Pour assoir la distinction, il faut s'appuyer sur les domaines respectifs et l'étendue de l'éthique et de la déontologie.

122. Les domaines respectifs. L'éthique recommande, elle s'intéresse à la pratique mais elle ne sanctionne pas puisqu'elle se contente de donner un cadre légal à la pratique et d'en révéler les erreurs. L'éthique a su trouver un rayonnement international lui permettant de faire considérablement évoluer les pratiques médicales dans le respect de la personne et de son humanité. Son objet principal est exclusivement consacré aux problèmes d'éthique que peuvent

---

[541] Le décret n° 2008-967 du 16 septembre 2008 fixant les règles de déontologie propres aux praticiens des armées emploie indifféremment les termes déontologie, éthique médicale, éthique professionnelle et bonne pratiques professionnelles.
[542] Définition le Robert illustré 2016.
[543] *Ibid*.
[544] Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies, op. cit*. p. 162
[545] Poisson J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994,* éd. LEH, 2001, coll. Thèses, p. 231.

rencontrer les professionnels de santé dans l'expérimentation et la recherche clinique[546]. C'est notamment par le biais de la recherche biomédicale et des manipulations génétiques que les questions d'éthique et de déontologie s'imposent dans un but ultime de protection et de respect de l'individu.

L'éthique a fait naître une discipline et un domaine exclusif, particulier en droit. Les règles d'éthique ont été consacrées par un droit qui leur est propre : celui de la bioéthique[547]. La distinction entre la déontologie et l'éthique est aussi celle de la déontologie et la bioéthique puisqu'il y'a entre elles une analogie indiscutable. La déontologie précède la bioéthique mais pas l'éthique médicale qui est « *aussi ancienne que l'exercice de la médecine* »[548]. En effet, la bioéthique apparaît pour la première fois aux États-Unis sous la plume du cancérologue Van Rensselaer Potter[549]. L'auteur l'a définie comme « *la combinaison des connaissances biologiques et des valeurs humaines* »[550]. La bioéthique s'entend également comme la « *science de la morale médicale* » au même titre que l'éthique, rendant la distinction difficile[551].

En France c'est par l'adoption des lois de 1994[552] dites de « bioéthique » que le concept fait son apparition. Ces lois interviennent nécessairement à une période propice en raison de l'évolution de la science et des techniques médicales. En effet, ces lois se sont imposées d'elles-mêmes afin de mettre un terme à certaines croyances qui prévalaient à ce moment[553].

Il est reconnu à la bioéthique un domaine plus vaste que celui de la déontologie. En effet, la bioéthique est saisie par la question de l'humain et elle a pour essence la « *sauvegarde du*

---

[546] Terrier E., *Déontologie médicale et droit, op. cit.* p. 148.

[547] Le droit de la bioéthique que Bérangère Legros considère comme une « *hérésie juridique* » en reprenant Feuillet-Le Mintier Brigitte « *La bioéthique est une réflexion prudente sur les fins de la médecine et de ses pouvoirs face aux risques de l'humanité liés aux pratiques biomédicales. Cette réflexion ayant engendré un besoin de régulation, les rapports entre la bioéthique et le droit ont donné lieu à des propos confus, notamment à la naissance de l'expression « droit de la bioéthique* ». Or, les autres domaines sont distincts ; V. *Droit de la bioéthique*, éd. LEH, 2013, coll. Ouvrages généraux, p. 17 et sv.

[548] Dreifuss-Netter F., « Les rapports entre l'éthique et le droit dans le domaine de la biomédecine » *in* Le Douarin N., Puigelier C., (dir.), *Science, éthique et droit,* éd. Odile Jacob, 2007, p. 19.

[549] Potter V. R., « Bioethics : Bridge to the Future, Englewood Cliffs (NJ) », Prentice Hall, 1971, *in* Le Douarin N., Puigelier C., *op. cit.* p. 15.

[550] Potter V. R., *op. cit.* p. 207.

[551] Terrier E., *« Déontologie médicale et droit », op. cit*. p. 207.

[552] La loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

[553] Terre F., « De l'esprit des lois de bioéthique » *in Droit et bioéthique*, mélanges en l'honneur de Jean Michaud, éd. LEH, 2012, coll. Mélanges, p. 343.

patrimoine naturel dans son ensemble et la rupture avec une certaine forme d'individualisme scientifique qui pourrait avoir pour l'humanité des conséquences désastreuses »[554].
La bioéthique s'apprécie par l'intérêt à la philosophie des droits de l'homme et non pas dans un droit professionnel tel que la déontologie.
La déontologie est plus ancienne que la bioéthique puisqu'elle est découverte au cours du XIXe siècle par Jeremy Bentham à qui la doctrine attribue la découverte du mot. Au contraire de la bioéthique, la déontologie est l'œuvre unique d'un penseur, d'un savant ou d'un chercheur[555].
La déontologie est un ensemble de règles d'origine privée et professionnelle mises en place dans un but d'organisation et de gestion d'une profession. L'organisation professionnelle est le critère inhérent au développement de la déontologie.
La construction de la déontologie médicale est attachée à la pratique de la profession. L'activité médicale est par essence thérapeutique, la déontologie médicale poursuit un objectif d'autorégulation qui constitue sa particularité. Elle crée en même temps un ensemble de droits et devoirs pour les médecins.

Même si la déontologie et l'éthique se distinguent par leurs domaines, l'étude de la portée que peuvent avoir l'éthique et la déontologie révèle également des différences.

123. Le champ d'application comme critère de distinction entre éthique et déontologie. La bioéthique connait une dimension politique, européenne et mondiale différente et bien plus importante que celle de la déontologie. En effet, « *En tant que "science", la bioéthique devient donc un phénomène mondial et standardisé* »[556]. La bioéthique intéresse le monde, elle est un phénomène saisi par le droit international.
La dimension européenne de la bioéthique a donné naissance à plusieurs institutions dont la finalité est la production de nouvelles normes pour la protection de l'humain et de ses droits. Ces institutions sont chargées de veiller à une certaine harmonie des législations nationales en matière de recherche biomédicale en Europe. Cette harmonisation du droit au niveau européen ne signifie pas pour autant une uniformité de celui-ci. En effet, les législations nationales

[554] Poisson J.-F., « Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994 », *op. cit.* p. 102.
[555] Terrier E., « Déontologie médicale et droit », *op. cit*. p. 204.
[556] Byk C., « Bioéthique et culture », *in* Larribau-Terneyre V., Lemouland J.-J., (dir.), *La révision des lois de bioéthique, Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011*, éd. L'Harmattan, 2011, coll. Bibliothèques de droit, p.26.

conservent leur autonomie dans l'appréciation du degré de protection accordé à l'humain sur les questions de la vie ou de la mort[557].

Les années 1980 marquent la première phase d'harmonisation des législations nationales au niveau européen. Le Conseil de l'Europe a en effet adopté un certain nombre de recommandations pour les États membres. Tout ce qui concerne la génétique, les recherches biomédicales, le diagnostic prénatal, la protection des données, les transplantations d'organes (etc.) fait l'objet de recommandations qui ont sans doute inspiré les législations nationales des États membres[558].

Les années 1990 marquent, quant à elles, la seconde phase de l'harmonisation des législations nationales par la mise en place d'un dispositif juridique plus contraignant. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est dotée d'une convention-cadre qui établit des normes générales et communes pour la protection de la personne humaine dans le cadre des recherches biomédicales. En effet, la Convention d'Oviedo[559], très largement inspirée de la CEDH, est le seul texte contraignant international en matière de protection de l'humain devant les progrès de la biomédecine.

La convention d'Oviedo énumère des principes fondamentaux de protection de la personne humaine que les États membres s'engagent à respecter. Il s'agit notamment du respect de la dignité de la personne humaine, de l'interdiction des discriminations en raison du patrimoine génétique, de l'obligation d'un consentement libre et éclairé, de la protection des personnes vulnérables, de la protection des données génétiques ou encore de l'obligation d'une indemnisation en cas de dommage pour les sujets de recherche biomédicale etc.

S'il est reconnu à la bioéthique une portée plus importante que celle de la déontologie, notamment au niveau international, toutes deux poursuivent aussi un objectif commun, à savoir celui de la protection de la santé de l'être humain et l'amélioration de sa qualité de vie. La déontologie et la bioéthique se rejoignent en effet par leur objet qui est de maintenir l'ordre, « *maintenir une règle de conduite dans l'exercice de sciences souvent dangereuses pour l'homme* »[560]. Cependant, la déontologie médicale peut se vanter d'avoir un ordre répressif qui lui est propre et distinct de l'ordre judiciaire étatique. Inversement, la violation d'une règle de

---

[557] BYK C., « La bioéthique, le droit et la construction européenne », *in* Gaumont-Prat H. et *al.*, *Droit et bioéthique*, mélanges en l'honneur de Jean Michaud, éd. LEH, 2012, coll. Mélanges, p. 431.

[558] *Ibid.* p. 437.

[559] Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de biologie et de médecine : convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée en avril 1997 est entrée en vigueur en 1999. Pour aller plus loin dans l'étude V. l'article d'Isabelle Erny « La convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine » *in* Gaumont-Prat H. et *al., Droit et bioéthique*, mélanges en l'honneur de Jean Michaud, *op. cit.* pp. 451-473.

[560] Terrier E., « Déontologie médicale et droit »*, op. cit*. p. 201.

bioéthique n'entraine aucune sanction, sauf les cas de constatations de la violation d'une infraction pénale ou d'un principe d'ordre public. La bioéthique ne bénéficie pas du même système répressif et encore moins d'une instance disciplinaire propre.

La déontologie est un terme général qui matérialise l'ensemble des règles qui s'appliquent sur des professions organisées en ordre en principe. Il y a une similarité entre les différentes déontologies, qui n'empêche pas pour autant d'isoler la déontologie médicale par rapport aux autres.

B. L'AUTONOMIE PAR RAPPORT À D'AUTRES DÉONTOLOGIES

124. Approche comparative de la déontologie médicale. La profession médicale est pionnière en matière de déontologie médicale. Elle constitue également une référence pour les autres professions de santé qui ont succombé à la nécessité de codifier leurs propres règles de déontologie, à l'exemple des codes des pharmaciens[561], des masseurs-kinésithérapeutes datant de 2008[562], des pédicures-podologues en 2007[563] ou encore des infirmiers[564].
La déontologie médicale entretient une particularité au regard des autres disciplines, dont elle se distingue aisément, ce qui fait d'elle un modèle aussi bien pour les professions médicales que les autres professions. Seront pris en exemple, la déontologie des avocats, des architectes et des notaires afin de marquer la différence.

125. Déontologie médicale et déontologie des avocats[565]. La déontologie médicale se démarque de la déontologie des avocats sur plusieurs points. Toutefois, il n'est pas question d'aborder de manière exhaustive la déontologie des avocats, laquelle est considérée comme un « *mille-feuille* » de sources et de règles très nombreuses et complexes susceptibles d'être méconnues dans leur ensemble par les principaux concernés[566]. La comparaison entre ces deux

[561] Décret n° 95-284 du 14 mars 1995 portant code de déontologie des pharmaciens et modifiant le code de la santé publique.
[562] Décret n° 2008-1135 du 3 novembre 2008 portant code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes.
[563] Décret n° 2007-1541 du 26 octobre 2007 portant code de déontologie des pédicures-podologues et modifiant le code de la santé publique.
[564] Décret n° 2016-1605 du 25 novembre 2016 portant code de déontologie des infirmiers.
[565] La profession est régie par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. À noter également les directives européennes 77/249 du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats et 98/5 du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été requise.
[566] Moret-Bailly J., Et Truchet D., *Droit des déontologies,* éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 221.

déontologies a pour objectif de mettre en évidence la particularité de la déontologie médicale. Alors que les règles professionnelles de la première sont régies et contenues dans un code, celles de la seconde sont régies par un règlement intérieur. En effet, il existe un règlement intérieur national (RIN) qui correspond au socle de la déontologie nationale de l'ensemble des avocats, et autant de règlements intérieurs qu'il y a de conseils de l'ordre. Le RIN intègre également le code de déontologie des avocats européens auquel sont soumis les avocats français[567]. Dans certains cas, il y a une primauté des règles européennes sur les règles françaises. Cette primauté a été jugée légale par le Conseil d'État[568]. Contrairement à la profession médicale, les avocats ne disposent pas d'un ordre national, mais de barreaux dotés d'une personnalité civile qui siègent auprès des tribunaux de grande instance, sous l'administration d'un conseil de l'ordre élu pour trois ans et renouvelable par tiers chaque année. Le barreau est présidé par un bâtonnier élu pour deux ans, lequel peut éventuellement se faire assister d'un vice-bâtonnier. Le bâtonnier joue le rôle de déontologue pour ses confrères. Il existe toutefois un conseil national des barreaux (CNB)[569]. Il s'agit d'un établissement public doté de la personnalité morale. Outre d'autres missions, notamment de concourir à la discipline, le conseil de l'ordre est chargé d'arrêter le règlement intérieur ou encore de statuer sur l'inscription des avocats au tableau, condition indispensable à l'exercice de la profession.

L'avocat est soumis au respect des « *principes essentiels de la profession* » qui « *guident le comportement de l'avocat en toutes circonstances* »[570]. Certains de ces principes font écho à ceux de la profession médicale. L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment. Il est également soumis aux principes d'honneur, de loyauté d'égalité et de non-discrimination, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie et au secret professionnel[571]. L'avocat doit également faire preuve de compétence, de dévouement de diligence et de prudence à l'égard de ses clients[572]. Le non-respect de ces principes et devoirs

---

[567] Art. 21 RIN « *Les avocats français doivent en appliquer les dispositions dans leurs activités judiciaires et juridiques dans l'Union européenne dans leurs relations avec les autres avocats de l'Union européenne, qu'elles aient lieu à l'intérieur des frontières de l'Union européenne ou hors celles-ci, sous réserve que lesdits avocats appartiennent à un Barreau qui a formellement accepté d'être lié par ce Code* ».

[568] CE 17 novembre 2004, SEL Landwell et associés, req. n° 268075, *RFD* adm. 2005, p. 227 : atteinte à la liberté d'exercice de la profession d'avocat.

[569] Créé par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

[570] Art. 1er du Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

[571] Art. 4 du Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps.

[572] Art. 1.3 du Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

est susceptible d'entrainer à son encontre des sanctions disciplinaires[573], mais également d'engager des sanctions pénales, lesquelles peuvent se cumuler. Les similitudes avec la profession médicale sont évidentes. Le médecin est également soumis au respect de la dignité de la personne humaine[574], d'indépendance professionnelle[575], de moralité et probité[576], de non-discrimination[577], de confraternité[578] ou encore de secret professionnel[579] etc.

Néanmoins, en matière de discipline, il y a une grande différence. En effet, pour les avocats, la juridiction disciplinaire est le conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel et composé de représentants des conseils de l'ordre de chacun des barreaux du ressort de la cour d'appel[580]. Toutefois, à Paris, c'est le conseil de l'ordre de Paris qui siège comme conseil de discipline en raison du « *risque de proximité entre les membres qui composent cette instance et les avocats qui en sont justiciables* »[581]. Les décisions du conseil de discipline sont susceptibles d'être déférées devant la cour d'appel, l'arrêt rendu par celle-ci pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Or, en matière de discipline médicale c'est le Conseil d'État qui est le juge de cassation.
Le conseil de discipline est saisi par le procureur général près la cour d'appel ou le bâtonnier du barreau dont relève l'avocat, de façon autonome ou à la suite d'une plainte de toute personne. En revanche, les peines disciplinaires des avocats se rapprochent de celle des médecins. L'avocat peut être soit averti, blâmé, interdit temporairement d'exercer pendant trois ans maximums, avec ou sans sursis ou radié du tableau des avocats. Ces peines peuvent également s'accompagner d'une privation du droit de faire partie des organisations représentatives de la profession pendant dix ans et à titre de sanction complémentaire ainsi que la publication de la peine[582].

126. L'autonomie moindre du CNB à l'égard du pouvoir étatique. Le CNB est chargé de la représentation et de la défense des intérêts de la profession. Pour ce faire, il dispose également d'un pouvoir règlementaire exercé par voie de « *décision à caractère normatif* ».

[573] Art. 183 Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat.
[574] Art. 2 CDM.
[575] Art.5 CDM.
[576] Art. 3 CDM.
[577] Art. 7 CDM.
[578] Art. 56 CDM.
[579] Art. 4 CDM.
[580] Art. 22 sv. loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.
[581] Cons. Const., décision n° 2011-179 QPC du 29 septembre 2011.
[582] Art. 185 décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

Toutefois, le CNB exerce son pouvoir règlementaire sous la subordination de celui du premier ministre. L'une des différences fondamentales à l'égard du CNOM est que le CNB n'exerce aucune compétence disciplinaire, ni de pouvoir de contrôle sur les barreaux. La compétence du premier ministre repose sur l'art 53 de la loi de 1971[583] au terme duquel : « *Dans le respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession, des décrets en Conseil d'État fixent les conditions d'application du présent titre. Ils présentent notamment : 1° Les conditions d'accès à la profession d'avocat ainsi que les incompatibilités, les conditions d'inscription au tableau et d'omission du tableau et les conditions d'exercice de la profession (...) ; 2° Les règles de déontologie ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires ; 3° Les règles d'organisation professionnelle, notamment la composition des conseils de l'ordre et les modes d'élection, de fonctionnement, de financement et les attributions du Conseil national des barreaux (...)* ». Ces dispositions réduisent considérablement le pouvoir règlementaire du CNB pourtant charger d'unifier par voix de dispositions générales les règles et usages de la profession[584]. C'est dans cette optique que le Conseil d'État a dû se prononcer en décidant que, « *le respect du principe d'autonomie et du caractère libéral de la profession d'avocat (...) n'impliquait aucunement qu'une partie des règles déontologiques fût soustraite à la compétence du premier ministre pour être réservée à celle des instances ordinales* »[585]. Le pouvoir réglementaire du CNB est limité par celui du premier ministre, il s'agit d'une articulation de compétence respective dans le respect des dispositions législatives et règlementaires en vigueur[586].

127. La déontologie médicale et la déontologie des architectes. La déontologie médicale se distingue nettement de celle des architectes. Le législateur qualifie l'architecture comme étant « *l'expression de la culture* » depuis 1977[587]. À la similarité de la profession médicale, les architectes bénéficient également d'un monopole d'exercice « *pour établir le projet architectural faisant l'objet du permis de construire* »[588]. Le législateur précise que « *même si l'architecte n'assure pas la direction des travaux, le maître d'ouvrage doit le mettre en mesure dans des conditions fixées par le contrat, de s'assurer que les documents d'exécution et les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions du projet architectural*

[583] Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.
[584] Art. 21-1 loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.
[585] CE 15 novembre 2006, Krikorian et al., n° 283475, *JCP* 2007-II-10001, note Martin R.
[586] Art. 21-1 loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.
[587] Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.
[588] Art. 3 loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

élaboré par ses soins (…) »[589]. L'architecte joue un rôle déterminant en matière de construction mais, le monopole d'exercice connaît plusieurs exceptions. La profession est organisée en ordre professionnel, bénéficiant d'une personnalité morale, d'une autonomie financière et placée sous la tutelle du ministre de la Culture[590]. L'ordre se compose d'un conseil national et de conseils régionaux, lesquels sont chargés de l'inscription au tableau de l'ordre. À la différence de la profession médicale, la profession d'architecte admet l'inscription au tableau d'une personne morale, dans ce cas c'est la société qui est légalement autorisée à porter le titre d'architecte[591]. L'ensemble des règles professionnelles relatives à la profession d'architecte est réuni dans un code de déontologie, anciennement nommé code des devoirs professionnels, pris par décret en Conseil d'État après avis du conseil national de l'ordre des architecte et consultation des organisations syndicales d'architectes. En plus d'assurer la coordination des conseils régionaux, l'ordre national assure une mission essentielle de représentation de la profession auprès des pouvoirs publics qui le consultent pour avis sur les questions intéressant la profession.
L'architecte a pour vocation de « *participer à tout ce qui concerne l'acte de bâtir et l'aménagement de l'espace, d'une manière générale, il exerce la fonction de maître d'œuvre* »[592]. Le législateur précise que l'architecte doit faire preuve « *d'objectivité et d'équité* » dans l'exercice de sa profession[593]. Le non-respect des règles déontologiques est susceptible d'entrainer pour l'architecte des sanctions disciplinaires[594]. À l'instar de la profession médicale, les architectes sont également soumis au respect des principes d'honneur et de probité de la profession, ils doivent avoir un comportement exemplaire, agir avec une « *conscience professionnelle* »[595].

La discipline est assurée par les conseils régionaux en première instance. En effet, en 2016[596], le législateur a inséré un article 23-1 modifiant la loi de 1977[597] prévoyant que « *le conseil régional de l'ordre des architectes veille au respect, par tous ses membres, des règles*

[589] Art. 3 loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.
[590] Art. 21 loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.
[591] Art. 8 décret n° 92-619 du 6 juillet 1992 relatif à l'exercice en commun de la profession d'architecte sous forme de société d'exercice libéral et aux sociétés de participations financières de professions libérales.
[592] Art. 2 code de déontologie des architectes.
[593] Art. 3 code de déontologie des architectes.
[594] Art. 41 décret n° 77-1481 du 28 décembre 1977 sur l'organisation de la profession d'architecte. « *Toute violation des lois, règlements ou règles professionnelles, toute négligence grave, tout fait contraire à probité ou à l'honneur commis par un architecte, un agréé en architecture ou un détenteur de récépissé peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire* ».
[595] Art. 7 code de déontologie des architectes.
[596] Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.
[597] Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

édictées par le code de déontologie prévu à l'article 19. Il examine les demandes de vérification adressées par les services chargés de l'instruction des demandes d'autorisations délivrées au titre du code de l'urbanisme (…) ». La décision du conseil régional peut faire l'objet d'un appel devant la chambre nationale dont la décision peut également faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Les sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées en cas de manquement sont classiques et similaires à celles de la profession médicale. Il s'agit de l'avertissement, du blâme, de la suspension, avec ou sans sursis, de l'inscription au tableau régional des architectes pour une période de trois mois à trois ans et de la radiation du tableau régional des architectes[598].

128. La déontologie médicale et la déontologie des notaires. Selon l'article premier de l'ordonnance de 1945[599], le notaire est « *le conseil des personnes physiques ou morales de droit privé ou de droit public, le rédacteur impartial de leur volonté. Il leur fait connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédige leurs engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique assorti, le cas échéant, de la force exécutoire. Il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle. Il assume ce service public dans le cadre d'une activité libérale* ». En tant que « délégataire de l'autorité publique », le notaire doit assurer ses missions avec « loyauté et probité »[600]. Le notaire bénéficie au même titre que l'avocat et le médecin d'un monopole d'exercice pour les actes dont la loi exige qu'ils soient notariés, établis devant un notaire ou dressés par un notaire. Il partage son monopole avec d'autres officiers publics ou autorités administratives pour certains actes nécessitant une authentification[601]. Outre de nombreuses règles à respecter, le notaire est contraint de respecter son lieu d'exercice. En effet « *il est interdit aux notaires de recevoir eux-mêmes ou de faire recevoir par une personne à leur service leurs clients à titre habituel dans un local autre que leur étude* » ; ils dépendent du « *ressort de la cour d'appel dans lequel l'étude est établie ou du ressort des tribunaux judiciaires limitrophes de celui dans le ressort duquel est établi l'office* (…) »[602].

---

[598] Art. 28 loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.
[599] Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat et son décret d'application n° 45-0117 du 19 décembre 1945 pris pour l'application du statut du notariat.
[600] Art. 2 ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat.
[601] À l'exemple de l'article 710-1 C. civ. « *tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative* ».
[602] Art. 10 décret n° 71-942 du 26 novembre 1971 relatif aux créations, transferts et suppressions d'office de notaire, à la compétence d'instrumentation et à la résidence des notaires, à la garde et à la transmission des minutes et registres professionnels des notaires.

La profession est représentée par des chambres départementales (voir interdépartementales pour la région Ile-de-France), des conseils régionaux et le conseil supérieur du notariat (CSN), lesquels bénéficient du statut d'établissement d'utilité publique. Chaque représentation est chargée de missions spécifiques. Les chambres départementales sont, par exemple, chargées « *d'établir, en ce qui concerne les usages de la profession et les rapports des notaires tant entre eux qu'avec la clientèle, un règlement* », lequel est ensuite soumis à l'approbation du garde des Sceaux ; de dénoncer les infractions disciplinaires ; d'examiner les réclamations des tiers contre les notaires ou de contrôler les études. Le conseil régional peut également établir un règlement et prononcer ou proposer des sanctions disciplinaires. Quant au conseil supérieur du notariat, hormis la représentation de la profession auprès des autorités publiques, il exerce des missions de service public en assurant la centralisation et la diffusion des informations relatives aux mutations d'immeubles à titre onéreux[603]. Le conseil supérieur du notariat peut également « *établir, en ce qui concerne les usages de la profession à l'échelon national et les rapports des notaires établis dans des ressorts de cours d'appel différentes, un règlement qui est soumis à l'approbation du garde des Sceaux, ministre de la justice* »[604]. Le règlement établi par le conseil supérieur du notariat constitue le règlement national de la profession, encore appelé « *règlement intercours* » qui est considéré comme le code de déontologie de la profession. En effet, il est précisé dans le préambule que le conseil supérieur du notariat « *a édicté les règles morales et professionnelles qui s'imposent à tous les notaires* ». Parmi ces règles, seules celles ayant reçu l'approbation du garde des Sceaux ont force obligatoire[605], contrairement à la profession médicale dont l'ensemble des règles contenues dans le code de déontologie médicale s'impose aux praticiens.

En raison de la gestion des fonds importants, les notaires sont soumis à des règles comptables strictes, notamment l'obligation de déposer les fonds reçus par un client dans les deux jours sur des comptes ouverts à la caisse de dépôt et consignations[606], ou encore les obligations de

[603] Art. 6-1 ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat.

[604] Art. 26 décret n° 71-942 du 26 novembre 1971 relatif aux créations, transferts et suppressions d'office de notaire, à la compétence d'instrumentation et à la résidence des notaires, à la garde et à la transmission des minutes et registres professionnels des notaires.

[605] Cass. civ. 1re, 20 septembre 2012, n° 11-16.402, *D.*, 2012. Actu. p. 2251 ; *Defrénois* 2012. 11107, note Letellier ; *LPA* 7 janvier 2013, obs. Dagorne-Labbe ; *JCP N* 2013. 1020, note Rouzet ; *Defrénois* 2013. 199, obs. Latina ; *Dr et patr.*, mai 2013, p. 94, obs. Rosello ; Cass. civ. 1re 10 janvier 1995, n° 93-11.861.

[606] Art. 15 et sv. Décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945 pris pour l'application du statut du notariat.

vigilance et de déclaration à tracfin[607] afin de lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme[608].

La discipline notariale est en principe assurée par la chambre disciplinaire du conseil régional, qui n'est habilitée à ne prononcer que des censures en cas de non-respect des règles déontologiques. Cette situation limite paradoxalement le pouvoir de la chambre disciplinaire notariale. En effet, en cas de manquement grave du notaire à ses obligations professionnelles, c'est la compétence du tribunal de grande instance qui s'applique, saisi par le procureur de la République[609], le président de la chambre disciplinaire ou par toute personne qui se prétend lésée par le comportement du notaire. Les peines disciplinaires pouvant être prononcées sont le rappel à l'ordre, la censure simple, la censure devant la chambre assemblée, la défense de récidiver, l'interdiction temporaire et la destitution[610]. Il est précisé que la suspension provisoire[611] du notaire ou la démission d'office prononcée par le tribunal de grande instance ne sont pas considérées comme des sanctions disciplinaires[612]. Les décisions de la chambre disciplinaire ou du tribunal de grande instance peuvent être frappées d'appel devant la cour d'appel dont les décisions sont susceptibles de pourvoi devant la Cour de cassation.

129. Conclusion du chapitre. L'autonomie substantielle de la déontologie à l'égard du droit commun de la responsabilité civile est fondamentalement marquée par leurs finalités distinctes. Si la responsabilité civile recherche l'indemnisation des préjudices du patient, la décision disciplinaire vise à sanctionner directement et personnellement le praticien de la faute commise à l'égard du patient mais également à l'égard de l'institution professionnelle. Dans ce cas, la déontologie médicale est une règle autonome, bénéficiant d'un droit propre, de règles

---

[607] Tracfin est un service de renseignement placé sous l'autorité du ministère de l'Action et des Comptes publics. Il concourt au développement d'une économie saine en luttant contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le Service est chargé de recueillir, analyser et enrichir les déclarations de soupçons que les professionnels assujettis sont tenus, par la loi, de lui déclarer. Tracfin n'est pas habilité à recevoir et traiter les informations transmises par des particuliers.

[608] Art. L. 561-1 CMF et art. 30 règlement national « *le notaire doit se conformer aux dispositions du code monétaire et financier relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et aux prescriptions définies par le législateur français et européen et le conseil supérieur du notariat* ». V. Cass. civ. 1re, 22 mai 2019, n° 18-12.101, *D.*, note Tani.

[609] Dans certains cas, la chambre disciplinaire peut également être dessaisie par le procureur de la République en citant directement le notaire déviant devant le tribunal de grande instance.

[610] Art. 3 ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels et son décret d'application n° 73-1202 du 28 décembre 1973 relatif à la discipline et au statut des officiers publics ou ministériels.

[611] Art. 32 et sv. ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels.

[612] Art. 45 ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels.

propres et d'intérêts propres. L'autonomie de la déontologie médicale se fait également ressentir pour la qualification du manquement déontologique qui n'obéit pas aux mêmes appréciations que la responsabilité civile. La faute disciplinaire ne requiert pas obligatoirement d'élément légal. Elle s'avère également incompatible avec mécanismes de responsabilité sans faute mis en œuvre par le législateur. Elle est, par conséquent, non seulement particulière mais également autonome à la faute civile.

CONCLUSION DU TITRE I

130. Le caractère autonome de la règle déontologique. Les règles déontologiques se caractérisent par leur autonomie à l'égard du droit. Elles sont particulières en ce qu'elles émanent des professionnels du groupe chargé de fixer les règles relatives au respect, à l'honneur et la probité de la profession dont les manquements font l'objet d'une sanction disciplinaire. En effet, le CNOM détient le pouvoir réglementaire de « *préparer* »[613] le code de déontologie, ce dernier étant ensuite adopté par décret, il s'en suit que les dispositions du code de déontologie médicale ont une valeur réglementaire. Les règles déontologiques professionnelles se transforment par l'acquisition d'une valeur juridique consacrée par les pouvoirs étatiques centraux. L'autonomie statutaire et substantielle de la déontologie lui permettent de marquer une distinction non seulement par rapport à d'autres types de déontologie mais également à l'égard du pouvoir normatif central. La déontologie médicale édictée par le CNOM devient une règle juridique autonome, non plus en raison de son origine professionnelle, mais en vertu de la reconnaissance du pouvoir légitime de l'État de produire des normes obligatoires[614].

[613] Art. L. 4127-1 CSP.
[614] Gutmann D., « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives Philosophiques du droit*, 2000, *op. cit.* p. 121.

TITRE II. L'AMBIGÜITÉ DES RAPPORTS ENTRE LA DÉONTOLOGIE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE

131. Les rapports ambigus. Dans la mesure où la déontologie médicale et la responsabilité civile entretiennent des rapports d'autonomie, il ne devrait, en principe, pas y avoir de rapports entre elles. Certes, les règles de déontologie médicale ne sont pas fondamentalement du droit, mais la construction aussi bien légale que jurisprudentielle du droit médical, voire du droit de la santé, révèle que le statut de la déontologie médicale a fortement évolué. Si cette dernière n'a pas force juridique par nature, en pratique il en est autrement.
En effet, la déontologie médicale est devenue pour le juge civil un instrument d'appréciation de la faute civile, de légitimation de la décision, le juge n'hésitant plus à fonder sa décision uniquement sur le code de déontologie médicale. Ce comportement du juge non seulement interroge mais il n'est pas sans conséquence sur le statut de la déontologie médicale. Lorsque le juge utilise la déontologie médicale, il se l'approprie, la détournant de sa finalité professionnelle. Sans doute la déontologie médicale, telle qu'elle est conçue aujourd'hui, irrigue le procès civil et correspond davantage aux besoins de la société contemporaine en quête perpétuelle de « responsable » et d'indemnisation. Cette situation a évidemment favorisé les rapprochements entre la déontologie médicale et la responsabilité civile (**chapitre 1**), en dépit du fait qu'elle continue d'être considérée comme un « *droit clos* » limité dans ses effets au procès disciplinaire (**chapitre 2**).

Chapitre 1. Les rapprochements de la déontologie et de la responsabilité civile.
Chapitre 2. Les limites au rapprochement de la déontologie et la responsabilité civile.

CHAPITRE 1. LES RAPPROCHEMENTS DE LA DÉONTOLOGIE ET DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

132. Point de départ des rapprochements. La consécration jurisprudentielle du contrat médical est un événement marquant de « *l'autonomie grandissante du droit médical* »[615]. Elle a permis de révéler le contenu de l'obligation à la charge du médecin. Par son attendu de principe, l'arrêt Mercier[616] a intégré la contractualisation de la relation médicale dans le raisonnement juridique puisque, « *Le médecin, en signalant son cabinet de consultation ou en acceptant de figurer comme tel dans un annuaire téléphonique est en état d'offre permanente et lorsque le patient sollicite ses services, il accepte cette offre, ce qui forme le contrat* »[617].
Si le fondement contractuel de la relation médicale semble aujourd'hui être remis en question par la doctrine[618] au profit d'un principe légal de la responsabilité civile médicale, la relation médicale conserve un fondement contractuel sur lequel reposent plusieurs obligations médicales. Par ailleurs, la déontologie médicale constitue également le fondement principal du contrat médical. L'obligation de soigner le malade est contenue dans le serment d'Hippocrate et le paiement des honoraires par le malade également, il s'agit entre-autre d'un principe fondamental de la déontologie médicale. La relation médicale est alors à la fois baignée par des obligations contractuelles et déontologiques qui ont favorisé leur rapprochement.
Les rapprochements entre la déontologie médicale et la responsabilité civile sont illustrés principalement par la jurisprudence abondante en matière de responsabilité civile médicale. Lorsque la violation d'un manquement déontologique corrobore ou fonde une décision judiciaire, c'est bien souvent parce que les deux règles visent la protection d'une même finalité (**section 1**). En conséquence, il revient au juge judiciaire d'apprécier l'opportunité et la pertinence de l'utilisation de la règle professionnelle dans sa décision (**section 2**).

[615] Porchy-Simon S., « Dommage médical, entre dommage de droit commun et dommage spécial », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 167-168, pp. 26-31.
[616] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.
[617] Penneau J., *La responsabilité du médecin*, éd. Dalloz, 2e édition, 1996, coll. Connaissance du droit, p. 8.
[618] Dreifuss-Netter F., « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA*, 2002, chron., n° 17 ; Bert D., « Feu l'arrêt Mercier ! », *D.*, 2010, p. 1801.

SECTION 1. LES FINALITÉS EN PARTIE COMMUNES : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DU PATIENT

133. Les prémices des rapprochements. La déontologie médicale et la responsabilité civile se rejoignent sur certaines thématiques. En dépit de l'origine professionnelle de la règle déontologique, il est fort aisé de retrouver dans le code de déontologie des règles permettant de garantir des soins de meilleure qualité aux patients et la protection de leurs droits. Cette prise de conscience de l'humanité dans le monde médical français s'est faite à la suite de nombreux scandales sanitaires et de leurs conséquences désastreuses qui ont ébranlé la confiance aussi bien à l'égard du gouvernement que de la profession. Des mesures protectrices ont été prises par le gouvernement tendant à rétablir la confiance d'abord et renforcer la protection des patients ensuite. Pour sa part, la déontologie médicale a également intégré ces nouvelles règles, afin d'enrichir son code, protéger le consentement du patient (I) et protéger plus sévèrement les atteintes à la vie privée de ce dernier (II).

I. LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU PATIENT

134. Le consentement du patient protégé par la déontologie médicale. Alors que certains se sont interrogés sur la fin du contrat médical[619], le législateur a consacré le fondement légal de la responsabilité civile médicale dont il n'est plus nécessaire de s'attarder[620]. Néanmoins, le contrat a été révélateur pour le droit commun de la responsabilité civile médicale. Les obligations nées du contrat médical ne peuvent être épuisées ici, l'argumentation sera accentuée sur l'obligation faite à chaque médecin (et à tous les professionnels de santé) de renseigner le patient (A). Cette obligation est l'une des principales obligations de la relation qui lie le patient à son médecin. C'est également un devoir déontologique aujourd'hui consacré par le législateur (B).

[619] Dreifuss-Netter F., « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA*, 2002, chron., n° 17.
[620] V. *supra* n° 96.

A. L'INFORMATION DU PATIENT

135. L'information du patient. L'origine déontologique de l'information médicale n'est pas remise en question. Malgré le fait qu'elle ait semblé subsidiaire, elle était « *rudimentaire, limitée par le peu qu'il y avait à dire ou à faire* »[621], voire souvent inexistante en ce sens qu'elle n'était pas appliquée. Le principe même de l'obligation d'information ne peut être contester[622]. C'est en abandonnant le paternalisme médical et en reconnaissant des droits au patient que l'information médicale a peu à peu intégré le raisonnement juridique qui lui a valu *in fine* une consécration législative.

136. Origine déontologique de l'information médicale. Alors que le serment d'Hippocrate ne contenait pas expressément de référence au devoir d'information du médecin, le serment médical s'y réfère clairement, « *J'informerai les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences. Je ne tromperai jamais leur confiance et n'exploiterai pas le pouvoir hérité des circonstances pour forcer les consciences* »[623]. L'obligation d'information est d'origine déontologique. Renseigner le patient est un devoir moral de la profession, « *l'information du patient n'est pas une entité in abstracto, mais l'un des nombreux aspects de la pratique médicale* »[624]. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'elle a été perçue tant par le juge que par le législateur comme allant de soi et fondamentalement attachée à l'exercice de la médecine. Le droit à l'information « *est devenu la pièce maîtresse des rapports entre médecins et patient* »[625]. Cette information n'a certes pas toujours été effective mais elle a, du moins théoriquement, précédé sa consécration jurisprudentielle et législative. Dès lors, si l'information médicale est fondamentalement un devoir déontologique, en dépit du manque de référence textuelle, cette absence n'entraine pas *de facto* son inexistence. La déontologie a initialement existé sous forme d'usages et elle se transmettait oralement à travers les générations.

---

[621] Hoerni B., et Benezech M., *L'information en médecine. Évolution sociale, juridique, éthique*, éd. Masson, 1993, coll. Abrégés, p.21.
[622] Albert N., « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA*, 2003, p. 353.
[623] Serment d'Hippocrate actuel.
[624] Hoerni B., et Benezech M., *L'information en médecine. Évolution sociale, juridique, éthique*, éd. Masson, 1993, coll. Abrégés, p. 5.
[625] *Ibid*.

137. Une information certes minimale mais pas inexistante. L'information médicale a été consacrée par le législateur à travers la loi du 4 mars 2002[626]. Bien avant, elle a été posée par la jurisprudence, dont les hésitations ont finalement nécessité l'intervention législative. Préalablement, l'information médicale n'était que marginale, le relationnel qui prévalait entre le médecin et le patient ayant favorisé des critiques confortant l'idée de son inexistence. Plutôt que de la considérer inexistante, il faudrait considérer que l'information médicale n'était plutôt pas correctement exécutée, de sorte que lorsqu'elle l'était de façon minimale. En effet, contrairement à ce qui peut se lire dans la doctrine[627], l'information médicale pouvait se déduire de certaines dispositions des précédents codes de déontologie médicale. Le passage de l'oralité à l'écriture est un évènement marquant pour la déontologie médicale.

Les premiers codes de déontologie médicale sont maladroits dans la rédaction de leurs articles, ce qui conforte les critiques avancées contre l'organisation ordinale et la profession elle-même. Si l'information du patient n'est pas expressément évoquée, elle y transparait pourtant dans certains articles. Il convient de procéder à une étude des textes, presque mots par mots, de ces codes afin de révéler la présence, théorique ou pas, de l'information médicale.

Le premier code de déontologie médicale est celui de 1947[628]. L'article 24[629] traitait de l'information concernant la continuité des soins en cas d'absence du médecin, qui devait « *fournir les renseignements qu'il juge en sa conscience, utiles à la continuité des soins* ». L'article 25[630] faisait état du recueil du consentement du représentant légal d'un mineur en cas d'urgence. L'article 31[631] faisait état de l'information concernant les pronostics grave ou fatal. Ceux-ci pouvant être « *dissimulés* » ou révélés « *avec la plus grande circonspection* ». L'article

[626] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[627] Celle-ci se bornant presqu'exclusivement à rappeler la construction jurisprudentielle et la consécration législative de l'obligation d'information.
[628] Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 de déontologie médicale. Application de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945.
[629] Art. 24 CDM 1947, « *Le médecin peut, compte tenu des articles 4, 5 et 7, se dégager de sa mission en se conformant aux prescriptions de l'article 25, à condition : (...) 2° De fournir les renseignements qu'il juge en sa conscience, utiles à la continuité des soins* ».
[630] Art. 25 CDM 1947, « *Appelé d'urgence près d'un mineur ou autre incapable, et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement de son représentant légal*, (…) ».
[631] Art. 31 CDM 1947, « *Un pronostic grave peut légitimement être dissimulé au malade. Un pronostic fatal ne doit lui être révélé qu'avec la plus grande circonspection* (…) ».

32[632] traitait du cas de l'avortement thérapeutique, et précisait que le médecin a l'obligation de se conformer à la volonté de la malade après l'avoir « *dûment prévenue de la gravité du cas* ». L'article 57[633] imposait au médecin de « *s'assurer de la volonté expresse du malade* » lorsqu'il est appelé par un confrère sur un même cas.

Ensuite, le code de déontologie médicale de 1955[634] reprenait les articles 25 et 31 du code de 1947 devenus respectivement 32 et 34. Il insérait un protocole important pour le cas de l'avortement thérapeutique à l'article 38 duquel il n'est pas possible d'exclure une information à la « *malade* » cette dernière devant être « *dûment informée*[635] » des conséquences de son refus. Ce même article ajoutait que « *Si le médecin, en raison de ses convictions, estime qu'il lui est interdit de conseiller*[636] *de pratiquer l'avortement, il peut se retirer en assurant la continuité des soins par un confrère qualifié* ». Le conseil témoigne, dans ce cas, de l'existence d'une information pour la patiente car la notion de conseil appelle bien évidemment celle de l'information. L'article 40[637] prévoyait un droit d'information sur les honoraires du médecin que ce dernier ne peut refuser. De même, l'article 57 prévoyait que « *Le médecin expert doit, avant toute opération d'expertise, informer de sa mission à la personne qu'il doit examiner* ». Il s'agissait d'un nouvel article qui n'existait pas dans le précédant code.

Le troisième code de déontologie médicale de 1979[638] est plus expansif que les précédents. Il prévoyait dès l'article 7 que, « *La volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible. Lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité, être prévenus et informés* ». L'article 22 prévoyait pour sa part qu'« *aucune mutilation ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, qu'après information des intéressés et avec leur*

---

[632] Art. 32 CDM 1947, « (…) *En cas d'indication d'avortement thérapeutique, et hors le cas d'extrême urgence, le médecin a l'obligation de se conformer aux règles suivantes : 1° si la malade, dûment prévenue de la gravité du cas, refuse l'intervention, le médecin doit s'incliner devant la volonté librement exprimée de sa malade* ; (…) ».
[633] Art. 57 CDM 1947, « *Lorsqu'un médecin est appelé auprès d'un malade soigné par un de ses confrères, il doit respecter les règles suivantes : Si le malade renonce aux soins du premier médecin auquel il s'était confié, le second médecin doit s'assurer de la volonté expresse du malade, prévenir son confrère et lui demander s'il a été honoré* ; (…) ».
[634] Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 abroge et remplace le décret n° 47-1169 du 27 juin1947 portant code de déontologie médicale.
[635] Nous soulignons.
[636] Nous soulignons.
[637] Art. 40 CDM 1955, « (…) *Un médecin n'est jamais en droit de refuser à son client des explications sur sa note d'honoraire* ».
[638] Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale.

consentement (…) ». L'article 37[639] prévoyait l'information concernant les prescriptions thérapeutiques pour lesquelles le praticien devait veiller à leur « *bonne compréhension* ». En outre, l'article 42[640] prévoyait que, pour les cas graves, le malade pouvait être tenu dans l'ignorance, ce qui signifie que lorsque le diagnostic n'était pas grave le malade recevrait l'information sur son état de santé. L'article 43 prévoyait d'obtenir le consentement du représentant légal en cas de soins sur un mineur, prévoyant toutefois de tenir compte de l'avis du mineur si ce dernier se trouvait en état de l'exprimer. L'article 52 prévoyait l'échange d'informations entre le médecin traitant et son remplaçant, cet échange ne pouvant se faire qu'« *en accord avec le malade* », même dans les cas où les avis diffèrent entre praticiens[641]. L'article 70 rappelait le droit d'information concernant les honoraires ou « *le coût d'un traitement*[642] ». Les articles 80 et 84 du code de déontologie médicale faisaient référence à l'information du malade pour les cas de médecine de contrôle et d'expertise.

Il convient de constater positivement que l'information médicale était bien présente dans les anciens codes de déontologie médicale. Par ailleurs, il faut constater négativement que cette dernière ne l'était que marginalement et n'était semble-t-il pas toujours en faveur du patient. En revanche, l'information entre confrères ou avec le conseil départemental est privilégiée et plusieurs fois invoquée. Est-ce là encore une démonstration que les praticiens minimisaient la capacité de compréhension des patients ? Une chose est pour l'heure certaine, si on peut se réjouir de cette évolution, ou plutôt de cette mise en lumière du devoir d'information, sa reconnaissance en tant que véritable droit du patient a bouleversé le monde médical.

138. Une information reconnue et défendue par la déontologie médicale. À l'issue des lois dites de bioéthiques[643], le code de déontologie médicale a été modifié pour intégrer cette fois expressément la nécessité d'informer le patient afin d'obtenir un consentement éclairé de ce dernier. C'est le code de déontologie médicale de 1995[644] qui rappelle expressément le

---

[639] Art. 37 CDM 1979, « *Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté nécessaire. Il doit veiller à la bonne compréhension de celles-ci par le malade et son entourage. Il doit s'efforcer d'obtenir la bonne exécution du traitement* ».
[640] Art. 42 CDM 1979, *« Pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave* (…) ».
[641] Art. 56 CDM 1979, « *Quand au cours d'une consultation entre médecins, les avis du consultant et du médecin traitant diffèrent profondément, le malade doit en être informé* (…) ».
[642] Une mention qui n'existait pas dans les codes précédents.
[643] Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
[644] Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale.

droit pour chaque patient d'être informé sur son état de santé. L'information du patient devient une priorité affichée par le corps médical, plusieurs règles déontologiques consacrent le respect des droits du patient.

L'article 35 pose clairement le principe du droit à l'information du patient rappelant les médecins à leurs devoirs déontologiques.

Une première version de l'article 35 était rédigée comme suit :

« Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.

Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination.

Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite ».

Cet article pose le devoir déontologique de l'information médicale en tant que droit du patient. Il sera toutefois modifié[645] afin de mieux correspondre aux objectifs de protection des droits du patient. La version actuelle est rédigée comme suit :

« Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.

Toutefois, lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination.

Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite ».

Il est possible de constater que le deuxième alinéa a été modifié. En effet, ce dernier ne prévoit plus la possibilité de cacher des informations au patient puisqu'il n'est plus question pour un médecin d'« *apprécier en conscience* » l'intérêt de lui dissimuler des informations sur son état de santé, de sorte que seule la volonté du patient puisse être respectée et son droit l'emporte sur la « *conscience* » du médecin[646]. Cet alinéa était, entre autres, *contra legem* puisque l'article L.

[645] Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale.
[646] V. Laude A., « Le code de déontologie médicale enfin modifié ! », *D.*, 2012, p. 1694

1111-2 du code de la santé publique prévoit le droit de « *toute personne* » à être informée sur son état de santé et le droit d'être tenue dans l'ignorance.
Cependant, ce droit d'être tenu dans l'ignorance est limité lorsque le pronostic ou le diagnostic, en raison de sa gravité, expose les tiers à un risque de contamination. En effet, dans ce cas, en dépit du refus du patient, celui-ci doit être informé de son état de santé afin de prévenir les risques que le patient ferait courir aux tiers.

Dans tous les cas, l'information délivrée au patient doit être « *loyale, claire et appropriée* ». Il ressort des différents commentaires du code de déontologie médicale, de la précision de la jurisprudence en matière civile et du législateur, qu'une **information loyale** s'entend comme l'absence de mensonge dans l'information. Le praticien doit s'abstenir de toute manœuvres trompeuses afin de permettre au patient de prendre une décision en connaissance de cause. **La clarté de l'information** est également essentielle, celle-ci signifie que l'information doit être délivrée simplement, sans jargon technique et scientifique afin de faciliter sa compréhension. Dans ce cas, le praticien doit pouvoir faire preuve de pédagogie, il ne doit pas hésiter à reformuler l'information afin de l'adapter au patient[647]. Enfin, l'information délivrée doit être **appropriée**, c'est-à-dire que l'information délivrée dépendra de l'état physique et psychologique du patient, de la maladie à révéler, de son pronostic et de son évolution, de sorte que l'information soit adaptée aux circonstances. Ce n'est que par la combinaison de ces trois critères que le consentement donné par le patient sera entendu « *libre et éclairé* ».

Comme il a été exposé, l'information médicale est un devoir déontologique fondamental de l'exercice de la médecine. C'est précisément sa reconnaissance non plus en tant que devoir du médecin mais plutôt en tant que droit pour le patient qui l'a finalement révélée et lui a permis d'être consacrée par le législateur.

[647] La clarté est également exigée pour la formulation des prescriptions, article 34 CDM « *Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté indispensable, veiller à leur compréhension par le patient et son entourage et s'efforcer d'en obtenir la bonne exécution* ».

B. LA CONSÉCRATION LÉGISLATIVE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION MÉDICALE

139. L'information médicale. Le mouvement vers la consécration de l'obligation d'information a commencé par la jurisprudence. L'obligation d'information occupe aujourd'hui une place importante dans le domaine médical, elle est également source de contentieux abondant en responsabilité civile. Pourtant, l'information du patient a connu plusieurs étapes et sa construction jurisprudentielle a été source de nombreux débats doctrinaux. L'obligation d'information telle qu'elle est entendue en droit positif est une construction prétorienne de la jurisprudence (1) qui sera finalement consacrée par le législateur (2).

1. La construction jurisprudentielle de l'obligation d'information

140. L'obligation d'information et les atermoiements jurisprudentiels. L'obligation d'information du patient a été posée en 1942 par l'arrêt Teyssier[648] au terme duquel, « *le respect de la personne humaine impose au praticien, avant de pratiquer une opération, d'obtenir le consentement du patient ; en violant cette obligation, il commet une atteinte grave aux droits du malade et un manquement à ses devoirs moraux* »[649]. L'arrêt Teyssier met véritablement en lumière le lien entre l'information préalable du patient au fondement de la dignité humaine et le consentement libre et éclairé qui en résulte.

L'information du patient a d'abord été entendue simplement, approximative, intelligible et loyale[650]. Cette position jurisprudentielle a été renversée par un arrêt du 7 octobre 1991 obligeant les praticiens à donner une information sur les « *risques graves qui ne se réalisent qu'exceptionnellement* »[651]. Cette position jurisprudentielle jugée trop sévère et contraignante par les praticiens, n'a pas été maintenue par le législateur préférant limiter l'information aux « *risques normalement prévisibles* ». Pour autant, le caractère exceptionnel du risque ne signifie pas que ce dernier soit normalement prévisible.

---

[648] CE Req. 28 janvier 1942 Parcelier c. Teyssier, DC 1942. 63 ; *Gaz. Pal*. 1942-1, p. 177, arrêt attaqué CA Bordeaux 4 juin 1937 avait retenu la responsabilité du praticien pour défaut d'information aux motifs « *qu'en raison de l'aléa que l'ostéosynthèse présentait dès 1930 même pour ses partisans, de ses résultats qui ne dépassait pas sensiblement ceux obtenus par les procédés orthopédiques, il convient que Teyssier fut éclairé pour faire ce choix (...) et que le docteur Parcelier a commis une faute en n'éclairant point le malade sur les conséquences de l'intervention à laquelle il allait procéder* ».

[649] Bergoignan-Esper C. et Sargos P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, éd. Dalloz, 2e édition, 2016, coll. Grands arrêts, p. 3.

[650] Cass. civ. 1re, 21 février 1961, *Bull. civ*. I, n° 115.

[651] Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *JCP*, II, 10179.

Par ailleurs, une fois le droit à l'information reconnu au patient, il revenait à ce dernier d'apporter la preuve de son inexécution[652]. La juge va procéder à l'inversion de la charge de la preuve quelques années plus tard en indiquant qu'« *attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation (...)* »[653]. Cette affaire sera rejugée par la cour d'appel d'Angers dont la décision selon laquelle le défaut d'information n'engage pas la responsabilité du praticien s'il est établi que même informé le patient n'aurait pas refusé l'opération sera approuvée par la Cour de cassation[654].

S'il appartient au médecin d'apporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation d'information, le patient doit prouver que le dommage est en lien de causalité direct avec le défaut d'information. Cette preuve pour le patient consistait à dire qu'informé celui-ci n'aurait pas choisi l'intervention évitant la réalisation des risques. Cette preuve s'est finement révélée difficile à apporter aussi bien par l'appréciation *in concreto* que par l'incertitude du choix du patient même informé. C'est pourquoi le préjudice né du défaut d'information va être appréhendé par **la perte de chance**. Le dommage indemnisable est la chance perdue de n'avoir pas pu refuser l'intervention et ses conséquences.

La précision du régime juridique de l'obligation d'information va se poursuivre lorsque le juge a décidé que l'information du patient n'est pas limitée au seul fait que le risque ne se réalise qu'exceptionnellement[655] et que le médecin n'est pas tenu de « *réussir à convaincre* » le patient du danger de l'acte qu'il demande après avoir été dûment informé des risques d'un tel acte[656]. Depuis 1990, la réparation du préjudice né du défaut d'information est appréhendée sur le fondement de la perte de chance. Le médecin « *qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il*

---

[652] Cass. civ. 1re, 29 mai 1951, Martin/Birot, *D.*, 1952 p. 53 « *si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte l'obligation pour le praticien de procéder à une opération chirurgicale par lui jugée utile qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération* ».

[653] Cass. civ. 1re, 25 février 1997, Hédreul, n° 94-19.685 *Bull. civ*. I, n° 75, *D.*, 1997, Somm. 319, obs. Penneau J. ; *RGDA* 1997, p. 852, obs. Remy Ph. ; *RDSS* 1997, p. 288, obs. Dubouis L. ; *RTD civ*. 1997, obs. Mestre J.

[654] Cass. civ. 1re, 20 juin 2000, n° 98-23.046.

[655] Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, n° 97-10.267 « *Attendu qu'hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et qu'il n'est pas dispensés de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* ».

[656] Cass. civ. 1re, 18 janvier 2000, n° 79-17.716.

lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération »[657]. Cette position a été réaffirmée en 2004 puisque la Cour de cassation a décidé que le préjudice né du défaut d'information ne peut être réparé qu'au titre de la perte de chance évitant la réparation de l'entier préjudice[658]. Cette position jurisprudentielle est évidemment favorable aux praticiens, puisque la réparation d'une perte de chance est limitée à la chance perdue et la réparation du préjudice qui en résulte ne peut être que partielle. Seule la perte de chance est indemnisée et le juge se prononça négativement concernant le préjudice moral né du défaut d'information en décidant que, « *le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé* »[659]. Cette position jurisprudentielle a été fortement critiquée par la doctrine et mal accueillie par les victimes réclamant de plus en plus que le préjudice moral résultant d'un défaut d'information soit pris en compte.

La construction du régime juridique de manquement à l'obligation d'information s'est faite avec beaucoup de difficultés. Un enjeu important au regard des conséquences qu'elle entraine aussi bien pour le patient que pour le praticien. Après avoir consacré la perte de chance indemnisable en cas de non-respect de l'obligation d'information, la jurisprudence a désormais admis l'autonomie du préjudice qui en découle.

141. L'obligation d'information à l'origine d'un préjudice autonome ? La question est ainsi posée au regard de la position jurisprudentielle actuelle qui semble avoir admis l'autonomie du préjudice né du défaut d'information « *que le juge ne peut laisser sans réparation* ». Cette position semble davantage liée au fait que l'obligation d'information du patient trouve désormais son fondement dans la protection de l'autonomie du patient, de sa dignité et de son humanité et non plus dans le contrat médical. Dès lors, il ne saurait y avoir d'autonomie du patient sans information préalable de ce dernier.

---

[657] Cass. civ. 1re, 7 février 1990, n° 88-14.797, *D.*, 1991, p. 183 obs. Penneau J. ; *RTD civ.*, 1992, p. 109, obs. Jourdain P.

[658] Cass. civ. 1re, 7 décembre 2004 n° 02-10.957 « *Attendu, cependant, que la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé et que le dommage correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis qui est déterminée en mesurant la chance perdue et ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical* ».

[659] Cass. civ. 1re, 6 décembre 2007, n° 06-19.301, *D.*, 2008, p. 192, note Sargos P., « L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral » ; *D.*, 2008, p. 804, note Neyret L. « La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels ».

Le défaut d'information cause indépendamment de la perte de chance un préjudice réparable. En effet, c'est la jurisprudence du 3 juin 2010[660] qui a amorcé le pas vers la consécration du préjudice autonome, un préjudice né à l'impossibilité pour le patient de se préparer aux conséquences dommageables de l'intervention, peu important que cette intervention ait été nécessaire ou bénéfique pour le patient. À ce propos, Mme Hocquet-Berg souligne que « *le recours à la théorie de la perte de chance conduit à neutraliser ce droit (le droit à l'information) du patient reconnu par la loi, à chaque fois que l'intervention était médicalement nécessaire, il est jugé que le patient l'aurait accepté ou lorsque ce dernier, pourtant trompé sur les risques encourus par l'acte médical, n'a subi aucune lésion corporelle* »[661]. Les juges de la haute juridiction ont décidé aux visas des articles 16[662], 16-3[663] et 1382[664] (ancien) du code civil qu' « *attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitement ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* ». L'obligation d'information est extraite du contrat médical au profit d'un fondement légal davantage protecteur de l'autonomie, de la dignité et des droits du patient.

L'arrêt du 3 juin 2010 et celui du 28 janvier 2010[665] seront qualifiés d'« *historiques* » en raison de leur apport considérable dans le mécanisme de la réparation du dommage né du défaut d'information. L'un parce qu'il consacre l'autonomie de l'obligation d'information et de sa réparation et l'autre parce qu'il procède à un revirement de jurisprudence au sujet du fondement contractuel de la responsabilité civile médicale[666].

---

[660] Cass. civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *Bull. civ*. I, n° 128, *AJDA* 2010, p. 2169, note Lantero C. ; *RCA*. 2010, comm. 222, obs. Hocquet-Berg S.; *D*., 2010, p. 1522, obs. Gallmeister I, note Sargos P.; *D*., 2010, p. 1801, point de vue Bert D.; *D*., 2010, p. 2092, chron. Auroy N. et Creton C.; *D*., 2011, p. 35, obs. Brun P. et Gout O.; *D*., 2011, p. 2565, obs. Laude A.; *RDSS*, 2010, p. 898, note Arhab-Girardin F.; *RTD civ*. 2010, p. 571, obs. Jourdain P.

[661] Hocquet-Berg S., « La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux », *RCA*, 2010, étude, spéc. n° 12.

[662] Art. 16 C. civ. « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'humain* ».

[663] Art. 16-3 C. civ. « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est à même de consentir* ».

[664] Devenu 1240 du code civil.

[665] Cass. civ. 1re, 28 janvier 2010 n° 09-10.992, *D*., 2010, p. 1522, note Sargos P. ; *ibid.* 2011, p. 2565, obs. Laude A. ; *RDSS* 2010, p. 375, obs. Arhab-Girardin F.

[666] Sargos P., « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D*., 2010, p. 1522.

En 2012, la Cour de cassation a confirmé en des termes identiques sa position consacrant l'autonomie de l'indemnisation du préjudice né du défaut d'information[667]. Quelques jours plus tard, la Cour de cassation a réaffirmé sa position mais cette fois aux visas des articles 1147 (ancien) du code civil et 35 du code de déontologie médicale[668].

Cet arrêt du 26 janvier 2012[669], parce qu'il vise expressément le code de déontologie médicale, mérite une attention particulière car il se situe au cœur du sujet. L'information médicale, fondamentalement, est un devoir déontologique qui a finalement été consacré par le législateur. Un devoir déontologique sera plus « facilement » réceptionné par les pouvoirs étatiques dès lors que ladite règle poursuit une finalité que le législateur entend lui aussi protéger[670]. Dès lors, le visa de l'article 35 du code de déontologie médicale parce qu'il consacre le devoir déontologique de respecter le droit d'information du patient renforce l'obligation légale posée à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique. La responsabilité civile du médecin est, dans ce cas, engagée sur le fondement d'un devoir déontologique, les sanctions civiles qui en découlent sont contraires au principe d'une responsabilité disciplinaire dont dépendent originellement les règles déontologiques. Il est possible de s'interroger sur la fonction indemnitaire de la règle déontologique dès lors que cette dernière est invoquée au cours d'une procédure civile ? En effet, dans une affaire[671], le défaut d'information imputable au médecin a engagé sa responsabilité civile au visa de l'article 35 du code de déontologie médicale et de l'article 1147 (ancien) du code civil. On peut en déduire que la règle déontologique seule ne suffit pas à engager la responsabilité civile du médecin. En outre, l'article 1147 renvoie à la responsabilité contractuelle du médecin, cette dernière n'ayant pas été abandonnée par la jurisprudence en dépit d'une convergence de décisions vers un fondement légal de la responsabilité civile médicale.

---

[667] Cass. civ. 1re, 12 janvier 2012, n° 10-24.447, inédit ; *RGDM*, 2012, n° 42, p. 463, obs. Girer M. ; Vialla F., « Défaut d'information : classicisme ou originalité ? », *RDS*, 2012, n° 47, p. 364, l'arrêt vise également l'article L. 1111-2 CSP.

[668] Cass. civ. 1re, 26 janvier 2012, n° 10-26.705, *RGDM*, 2012, n° 43, pp. 563-580, note Saison-Demars J. et Girer M.

[669] *Ibid*. « *Qu'en statuant ainsi, alors que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir et que le non-respect du devoir d'information qui en découle cause à celui auquel l'information était légalement due un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés* ».

[670] Le droit d'information du patient étant désormais appréhendé sur le fondement du respect de la dignité de la personne humaine.

[671] Cass. civ. 1re, 26 janvier 2012, n° 10-26.705, *RGDM*, 2012, n° 43, pp. 563-580, note Saison-Demars J. et Girer M.

En outre, la responsabilité du médecin peut également être engagée sous le seul fondement du code de déontologie médicale. Cela a été le cas en 2008 lorsque les hauts magistrats, au visa des articles 32 et 33 du code de déontologie médicale, décidèrent que lesdits articles constituaient une obligation et non pas une possibilité pour le praticien[672]. Dans une autre affaire, la Cour de cassation avait estimé que le praticien n'avait pas commis de faute au visa de l'article 42 du code de déontologie médicale[673] concernant la limitation d'information en décidant que « (…) *qu'ayant ainsi souverainement estimé que l'intérêt du patient justifiait la limitation de son information quant au diagnostic, la cour d'appel a pu décider que le praticien n'avait pas commis de faute* »[674].

Ces jurisprudences permettent de faire deux constats. La déontologie médicale est utilisée par les juges civils non pas seulement pour engager leur responsabilité mais également pour l'écarter. L'influence déontologique sur la responsabilité civile médicale ne s'apprécie pas à sens unique.

142. Préjudice d'impréparation. Par ailleurs, les juges de la haute juridiction ont affiné leur raisonnement concernant la réparation du préjudice né du défaut d'information, ce dernier étant désormais entendu comme un **préjudice d'impréparation** indemnisable indépendamment de la perte de chance. En effet, par une décision du 23 janvier 2014[675], la haute juridiction a précisé sa position établissant une présomption sur les conséquences morales, celles-ci sont présumées parce qu'elles sont inhérentes à l'impréparation du patient aux conséquences dommageables. La Cour de cassation décide qu' « *indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation d'un de ces risques (…) le non-respect par un professionnel de santé de son*

---

[672] Cass. civ 1re, 27 novembre 2008, n° 07-15.963, *Bull. civ*. I, n° 273, *D*., 2008, p. 3085 « *Attendu que pour rejeter les demandes dirigées à l'encontre de Mme Y…, la cour d'appel, après avoir constaté que l'expert avait précisé que, devant le doute diagnostique sur la présence ou l'absence d'un membre, il aurait été de bonne pratique de faire contrôler cette anomalie, énonce que les articles 32 et 33 du code de déontologie médicale ouvrent à cet égard une possibilité mais n'imposent pas une obligation ; Qu'en statuant par de tels motifs (…), la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés* ».

[673] Art. 42 CDM de 1979 en vigueur au moment des faits « *Pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave. Un pronostic fatal ne peut être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais la famille doit généralement en être prévenue, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation, ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite* ».

[674] Cass. civ. 1re, 23 mai 2000, n° 98-18.513, *Bull. civ*. I, n° 159, p. 103.

[675] Cass. civ. 1re, 23 janvier 2014, n° 12-22.123, *D*., 2014, p. 584, avis de la Gatinais L.-B. ; *D*., 2014, p. 590, note Bacache M. ; *D*., 2015, p.125, obs. Gout O.

devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque que le juge ne peut laisser sans réparation ». Par cet arrêt, la Cour de cassation se rapproche, presqu'en des termes identiques, de la position du Conseil d'État, qui avait décidé en 2012 qu'« *indépendamment de la perte de chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligations d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* »[676].

Ces deux décisions, bien que similaires, présentent toutefois certaines nuances. En effet, le juge administratif limite le préjudice d'impréparation aux troubles ressentis par le patient de n'avoir pas pu se préparer, à cause du défaut d'information, aux risques de l'intervention qui se sont finalement réalisés. En revanche, le juge civil va plus loin que son homologue puisqu'il intègre « *le ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle* »[677]. Dans ce cas, c'est également l'omission de toutes informations permettant le consentement éclairé du patient qui est sanctionnée.

Il existe un préjudice d'impréparation se justifiant par le manque d'information, distinct de la perte de chance découlant également du défaut d'information. Ces deux préjudices ouvrent droit à une réparation évidemment distincte. À en juger par la jurisprudence actuelle[678], le préjudice d'impréparation semble avoir été définitivement admis dans le domaine de la réparation du préjudice né du défaut d'information, confortant le principe fondamental de la réparation intégrale des préjudices de la responsabilité civile

Seul le législateur peut fixer le régime juridique afin de limiter les disparités entre les décisions judiciaires qui ont trait à la réparation du préjudice né du défaut d'information.

---

[676] CE 10 octobre 2012 5e et 4e sous-section réunies, M. Michel C. c. CHU de Rouen, n° 350425, publié au recueil *Lebon*, Hocquet-Berg S., Revue générale du droit, *on line*, 2012, n° 3455.

[677] Cass. civ. 1re, 12 juillet 2012, n° 11-17.510, note Hocquet-Berg S., *RCA* 2012, étude 8 ; « *Mais attendu que l'arrêt énonce que, s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraine un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle…* ».

[678] La Cour de cassation rappelle désormais la distinction entre la perte de chance et le préjudice d'impréparation, Cass. civ. 1re, 25 janvier 2017, n° 15-27.898 ; Cass. civ. 1re, 15 juin 2016, n° 15-11.339 ; Cass. civ. 1re, 13 juillet, n° 15-19.054.

2. La consécration législative

143. L'information légale. La loi du 4 mars 2002[679] (dite loi Kouchner) consacre l'évolution jurisprudentielle de l'obligation d'information. Elle s'inscrit dans un objectif de renforcement des droits du patient[680]. C'est également une loi d'envergure car elle marque un tournant important pour le droit commun de la responsabilité civile médicale. En effet, l'information du patient est devenue une exigence légale posée à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique. Elle est aujourd'hui considérée comme l'une des lois « *majeures* » du système de santé. Ses apports en matière de démocratie sanitaire et de réparation des risques sanitaires sont au cœur des avancées considérables dans le domaine médical, saluées tant par les professionnels de santé que par les patients.
En consacrant le droit d'information, le législateur a procédé à une harmonisation et une précision des positions jurisprudentielles qui prévalaient en la matière.

144. Le contenu légal de l'obligation. Parler du contenu de l'obligation d'information revient à s'interroger sur son étendue, savoir quelles informations le patient est en droit de recevoir de son médecin ? Hors cas particuliers, l'information du patient doit avoir lieu au cours d'un entretien individuel. La référence à l'entretien implique un échange entre le médecin et le patient qui doit se faire naturellement, aussi fluide que possible[681]. Cette information doit être complète, elle porte sur les différentes investigations, les traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. L'information porte également sur la délivrance des soins, leur coût et les conditions de leur remboursement[682]. Il s'en suit que l'information du patient doit s'entendre largement. Dans ce sens, le législateur a entendu préserver les droits du patient en lui permettant de contrôler les atteintes à son intégrité physique. L'information ne doit pas être enfermée et encore moins procédurale (hors cas particuliers), la loi précisant sur ce point que l'information est délivrée au cours d'un entretien individuel. La mention « *entretien individuel* » doit s'entendre

[679] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[680] La loi Kouchner intervient, entre autres, après les états généraux de la santé organisés dès 1998 dont les principales revendications sociétales étaient axées sur l'information en matière de santé, la dimension relationnelle de la prise en charge médicale, la coordination entre différents professionnels de santé et la prévention.
[681] Hoerni B., et Benezech M., *L'information en médecine. Évolution sociale, juridique, éthique*, éd. Masson, 1993, coll. Abrégés, p. 77.
[682] Art. L. 1111-2 CSP.

doublement. D'abord, elle implique que le patient et le médecin doivent pouvoir s'entretenir, c'est-à-dire échanger, sur l'état de santé du patient. Ensuite, l'« *entretien individuel* » implique que l'information soit délivrée au patient, et seulement à lui, dès lors que ce dernier a la capacité de donner son consentement.

D'une part, l'individualité de l'information est importante car elle permet d'aborder la question délicate de l'information des mineurs et des majeurs protégés. Concernant les mineurs, l'information doit être délivrée au titulaire de l'autorité parentale, elle est également délivrée au mineur en fonction de son degré de maturité, le mineur peut toutefois s'opposer à une telle divulgation et son refus doit être respecté[683], il peut choisir de se faire accompagner par le majeur de son choix. Concernant le majeur protégé, l'article 459 du code civil prévoit que « … *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* ». Cela signifie que dès lors que le majeur protégé est en état de donner son consentement l'information doit lui être délivrée.

D'autre part, l'information du patient doit être un moment d'échange entre le patient et le médecin. Dès lors, la signature d'un document « *consentement éclairé du patient* » ne saurait être entendue comme une information loyale claire et appropriée car elle ne démontre en rien que le patient a été informé[684]. Cette question est importante car elle permet de faire le lien sur une autre problématique, celle de la preuve de la délivrance de l'information. En effet, comme vu précédemment dans l'arrêt Hédreul[685], la Cour de cassation a procédé à l'inversement de la charge de la preuve de l'obligation d'information qui pèse désormais sur le médecin. Dans ce contexte, comment le médecin prouve-t-il qu'il la satisfaction de l'obligation d'information dans la mesure où celle-ci n'est en principe pas écrite ? Il s'agit d'un paradoxe entre oralité et écriture qui nécessite que les praticiens assurent la traçabilité de l'information délivrée. La traçabilité est ici d'un intérêt double, car elle permet non seulement d'assurer une meilleure prise en charge du patient mais aussi elle peut servir de preuve dans le cas d'une procédure judiciaire et/ou amiable pour les professionnels de santé. L'outil indispensable pour la traçabilité de l'information délivrée est bien évidement le dossier médical du patient. Celui-ci doit correspondre à l'exacte prise en charge du patient et mentionner tous les éléments de son parcours de soins, c'est à cette condition qu'il pourra constituer un élément de preuve de la

[683] Art. L. 1111- 5 et R. 1111-6 CSP.
[684] CA Toulouse 25 octobre 2010, n° 10-10.705, Dalloz 2011, 27 janvier 2011, n° 4, p. 292.
[685] Cass. civ. 1re 25 février 1997, Hédreul, n° 94-19685 *Bull. civ*. I, n° 75 p. 49.

délivrance de l'information car comme l'écrit M. Dosdat, « *un écrit incomplet est une preuve imparfaite, qui peut accuser le médecin et qui ne peut attester que ce qui a été dit éventuellement oralement afin de l'expliquer et de le compléter en fonction d'un cas particulier au cours du colloque singulier. On n'aura compris que l'écrit, s'il constitue le mode le plus adapté à l'administration de la preuve, comporte cependant des insuffisances et des limites en fonction des situations de fait* »[686].

Si l'information du patient se caractérise par un principe d'oralité favorable à l'échange entre le patient et le médecin, le législateur a toutefois mis en place une procédure particulière d'information dans certains cas.

145. L'information particulière. Il existe des domaines dans lesquelles l'information du patient est « renforcée » eu égard aux risques éventuels. Il s'agit des cas de la recherche biomédicale[687], du don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain[688], de l'assistance médicale à la procréation[689], des diagnostics anténataux[690], pour lesquels le consentement libre et éclairé du patient est procédural et écrit. C'est notamment le cas de la recherche biomédicale, pour laquelle le consentement de la personne se prêtant à la recherche est obligatoirement écrit. L'article L. 1122-1-1 du code de la santé publique dispose en effet qu'« *aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1121-1. Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur* ». Concernant le prélèvement d'organe sur donneur vivant, l'article L. 1231-1 du code de la santé publique fixe les conditions dans lesquelles le consentement du donneur est recueilli.

Par ailleurs, le code de déontologie médicale ne prévoit pas d'information particulière pour ces cas, il se contente de renvoyer aux conditions législatives[691] afin de garantir le respect de l'autonomie des personnes de leurs volontés et de leur dignité. Pourtant, ces questions renvoient nécessairement à l'éthique et à la déontologie afin de contrôler les professionnels de santé et assurer une protection de l'intégrité physique, l'indépendance et la sécurité des patients.

---

[686] Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 371.
[687] V. principes généraux articles L. 1121-1 à L. 1121-17 CSP.
[688] V. principes généraux articles L. 1211-1 à L. 1211-9 CSP.
[689] V. principes généraux articles L. 2141-1 à L. 2141-12 CSP. spéc. l'article L. 2141-10.
[690] V. principes généraux articles L. 2131-1 à L. 2131-5 CSP.
[691] Art. 15, 16 et 17 CDM.

Dans tous les cas, en plus d'être un devoir déontologique, une obligation légale, l'information médicale est un droit du patient dont le non-respect entraine des sanctions. Il existe toutefois certaines limites à l'obligation d'information.

146. Les limites à l'information médicale. Les limites à l'information médicale sont les limites classiques du droit commun et le refus du patient. La loi Kouchner précise d'abord que seules l'urgence et l'impossibilité d'informer peuvent dispenser le médecin de son obligation d'information[692]. Dans une situation d'urgence au cours de laquelle la vie du patient est en danger, il est primordial de ne pas « *perdre du temps* »[693] et de mettre tout en œuvre afin de préserver la vie du patient. Dans ces cas, le médecin n'est pas tenu d'informer le patient. Cette urgence correspond à l'inconscience du patient, elle n'est pas similaire à l'urgence d'une blessure au doigt ou encore à la jambe qui en dépit de sa gravité ne met pas le patient en danger de mort.

Au sujet de l'impossibilité d'informer le patient, il est nécessaire d'isoler deux principales situations. La première, est celle d'un patient injoignable parce que ce dernier aurait changé de domicile ou serait en déplacement sans en avoir avisé le médecin[694]. Cette situation entraine une impossibilité véritable de délivrer l'information. La seconde est celle où le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, soit parce qu'il est inconscient soit parce que son état de santé ne le lui permet pas. Dans ce cas, l'article L. 1111-4 du code de la santé publique prévoit que l'information est délivrée successivement à la personne de confiance[695], ou à la famille, ou à défaut à un de ses proches.

Enfin, tout patient a le droit de s'opposer à recevoir une information. En effet, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique précise que, « *la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de contamination* ». Le droit au refus du patient est lui aussi limité par l'objectif de protection de la santé des tiers. Dans ce cas, la volonté du patient d'être tenu dans l'ignorance du patient doit être consignée par écrit dans le dossier médical afin de prévoir toutes éventuelles « *mauvaise foi, incompréhension mutuelle ou simple effacement des souvenirs* »[696].

---

[692] Art. L. 1111-2 CSP et article 41 CDM.
[693] « *Il n'est pas question de perdre des minutes précieuses à énumérer tous les tenants et aboutissants de l'acte médical à effectuer et de s'appesantir sur les risques encourus par le patient, risques probablement graves eu égard aux circonstances, que le malade pressent lorsqu'il est conscient après lui avoir expliqué rapidement la situation* » Dosdat J-C., « Les normes nouvelles de la décision médicale », éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 391.
[694] C'est également le cas du patient mineur dont les parents sont injoignables, en cas d'urgence, le médecin doit donner les soins nécessaires conformément aux dispositions de l'article 42 du code de déontologie médicale.
[695] Art. L. 1111-6 CSP.
[696] Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 393.

Hormis la protection du consentement du patient, la déontologie médicale et la responsabilité civile ont également vocation à protéger toute atteinte à la vie privée du patient.

II. LA PROTECTION DE L'ATTEINTE À LA VIE PRIVÉE DU PATIENT

147. La vie privée du patient protégée. Après avoir posé le principe d'une relation contractuelle entre le médecin et son « *client* »[697], l'arrêt Mercier[698] rappelle à la charge du médecin l'obligation de « *donner des soins* » au patient dans le but de le guérir. Cette obligation de soins aujourd'hui consacrée par le législateur, a été un élément déclencheur dans le rééquilibrage de la relation médicale (B). Or, le préalable aux soins (en dehors des cas d'urgence[699]) réside dans la consultation médicale. Dans le but de guérir le patient, le médecin reçoit en confidence des informations qui sont couvertes par la confidentialité professionnelle à laquelle il ne peut se soustraire (A).

A. LA CONFIDENTIALITÉ DES INFORMATIONS DU PATIENT

148. Protection des confidences. Les informations du patient relatives à sa santé sont confiées au médecin lors d'un entretien individuel en vue d'établir un diagnostic et d'engager des soins. Ces informations sont essentielles, elles relèvent de l'intimité personnelle du patient. C'est pour cette raison que le médecin est fondamentalement soumis par la déontologie médicale au secret (1). Ce secret professionnel, au sens déontologique, a considérablement évolué sous l'impulsion du juge et du législateur (2).

1. Le « secret professionnel médical »

149. Le devoir déontologique de tenir secrètes les informations du patient. « *Les professionnels de santé peuvent s'enorgueillir d'avoir été les précurseurs en matière de protection de l'intimité de leur interlocuteur. Le célèbre serment d'Hippocrate reste une trace*

[697] Selon les termes de l'arrêt.
[698] Cass. civ. 1re, 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.
[699] Art. 41 CDM.

objective de l'antériorité d'une règle déontologique sur une règle juridique »[700]. Ces quelques mots résument clairement l'argumentaire présenté, celui de dire que les devoirs déontologiques sont progressivement détournés de leur finalité professionnelle pour être appréhendés par le droit commun de la responsabilité civile médicale. Le secret professionnel est un devoir fondamental de tout médecin se dévouant à l'art médical, devoir emblématique dans le serment d'Hippocrate, « *Dans quelque maison que j'entre, (...) quoi que je voie ou entende dans la société pendant, ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas* »[701]. L'origine déontologique du secret médical ne fait aucun doute. Il a été institué dans le but de favoriser et protéger la confiance qui s'installe entre le médecin et son patient. « *Sans confiance, le malade ne peut exprimer librement ses souffrances. Sans confiance, le médecin ne peut être suffisamment informé pour prodiguer les soins nécessaires à son patient* »[702].

150. Le changement de paradigme. La formulation antique du secret médical a évidemment évolué afin de l'adapter aux évolutions sociétales. Le secret professionnel est désormais rédigé comme suit : « *Admis(e) dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés. Reçu(e) à l'intérieur des maisons, je respecterai les secrets des foyers et ma conduite ne servira pas à corrompre les mœurs* »[703]. Dès lors, le secret professionnel médical demeure dans la déontologie médicale à travers les différents codes. L'article 4 du code de déontologie médicale pose le principe selon lequel, « *le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi* ». La mention « *dans les conditions établies par la loi* » démontre l'emprise légale à laquelle se soumet désormais la déontologie médicale. Si cette emprise légale a pu se justifier par le comportement de certains praticiens, elle résulte surtout d'un changement de paradigme dans la relation médicale, justifiant la protection de l'un (le patient) contre l'intrusion de l'autre (le médecin) dans ce que chacun a de plus personnel.

Originellement prévu pour les seuls médecins, le secret professionnel médical s'impose désormais à tous les professionnels de santé, aux établissements ou services de santé, ces derniers pouvant également échanger les informations secrètes du patient dans le cadre d'une

[700] Hocquet-Berg S., et Py B., *La responsabilité du médecin*, éd. Heures de France, 2006, coll. Droit professionnel, p. 138.
[701] Serment d'Hippocrate 440-360 av. J.-C., traduction Littré E.
[702] Swan C., *La médecine et le droit*, éd. Ellébore, 2008, coll. Santé-vérité, p. 131.
[703] Secret professionnel tel que présenté dans le serment d'Hippocrate du CNOM, https://www.conseil-national.medecin.fr.

prise en charge partagée[704]. Le secret professionnel médical n'est pas, par ailleurs, attaché à un mode particulier d'exercice, il s'impose de la même manière que le professionnel de santé exerce en libéral ou dans un établissement public. C'est principalement pour cette raison que le secret « *fait partie de ces données centrales qui jalonnent la formation initiale et continue du médecin et sur laquelle le conseil de l'ordre des médecins se montre très vigilant* »[705]. De la même manière, le code de déontologie médicale ajoute que « *le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment. Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle* »[706]. Le médecin exerçant en libéral est tenu responsable du non-respect du secret professionnel médical de ses « *collaborateurs*[707] ».

Le constat est sans équivoque « *nombre d'obligations déontologiques relatives à l'obligation d'information, de consentement de respect de l'accès au dossier médical, initialement d'ordre déontologique trouvent aujourd'hui un fondement légal* »[708]. Cette situation interroge sur les éventuelles conséquences sur la faute déontologique. L'obligation d'information, de soins ou encore le secret professionnel médical sont entendus comme des devoirs fondamentalement déontologiques. Leur reconnaissance en tant qu'obligations légales n'est pas sans influence sur la qualification de la faute déontologique. Toutefois, cette évolution rédactionnelle du secret professionnel médical n'en modifie pas la substance, mais il est possible de constater que le contenu du secret a également évolué.

2. Contenu et sanction du secret professionnel

151. Le secret, un devoir déontologique sanctionnée. La relation médicale doit être une relation confiante. Louis Portes disait que c'est la rencontre d'une conscience et d'une confiance. Cette confiance est confortée par le secret professionnel auquel sont soumis les

[704] Art. L. 1110-4 CSP.

[705] Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 327.

[706] Art. 72 CDM, V. également l'article 73 CDM « *Le médecin doit protéger contre toute indiscrétion les documents médicaux, concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quels que soient le contenu et le support de ces documents. Il en va de même des informations médicales dont il peut être détenteur. Le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publication scientifique ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. A défaut leur accord doit être obtenu* ».

[707] L'exemple de la secrétaire médicale qui bien que n'ayant pas accès à toutes informations concernant le patient est en contact permanent avec certaines informations personnelles le concernant (nom, adresses, numéros de téléphone etc.).

[708] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p. 429.

praticiens et leurs collaborateurs. Il s'agit d'une obligation déontologique, attachée à la morale professionnelle qui a été consacrée par le législateur dans l'intérêt du patient. Avant 2002, le secret professionnel médical n'était appréhendé en droit que sous l'angle de sa violation et n'était pas considéré comme un droit du patient. Depuis la consécration législative par la loi Kouchner[709], le secret professionnel est devenu un véritable droit pour les patients[710]. Le secret médical est pourtant au nombre des devoirs déontologiques dont le non-respect est susceptible d'entrainer un cumul de responsabilités pour le praticien. Le secret professionnel médical est également appréhendé au travers du droit de chaque personne au respect de sa vie privée[711]. Il s'agit d'un principe fondamental visant à protéger la vie privée des malades et préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général[712].

152. Les informations protégées par le secret professionnel médical. Conformément aux dispositions de l'article 4 du code de déontologie médicale, le secret professionnel médical « *couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu et compris* ». Le secret professionnel médical est entendu largement[713] par l'article L. 1110-4 du code de la santé publique qui ajoute presque identiquement au code de déontologie médicale, que ce secret « *couvre l'ensemble des informations concernant la personne, venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation par ses activités avec ces établissements ou organismes* ». La généralité des informations contenues dans le secret professionnel médical ne se limite pas aux seules informations médicales. Les informations relatives à l'identité de la personne sont également couvertes par le secret. Le Conseil d'État a par exemple décidé que le praticien qui autorise la photographie d'une de ses patientes dans son cabinet en vue d'une publication dans un hebdomadaire, viole son obligation au secret[714]. Il en est de même de la divulgation de l'établissement dans lequel est admis un patient dès lors que cet établissement est de nature à révéler la pathologie dont ce dernier souffre[715].

---

[709] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[710] À ce titre, le secret professionnel médical n'est pas opposable au patient, Cass. civ. 2e 28 janvier 1966, n° 64-10.394, « *l'obligation au secret, édictée dans l'intérêt du malade, ne saurait être opposée à celui-ci quand la détermination de ses droits dépend des renseignements recherchés* ».
[711] Art. 8 CEDH et art. 9 C. civ.
[712] Kouchner C., *Les droits des malades*, éd. Dalloz, 2012, coll. A savoir, p. 218.
[713] « Un large spectre » selon les termes de M. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 329.
[714] CE 28 mai 1999, *D.*, 1999. IR p. 185.
[715] Kouchner C., *Les droits des malades*, éd. Dalloz, 2012, coll. A savoir, p. 221.

Les informations protégées ne sont pas seulement celles dont le patient en a personnellement délivré la teneur, le code de déontologie médicale et la loi précisent bien qu'il s'agit de « *toutes informations venues à la connaissance du professionnel de santé* ». Le fait que ce soit un tiers qui délivre cette information n'exclut pas le caractère secret de ladite information[716]. Le secret professionnel médical couvre bien évidemment les informations médicales telles que le diagnostic, les soins ou la découverte d'une maladie génétique grave, mais également les informations non médicales dont le professionnel a eu connaissance à l'occasion d'une relation médicale. Ces informations, parce qu'elles ont été recueillies dans le cadre d'une relation professionnelle, n'appartiennent pas aux professionnels, ils ne peuvent pas en disposer comme bon leur semble[717].

153. Le secret professionnel médical est une obligation juridiquement sanctionnée. Le secret professionnel médical a été formulé très tôt par la déontologie médicale. En droit français c'est à partir de 1810 que le non-respect du « *secret professionnel* »[718] est appréhendé juridiquement. L'ancien code pénal disposait en effet que, « *les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 à 3000 francs* ».
En vigueur depuis 1994, le nouveau code pénal[719] prévoit à l'article 226-13 que, « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ». L'énumération des professions soumises au secret professionnel a disparu au profit d'une rédaction plus générale afin d'englober l'ensemble des situations régies par un caractère secret.

[716] Cass. crim., 26 juillet 1845, *DP* 1845, I. p. 340 « *Il faut entendre par le mot secret, non seulement ce qui leur a été confié, mais tout ce qu'il a été donné de connaître dans l'exercice de leur art* ».
[717] Hocquet-Berg S., et Py B., *La responsabilité du médecin*, éd. Heures de France, 2006, coll. Droit professionnel, p. 141.
[718] À l'égard de toutes les professions.
[719] Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

Le non-respect du secret professionnel médical est constitutif d'un délit qui revêt un caractère absolu en droit pénal. Toutes révélations en dehors des cas prévus par la loi[720] sont réprimées et entrainent nécessairement une sanction, ni le juge ni le patient lui-même ne saurait affranchir les professionnels de santé de leur obligation au secret[721]. À l'instar de l'obligation du respect de la dignité de chaque personne, le secret professionnel médical ne cesse pas après la mort du patient[722].

En revanche, en matière civile, le secret professionnel médical revêt un caractère relatif puisque certaines informations peuvent être révélées aux tiers afin que ces derniers puissent faire valoir leurs droits[723]. Le médecin peut divulguer des informations secrètes « *dans les conditions prévues par la loi* ». Il existe plusieurs dérogations au secret professionnel médical, selon que celles-ci soient imposées ou autorisées, à l'exemple du secret partagé dans le cadre d'une prise en charge collective d'un patient afin d'assurer la continuité des soins[724] ; de la divulgation d'une maladie grave à des tiers afin de limiter les risques de transmission ; du cas particulier des hébergeurs de santé[725] ; ou encore de la divulgation par le professionnel dans le cadre d'un contentieux afin d'assurer sa défense.

La protection des informations personnelles du patient et l'obligation faite aux professionnels de santé d'informer le patient pour qu'il puisse donner un consentement libre et éclairé ont permis un abandon du paternalisme médical et de rééquilibrer la relation de soins.

B. LE RÉÉQUILIBRAGE DE LA RELATION DE SOIN

154. Abandon du paternalisme médical. La finalité poursuivie, aussi bien par le juge que le législateur, à travers l'obligation d'information, est de permettre au patient de donner un consentement libre et éclairé afin que ce dernier entérine le déséquilibre relationnel qui prévalait dans la relation médicale. Une fois réaffirmée par le juge et le législateur,

[720] Conformément à l'article 226-14 C. pén. le professionnel qui révèle des informations secrètes peut s'exonérer de sa responsabilité en cas d'atteinte effective aux intérêts privés d'une personne ou en cas de danger de trouble à l'ordre public.
[721] Cass. crim., 8 mai 1947, Degraene *JCP* 1948, II, 4141, note Legal, « *L'obligation du secret professionnel s'impose aux médecins comme un devoir de leur état. Elle est générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir* ».
[722] CA Paris, 13 mars 1996, SA Ēd. Plon/Cts Mitterrand, *JCP* 1996-II-22632.
[723] L. 1110-4 CSP. Sur les modalités justificatives de la violation du secret professionnel V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 336 sv.
[724] Vaillant C., « Partager le secret : une nécessité… strictement encadrée », *JA* 2008, n° 386, p. 19.
[725] Art. L. 1111-8 CSP.

l'information médicale a servi à la consécration d'un autre droit du patient. En effet, l'information du patient est inhérente à l'obligation faite aux médecins de recueillir le consentement « *libre et éclairé* » (1) selon les termes du législateur. Toutefois, le médecin n'est pas le seul obligé puisque le contrat médical met également à la charge du patient des obligations subsidiaires (2).

1. Le consentement libre et éclairé

155. La protection de la volonté du patient. Le consentement et l'information du patient forme un couple indissociable en matière médicale[726]. En effet, il n'est pas possible de consentir à quelque chose sans en avoir la maîtrise, encore moins la connaissance. La jurisprudence Teyssier a fait de l'obligation d'obtenir le consentement préalablement à tout acte de soins comme relevant du respect de la personne humaine[727]. Il ne peut y avoir consentement sans information préalable. Il s'agit d'un préalable indispensable duquel dépendent d'autres droits reconnus au patient. Aux termes de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* ». À propos du couple information-consentement, M. Vialla écrit que, « *les deux fondements sont au demeurant complémentaires. Signe de l'humanité, et donc de la dignité, le consentement requis donne tout son sens aux dispositions de l'article 16 du code civil qui affirme que la « loi assure la primauté de la personne » ! Si la personne est première, et protégée dans sa dignité, c'est, notamment, au travers de sa parole donnée avec (cum) de sens* »[728].

Si le consentement du médecin ne pose *a priori* pas de problèmes puisque ce dernier se trouve en « *situation d'offre permanente de soins* » et exerce son art au service de l'individu, celui du patient est davantage problématique. Il a en effet motivé les précisions jurisprudentielles et la consécration législative. Le consentement du patient est dit « *libre et éclairé* »[729], l'article 36 du code de déontologie médicale dispose à cet effet que « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ». Cependant, le consentement du patient doit être entendu de façon générale c'est-à-dire que ce

[726] Le consentement du patient est également la transposition de l'article 1 du code de Nuremberg aux termes duquel « *Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel* (…) ».
[727] Req. 28 janvier 1942 Parcelier c. Teyssier, DC 1942. 63 ; *Gaz. Pal.* 1942-1, p. 177.
[728] Vialla F., « Bref retour sur le consentement éclairé », *D.*, 2011, p. 292.
[729] Art. L. 1111-4 CSP.

dernier n'est pas à rechercher exclusivement dans le cadre d'une relation médicale contractuelle et libérale de l'exercice médical. En effet, en consacrant le contrat médical, la jurisprudence Mercier a également « contractualisé » la relation médicale dans le seul secteur privé. Or, il n'est bien entendu pas question d'exiger des seuls praticiens exerçant en libéral de rechercher le consentement du patient, cette exigence étant attachée à chaque patient qu'il soit usager du service public ou pas. Cette situation a permis de distinguer ce que M. Dosdat nomme le « *consentement strictement contractuel réservé à la médecine libérale et le consentement humaniste, universel* »[730]. Quoi qu'il en soit, il est possible de considérer qu'il existe une seule et même exigence, celle à la fois légale et déontologique d'obtenir le consentement « *libre et éclairé* » de chaque personne préalablement à un acte médical ou un traitement, peu important que la personne en question soit prise en charge dans un cadre public ou privé. Dès lors, qu'entendre par consentement libre et éclairé ?

156. Le consentement libre. La liberté du consentement semble à l'évidence impliquer l'absence, sous quelque forme que ce soit, de contrainte, sauf à être considéré comme « *la négation de la recherche de la volonté du patient, l'annihilation de la manifestation de son [le patient] libre arbitre, une faute caractérisée contre l'humanisme* »[731]. À propos de la contrainte M. Dosdat écrit qu'il est difficile en pratique d'imaginer un praticien faire preuve de violences afin d'obtenir à tout prix le consentement du patient. En revanche, on imagine plus facilement un praticien faire de la rétention d'information ou au contraire dire plus qu'il n'en faut afin de motiver ardument le consentement du patient[732]. Ces situations, en plus d'engager la responsabilité du praticien, ne permettent pas la liberté du consentement du patient. Il s'agit d'une liberté absolue reconnue à toute personne préalablement à un acte médical ou un traitement. En outre, dans le but de protéger la liberté de consentement du patient, l'article L. 1111-4 du code de la santé publique dispose que le consentement du patient « *peut être retiré à tout moment* ». Dès lors, le consentement du patient doit être recherché à chaque fois que son état nécessite un acte médical ou un traitement, il est dit « *renouvelable et révocable* »[733].

157. Le consentement éclairé. Le consentement du patient sera considéré « *éclairé* » dès lors qu'il est établi que l'information qu'il a reçue a été « *loyale, claire et appropriée* ». C'est pour cette raison que l'information et le consentement du patient forment une paire

[730] Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 358.
[731] Dosdat J-C., *ibid*. p. 360.
[732] *Ibid*.
[733] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la* santé, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p. 361.

indissociable pour l'exercice de la médecine. Dans ce cas, le consentement est déduit de l'information reçue puisqu'il n'existe pas de modalités particulières quant à la forme ni au recueil du consentement, les deux sont délivrés au cours d'un entretien individuel. Par ailleurs, il convient de rappeler que, si le consentement se déduit de l'information, le contraire n'est pas possible. En effet, une information déficiente entraine nécessairement un consentement vicié. Par l'information, le médecin facilite la transparence dans la décision médicale afin que le patient soit acteur de sa santé. L'évolution de la condition du patient en tant qu'acteur de sa santé a effectivement été actée par la loi du 4 mars 2002. Selon Mme Thouvenin, cette loi doit être interprétée comme le signe d'une évolution sociétale « *qui a commencé dès les années 1970, entend[ant] contester les formes autoritaires des pouvoirs pour privilégier des modes de relations et d'organisations beaucoup plus participatives qui tiennent compte, dans toute la mesure du possible, du point de vue des intéressées* »[734]. En outre, si le consentement du patient se doit d'être éclairé, il en est de même pour son refus. La décision du patient de refuser ou de se soustraite à un acte médical ou un traitement doit avoir été prise après qu'il a reçu une information loyale, claire et appropriée sur les conséquences de son refus, ce refus devant être consigné par écrit dans le dossier médical[735].

La violation de l'obligation d'information entraine des sanctions civiles pour le médecin. Or, cette obligation est fondamentalement attachée à la déontologie médicale et elle est aujourd'hui la source d'un important contentieux civil qui a finalement abouti à une consécration législative. Cette situation s'explique par l'ineffectivité vécue par les patients. En effet, dans la relation paternaliste d'antan, le médecin n'informait pas suffisamment le patient voire carrément pas dans certains cas[736].

Dès lors que la relation entre le médecin et son patient est analysée de manière contractuelle, le droit commun de la responsabilité civile enseigne que le contrat fait naître à l'égard des parties des droits et obligations. C'est l'occasion de s'intéresser aux obligations contractuelles du patient à l'égard de son médecin.

---

[734] Thouvenin D., « Pourquoi une loi relative aux droits des malades a-t-elle paru nécessaire ? », *Revue hospitalière de France,* n° 487, 2002, p. 5.

[735] Art. L. 1111-4 CSP.

[736] Dans les commentaires de l'article 35 du CDM par le CNOM on peut lire « Cette addition [de l'obligation d'information dans le code de 1995] répond à une tendance générale visant à corriger l'insuffisance habituelle de l'information, telle du moins qu'elle est ressentie et signalée par les patients. En France, comme dans d'autre pays occidentaux, le premier reproche adressé aux médecins se résume par la formule : « Il ne m'a rien dit ». Cela doit s'entendre souvent comme : « il ne m'a pas dit ce que j'attendais de lui » ou : « je n'ai pas compris ce qu'il m'a dit ». Ce défaut d'information est la cause la plus fréquente des procédures engagées contre un médecin ».

2. Les obligations subsidiaires du patient

158. Le patient est également obligé. Si la relation médicale a été rééquilibrée du point de vue des droits du patient, celle-ci reste toutefois fortement déséquilibrée du point de vue des obligations. En effet, alors que le médecin engage sa responsabilité personnelle et encourt des sanctions à la fois civiles et disciplinaires, le patient n'est que doublement obligé et sa responsabilité est fortement limitée. La responsabilité du patient a d'ailleurs pour principal effet d'exonérer celle du médecin. En revanche, cette dissymétrie contractuelle est nuancée par la part active qu'occupe désormais le patient dans sa prise en charge.

Aux termes de l'article L. 1111-1 du code de la santé publique « *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* ». Le législateur semble avoir fixé le comportement des « usagers » mais pas celui des patients. Pour autant, le terme « usager » ne doit pas être réduit aux seuls usagers du secteur public mais bien à l'ensemble des patients.

Les deux principales obligations du patient, qu'il soit pris en charge dans le cadre d'un exercice public ou libéral de la médecine, sont le paiement des honoraires et le suivi des prescriptions médicales.

159. Le paiement des honoraires. La première obligation du patient est de s'acquitter des honoraires du médecin en contrepartie desquels il a reçu une prestation médicale. Il ne s'agit pas d'une condition de validité du contrat médical, puisqu'il est admis que le praticien donne des soins gratuitement[737]. En revanche, il s'agit d'une obligation sanctionnée juridiquement[738], les établissements de santé peuvent exercer leur droit de recours contre le patient afin de l'obliger à régler sa dette[739].

La nature du paiement est aujourd'hui discutée par le corps médical qui argue une déresponsabilisation des patients avec la mise en place de l'assurance maladie et notamment du tiers payant généralisé. En effet, ces derniers pensent que ce procédé de paiement contrevient au principe fondamental du paiement direct par le patient[740]. Néanmoins, le code de déontologie médicale prévoit qu'« *aucun mode particulier de règlement ne peut être opposé au malade* »[741].

---

[737] Art. 67 CDM, « *Sont interdites au médecin toute pratiques tendant à abaisser, dans un but de concurrence, le montant des honoraires. Il est libre de donner gratuitement des soins* ».

[738] Cormier M., « L'obligation de payer », *RGDM*, 2003, P. 69 cité par Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p. 391.

[739] Art. L. 6145-11 CSP.

[740] Art. L. 162-2 CSS.

[741] Art. 53 CDM.

Les praticiens voient dans cette généralisation du tiers payant une sorte de « salariat » auprès des organismes d'assurance maladie, une atteinte à leur indépendance professionnelle[742].
Par ailleurs, l'obligation de paiement des honoraires du patient est limitée lorsqu'il est question de patients atteints d'une maladie grave ou se trouvant en situation de précarité[743]. Cette limitation trouve son fondement dans le principe du libre accès aux soins, même si elle est mal accueillie par les professionnels de santé libéraux, elle s'inscrit dans un objectif supérieur, à savoir le droit à la protection de la santé qui est un devoir régalien de l'État[744].

Si l'obligation de paiement des honoraires du médecin connait quelques limitations, tel n'est en revanche pas le cas de l'obligation de suivre les prescriptions médicales.

160. Le suivi des prescriptions médicales. Le patient est également tenu d'une obligation de suivi des prescriptions médicales. Le cas échéant, « *cela pourrait conduire à la disparition de la confiance initiale, mobile du contrat, et le médecin serait autorisé à résilier le contrat médical sous réserve de ne pas nuire au malade et de s'assurer de la continuité des soins* »[745]. Cette obligation est entendue comme une collaboration aux soins[746], dans le strict intérêt du patient[747] afin de permettre au praticien d'élaborer le bon diagnostic et le traitement adéquat. Le patient doit donner au praticien une exacte information au sujet de ses « *antécédents médicaux et familiaux* ». Il doit éviter toute manœuvre visant à compromettre ou fausser le diagnostic médical. Dès lors, un patient qui fait de la rétention d'information au praticien en le « désinformant » commet une faute de nature à exonérer partiellement ou totalement la responsabilité du praticien[748]. Si dans une affaire, le retour en métropole d'un patient ne présentait pas un caractère fautif de nature à exonérer la responsabilité du praticien[749], dans d'autres cas les juges ont en effet admis la faute du patient[750]. Il s'agit d'une exacte application des principes généraux du droit commun de la responsabilité, dès lors que la faute du patient a

[742] Pour aller plus loin Marié R., « La généralisation du tiers payant : entre amélioration de l'accès aux soins et défiance des médecins », *Droit social*, 2014, p. 847.
[743] Art. L. 322-3 CSS.
[744] V. *supra* n° 55 sv.
[745] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p. 392.
[746] Savatier R., note sous Cass. crim., 3 juillet 1969, *JCP* 1970, II, n° 16447.
[747] Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit, p. 392.
[748] Cass. civ. 1re, 17 janvier 2008, n° 06-20107, *Bull. civ*. 2008, I, n° 14 p. 12.
[749] Cass. civ. 1re, 17 janvier 2008, n° 06-20107, *Bull. civ*. 2008, I, n° 14 p. 12.
[750] Exonération partielle du médecin CA Paris 30 septembre 2011 n° 08/24267 ; CAA Nancy 13 juin 2013 n° 12NC01478 ; exonération totale du médecin Cass. civ. 1re, 21 février 1967, *Bull. civ*. n° 74 ; Cass. civ. 1re, 26 octobre 2004 n° 02-20.747 ; Cass. civ. 1re, 9 novembre 1999 n° 98-10.010, *Bull. civ*. 1999, I, n° 300 p. 195.

une incidence causale sur le dommage initial, le dommage « final » qui en résulte ne saurait être imputé entièrement au responsable initial.
Il s'agit d'une manière de responsabiliser le patient en tant qu'acteur de sa santé. Ce dernier est en effet soumis à une obligation d'observance l'obligeant à adopter un comportement adéquat pour sa santé. Cette obligation d'observance du patient peut être appréhendée comme une condition d'appréciation des remboursements des organismes d'assurance maladie[751].

La déontologie médicale et la responsabilité civile se rapprochent de plus en plus par leurs finalités. Les règles du droit commun de la responsabilité civile sont mêlées à celles de la déontologie sous l'impulsion du juge judiciaire.

SECTION 2. LE RÔLE DU JUGE DANS LE RAPPROCHEMENT DE LA DÉONTOLOGIE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE

161. Le rôle principal du juge. La mission principale du juge est d'appliquer la loi. Or, la loi, bien souvent imprécise, ne prévoit pas tous les cas auxquels le juge est confronté au quotidien. En effet, « *le juge n'est certes que le juge du cas ; mais, dans le jugement du cas, il a le devoir d'interpréter la loi lorsqu'elle ne dit rien de clair, et le pouvoir d'aller à d'autres sources lorsqu'elle ne dit rien du tout* »[752] ou lorsque cette source est insuffisante. Il revient au juge de jouer un rôle d'interprétation de la loi lorsque celle-ci s'avère imprécise ou inadaptée au cas. Cette interprétation peut être restrictive ou extensive. Par ailleurs, le juge est souvent confronté aux cas qui ne sont pas prévus par la loi ou qui n'entrent pas dans son champ, dans ces cas le juge fait une interprétation créatrice du droit afin de pouvoir donner une solution au litige. En matière de responsabilité civile médicale, l'interprétation créatrice du droit est prépondérante. Pour certains, « *le droit de la responsabilité civile entretient avec le juge un rapport particulier, puisque si celui-ci n'est pas à proprement parler son créateur, c'est néanmoins à lui qu'elle doit une bonne part de ses développements* »[753]. Pour d'autres, il est nécessaire de placer le droit actuel de la responsabilité civile médicale dans l'ensemble général du droit commun de la responsabilité civile et de la médecine pour le comprendre. Par conséquent, « *le principe de la responsabilité civile médicale moderne, jusqu'en 2002, a été*

[751] Vioujas V., « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS*, 2014, p. 517.
[752] Rémy Ph., « La part faite au juge », *Pouvoirs*, vol. 107, n° 4, 2003, pp. 22-36.
[753] Borghetti J.-S., « L'office du juge en droit de la responsabilité civile », *RDA*, 2017, p. 108.

posé non par la loi ou le Code civil, mais par la Cour de cassation en 1936, par l'arrêt Mercier, très soigneusement rédigé »[754]. Il faudrait prendre conscience du rôle significatif que joue le juge dans l'élaboration et la construction du droit commun de la responsabilité civile médicale. Toutefois, la présente étude n'a pas pour but de débattre du rôle créateur du droit reconnu ou non au juge, il s'agit d'une question inépuisable et hors de propos à laquelle de nombreux auteurs continuent d'apporter des réponses[755]. En revanche, seuls seront pris en compte dans le cadre de cette étude, les effets d'une telle interprétation en matière de responsabilité civile médicale.

A travers la question du rôle du juge dans l'interprétation et la prise en compte des devoirs déontologiques, sera également abordée celle, non moins importante, du rôle de l'expert dont il est connu que le rapport d'expertise fonde à juste titre le raisonnement judiciaire. En effet, le juge profane de l'art médical ne peut se prononcer sur des cas dont il n'a pas la moindre connaissance, du moins en théorie. Cette situation crée en effet une sorte de dépendance du juge envers le médecin expert qu'il conviendra de mettre en évidence.

Il s'agit d'un juge dont la décision fait autorité, un juge dont la décision ne peut être contredite en raison de sa souveraineté[756], il s'agit du juge de cassation, du Conseil d'État et du juge constitutionnel. Dès lors, si le principe fondamental d'indépendance et d'autonomie du juge n'est pas remis en question, même en matière d'interprétation et de prise en compte des règles déontologiques (I), ce dernier reste toutefois très dépendant de l'expertise médicale (II).

I. L'AUTONOMIE DU JUGE FACE AU RAPPROCHEMENT DE LA DÉONTOLOGIE ET DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

162. La souveraineté du juge préservée. Le cœur du problème de la réception des règles déontologiques réside dans la question de l'assimilation entre faute civile et faute déontologique. À ce jour, l'avenir de la distinction entre faute civile et faute déontologique est entre les mains du juge. Une consécration législative, éventuelle, ne pourra être prise en compte

[754] Malaurie P., « La responsabilité civile médicale », *Defrénois*, 2002, n° 23, p. 1516.
[755] À ce sujet, le professeur Wachsmann fait constater que « *si la volonté de l'interprète s'exerce dans le cadre des différents partis qu'offre la norme à interpréter, ce qui manifeste sa marge de manœuvre, elle peut aussi frôler la création normative lorsque la juridiction affirme par exemple, découvrir un principe général du droit* », Wachsmann P., « La volonté de l'interprète », *Droits* 1998, n° 28, p. 29.
[756] Mainguy D., « A propos d'un « principe » préexistant à une loi », *D.*, 2015, p. 246.

qu'après que la jurisprudence et la doctrine aient motivé l'intérêt d'une telle assimilation dans le but d'une meilleure indemnisation des patients exposés aux risques médicaux.
De la distinction entre déontologie « *étatique* » et « *extra-étatique* » de M. Moret-Bailly naît celle d'un recours « facultatif » (A) et « obligatoire » (B) aux règles déontologiques pour le juge. Encore faudrait-il justifier en quoi certaines règles de déontologie médicale revêtent un caractère obligeant ou pas pour le juge.

A. L'OBLIGATION DU JUGE DE RECOURIR AUX RÈGLES DÉONTOLOGIQUES

163. Définition des termes. Dans un premier temps, il convient d'apporter une précision aux termes utilisés. Dans l'hypothèse présentée, le terme « obligatoire » peut être ici doublement connoté. D'abord, cela voudrait dire que le juge n'a pas ou plus le choix, la règle déontologique s'impose à lui. Ensuite, cela voudrait dire que dans tous les cas le juge est obligé de recourir à la déontologie médicale. Dès lors, il faut lever le doute. En effet, dans le premier sens, le juge qui doit se prononcer sur un litige d'un praticien contre un patient ne devrait pas hésiter à recourir à la règle déontologique pour qualifier la faute civile dès lors que la règle du droit commun de la responsabilité civile se trouve limitée ou insuffisante en la matière. Dans le second sens, le terme « obligatoire » induirait une application systématique de la règle déontologique à tous les litiges en matière de responsabilité civile médicale même lorsque le recours à la règle déontologique est sans intérêts particuliers pour le cas d'espèce. Ce dernier sens est bien évidemment à rejeter. En effet, il présente le risque d'une atteinte avérée à l'indépendance et à l'autonomie du juge judiciaire et du juge disciplinaire.

164. Précision et présentation de l'hypothèse. Seul le premier sens est intéressant dans le cadre de cette présentation. Le recours « obligatoire » à la règle déontologique dans le cadre d'une procédure civile pour se justifier doit pouvoir cumuler deux conditions indispensables.

La première tient au statut de la règle déontologique elle-même. Le critère juridique de la règle déontologique est indispensable puisqu'il a pour principal effet de mettre en évidence une certaine impérativité de la règle, d'abord sur le plan disciplinaire, mais également dans un contexte plus général de règle de droit. La première condition consiste à s'interroger sur le statut juridique des règles déontologiques et les effets de ce statut.

La seconde condition tient à la finalité de la règle déontologique considérée. Plus exactement, il faudrait s'interroger sur le l'objectif final recherché par la règle en question, de manière à distinguer les intérêts protégés par cette dernière. En matière de déontologie médicale, les règles qui ont vocation à protéger les intérêts exclusifs du patient entrent dans le champ du recours « obligatoire » à la règle déontologique par le juge dans le cadre d'une procédure civile entre un praticien et un patient. À ce sujet, M. Stoffel-Munck, après avoir rappelé le caractère relatif de la notion de faute, constate également que les règles déontologiques ne sont pas du même ordre, « *les unes visent au bien de la profession ; les autres à un bien plus commun. Par la suite la méconnaissance d'une règle dans un ordre n'est pas nécessairement caractéristique d'une faute dans un autre* »[757].

Le statut juridique et la finalité de la règle déontologique constituent les critères d'appréciation de leur caractère juridique et de la nécessité de recourir à elles dans le cadre d'une procédure civile. En conséquence, une règle déontologique d'ordre public revêt un caractère obligatoire pour le juge, de sorte que son influence sur la responsabilité civile du praticien mis en cause s'en justifie. Selon M. Moret-Bailly, ce caractère obligatoire s'analyse en une « *automaticité* » du recours à la règle déontologique[758]. C'est notamment ce qui a été jugé à propos du principe du libre choix du médecin par le malade. En effet, dans cette affaire, il était fait grief à l'arrêt de la cour d'appel de Douai d'avoir reconnu au principe du libre choix du médecin par son malade une portée qu'il n'avait pas. Or, la Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve le raisonnement de la cour d'appel de Douai par un attendu de principe : « *Mais attendu que le droit reconnu au malade par les articles L. 162-2 du Code de la sécurité sociale et 6 du Code de déontologie médicale de choisir librement son médecin, n'est pas une simple règle déontologique, mais constitue un principe d'ordre public de portée générale* »[759].
Dès lors que le manquement litigieux transgresse une mesure d'ordre public, son caractère déontologique importe peu. Dans ce cas, le juge est « *obligé* » de sanctionner le manquement. Si certains principes déontologiques d'ordre public sont propres à l'exercice de la médecine, ou plus exactement à la protection des intérêts des professionnels, le recours « *obligatoire* » se justifie *a fortiori* lorsque la règle déontologique, d'ordre public, vise la protection des intérêts du patient. D'une manière générale, les règles susceptibles de s'imposer au juge sont des règles

[757] Stoffel-Munck P. et Bloch C., « Responsabilité civile », Chronique, *La Semaine juridique*, édition générale, 2014, n° 19, doctr. 568.
[758] Moret-Bailly J., « Règles déontologiques et fautes civiles », *RTD civ*., 2002, p. 2820.
[759] Cass. civ. 1re, 31 octobre 1989 n° 88-15.352.

d'obligation, d'interdiction ou de limitation dès lors que ces règles ont vocation à s'appliquer au patient. Dans ce cas, il convient de dire que, les règles qui visent une obligation, une interdiction ou une limitation à l'égard des tiers (patient) sont celles dont l'impérativité défendue, à laquelle il convient d'adhérer, par M. Moret-Bailly devrait s'imposer au juge en matière de responsabilité civile médicale.

Toutefois, obliger le juge à recourir aux règles déontologiques s'avère contraire au principe d'indépendance et d'autonomie de ce dernier. Les effets d'une telle obligation ne sauraient être maîtrisés, eu égard au caractère casuistique qui prévaut en matière de responsabilité civile médicale. De la même manière, cela reviendrait à obliger également le juge disciplinaire à assimiler la faute disciplinaire à la faute civile[760].

165. L'interprétation risquée de la déontologie médicale par le juge civil. Bien qu'il représente pour le juge civil un critère d'appréciation de la faute civile, le recours à la déontologie n'est pas sans incidence sur cette dernière. En effet, la déontologie médicale, règle spécifique élaborée en principe par et pour les professionnels, n'est pas destinée au procès civil. Or, lorsque le juge utilise la déontologie médicale, il prend également le risque d'en faire une interprétation dénaturée du sens initial. Certes, l'opportunité d'une telle interprétation de la règle déontologique doit s'apprécier en fonction du cas dont le juge doit répondre, mais une mauvaise interprétation de la règle déontologique par le juge pourrait à terme vider complètement la déontologie médicale de son sens originel.

Un exemple peut être ici cité, en raison de la différence d'interprétation faite des articles 32 et 33 du code de déontologie médicale entre la cour d'appel et la Cour de cassation. L'affaire portait sur la question de savoir si le recours à un tiers compétent en cas de doute diagnostic revêtait un caractère obligatoire ou facultatif pour le praticien ? En l'espèce, les parents d'un enfant né avec une agénésie de l'avant-bras droit et de la main droite avaient agi en responsabilité du radiologue qui, motivé par un doute des échographies précédentes, s'était contenté de procéder à une échographie de contrôle sans recourir à un tiers compétent. Une première interprétation des articles 32 et 33 du code de déontologie médicale avait conduit la cour d'appel de Lyon à rejeter les demandes d'indemnisation des parents au motif que les articles précités ne revêtaient pas un caractère obligatoire pour le praticien [761]. La Cour de

[760] V. *infra* n° 343 sv.
[761] CA Lyon 6 avril 2006 civ.1., n° 05/01160.

cassation a sèchement cassé l'arrêt de la cour d'appel de Lyon faisant une autre interprétation des articles 32 et 33 du code de déontologie médicale. En effet, la Cour de cassation a considéré, « *qu'en présence d'un doute diagnostique, qu'elle avait ainsi constaté, les articles 32 et 33 du code de déontologie médicale faisaient devoir au praticien de recourir à l'aide de tiers compétents ou de concours appropriés, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés* »[762]. La Cour de cassation considère que le recours à un tiers compétent en cas de doute diagnostique revêt un caractère impératif dont la méconnaissance est susceptible d'engager la responsabilité du praticien. Il s'agit à ce jour de l'interprétation de principe faite tant par les juges judiciaires que le juge disciplinaire.

L'obligation du juge de recourir aux règles déontologiques, lorsqu'elles ont une finalité similaire à celle de la règle du droit commun de la responsabilité civile transgressée, doit se cumuler à celle la faculté du juge de recourir à ces dernières lorsqu'il apprécie l'opportunité.

B. LA FACULTÉ DU JUGE DE RECOURIR AUX RÈGLES DÉONTOLOGIQUES

166. La souveraineté du juge préservée. Le juge est l'acteur principal de la prise en compte judiciaire des règles déontologiques. Il s'agit avant tout d'un rôle actif, c'est-à-dire que le juge a le choix de prendre en compte la règle déontologique. En effet, de son action ou inaction dépendent les effets que l'on peut tirer d'une telle prise en compte. C'est en cela que M. Moret-Bailly qualifie de « facultatif » le recours à la déontologie médicale dans le cadre d'une procédure civile. En effet, l'auteur explique que le recours aux règles déontologiques par le juge dans la qualification d'une faute civile est en principe facultatif. Ce qui signifie que le juge conserve sa liberté d'appréciation et son indépendance devant la sanction disciplinaire.

167. Le rôle actif du juge. Dans le mécanisme jurisprudentiel de prise en compte des règles déontologiques l'action ou l'inaction du juge est primordiale. En effet, le juge apprécie souverainement un comportement considéré comme un manquement déontologique ou pas pour qualifier la faute civile. La situation inverse est tout aussi possible. L'absence de faute disciplinaire n'exclut pas la qualification de ce même comportement comme constitutif d'une

[762] Cass. civ. 1re, 27 novembre 2008, *Bull. civ*. I, n° 273, n° 07-15.963, *D*., 2008, p. 3085 ; *D*., 2009, p. 1304, obs. Penneau J., *RLDC* 2009/57, n° 3296, note Bugnicourt J.-Ph.

faute civile[763]. Dès lors, l'hypothèse d'un recours facultatif aux règles déontologiques dans le cadre d'une procédure civile est celle qui garantit pleinement l'indépendance et l'autonomie du juge judiciaire. Ce dernier est libre d'apprécier l'opportunité d'une telle utilisation de la règle déontologique. Le juge peut librement décider d'utiliser ou d'écarter la règle déontologique, dans les deux cas il s'agit d'une action du juge qui est bien souvent motivée par le but recherché par sa décision.

Toutefois, il y a lieu de préciser que cette faculté peut être remise en question pour certaines règles déontologiques. En effet, la déontologie médicale n'est pas considérée comme une règle juridique, en principe, elle ne peut être prise en compte pour la qualification de la faute civile. Cependant, certaines décisions judiciaires font application des règles déontologiques, les rendant juridique. Néanmoins, en matière de la déontologie médicale, le cas est peu probable eu égard au statut particulier de ces règles. Comme le précise M. Moret-Bailly, il faut distinguer les déontologies « *étatiques* » de celles qui ne le sont pas parce que, « *la prise en compte d'une déontologie par l'État manifeste sa relative importance dans le cadre de ce système. Ainsi, les déontologies consacrées par l'État sont-elles appelées à des développements auxquels ne peuvent prétendre celles qui ne le sont pas* »[764]. Cette utilisation, même facultative, d'une règle déontologique « *étatique* » révèle par conséquent une certaine volonté du juge de « marquer le coup » parce que le cas auquel il était soumis le lui commandait, afin que cette référence à la déontologie médicale s'entende comme signal d'alerte pour les professionnels de santé soumis à la déontologie.

168. Le recours aux règles de déontologie, indice de la volonté du juge. Partant du postulat que le recours à la déontologie médicale n'est qu'une simple faculté pour le juge, dont il apprécie librement l'opportunité, il reste que lorsque qu'il décide d'en faire mention le juge marque une volonté certaine de protection des intérêts du patient. En effet, lorsque le juge recourt à la déontologie médicale pour reconnaitre une faute civile de nature à engager la responsabilité du praticien c'est notamment pour sanctionner une atteinte manifeste à un droit du patient. Tel est souvent le cas de la violation du devoir d'information et de l'obligation de recueillir un consentement libre et éclairé pour lesquels le juge rappelle fréquemment que,

[763] Cass. civ. 1re, 19 janvier 1988, n° 86-12.673. Dans cette affaire la faute contractuelle avait été admise par le juge civil alors même que le CE avait annulé la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre du praticien considérant de ces agissements ne constituaient pas un manquement aux règles professionnelles.
[764] Moret-Bailly J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001, p. 79.

« *toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir et que le non-respect du devoir d'information qui en découle cause à celui auquel elle était légalement due un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation* »[765]. Tels sont également les cas de l'atteinte à l'intégrité physique du patient[766] ou du retard de diagnostic[767].

Une analyse générale et rapide de l'état de la jurisprudence en matière de responsabilité civile médicale révèle **le rôle protecteur du juge** des questions de respect des droits et libertés du patient. Cette sensibilité aux intérêts du patient s'est davantage affirmée grâce au législateur et à la doctrine, tous deux ne cessant d'œuvrer, pour l'un, à la reconnaissance d'un véritable statut du patient ainsi que pour le respect de ses droits, l'autre qui nourrit par ses critiques autant positives que négatives la réflexion de la jurisprudence en responsabilité civile médicale. Tel n'est en revanche pas forcément le cas du juge disciplinaire qui, en dépit de ses efforts tendant à la protection des intérêts du patient, reste toutefois partagé entre ces derniers et ceux du groupe professionnel. Ce rôle protecteur du juge judiciaire ne va-t-il pas au-delà de la protection du seul patient pris individuellement ? En effet, dans la mesure où le juge œuvre pour la protection du patient, il protège également les patients, de sorte qu'une jurisprudence peut être consacrée par le législateur et s'appliquer de la même manière à tous les justiciables. Les règles déontologiques qui protègent les intérêts du patient sont des règles susceptibles d'être appréhendées plus généralement et se mêler à la grande « famille » des règles d'ordre public et de santé.

En tout état de cause, le juge joue un rôle primordial et significatif dans l'orientation juridique, voire politique, de la protection des droits du patient. Il évalue au gré des situations la nécessité de recourir à la déontologie médicale non pas uniquement comme un symbole mais

---

[765] Cass. civ. 1re, 26 janvier 2012 n° 10-26.705, la haute juridiction casse l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse pour méconnaissance des articles 1147 C. civ. ancien 35 du CDM.

[766] Cass. civ 1re, 25 novembre 2017 n° 09-68.631 au visa des articles 1147 C. civ. ancien et 70 du CDM « *Attendu qu'en se fondant sur la circonstances que M. Y…, médecin généraliste, n'avait pas la qualité de médecin urgentiste pour l'exonérer de sa responsabilité quant il est fait déontologiquement obligation à tout praticien de s'abstenir, sauf circonstances exceptionnelles, d'entreprendre ou de poursuivre des soins, ou de formuler des prescription dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose, la cour d'appel a violé les textes susvisés* », v. également Cass. civ. 1re 27 novembre 2008 n° 07-15.963, *D.*, 2008, p. 3085 ; *D.*, 2009, p. 1304, obs. Penneau J., *RLDC* 2009/57, n° 3296, note Bugnicourt J.-Ph. au visa des articles 32 et 33 du CDM.

[767] Cass. civ. 1re, 29 novembre 2005 n° 04-13.805 au visa des articles 1147 du C. civ. et 60 du CDM.

pour véritablement rappeler aux praticiens leurs devoirs essentiels inhérents à l'exercice de leur art. Ce rôle s'étend également en dehors de la sphère protectrice du patient puisqu'il apprécie également le champ de la déontologie médicale. En effet, dans une affaire, le juge a décidé que les personnes morales, même lorsqu'elles travaillent en étroite collaboration avec des praticiens de santé, ne sont pas soumises au respect du code de déontologie médicale[768].
Toujours est-il qu'en l'état actuel du droit, la question du recours aux règles déontologiques s'analyse à travers la position de principe de l'autonomie et de l'indépendance du juge dans l'exercice de ses missions.

Depuis l'arrêt Mercier[769], la faute médicale est appréciée conformément aux données acquises de la science. Or, le juge profane n'étant pas compétent pour apprécier ces données, le recours à une expertise médicale est nécessaire. L'interprétation faite par le juge des règles déontologiques qu'elle soit restrictive ou extensive, ne doit pas avoir pour effet de dénaturer le sens et l'esprit même du texte.

II. LE RÔLE DE L'EXPERTISE MÉDICALE DANS LA DÉCISION DU JUGE JUDICIAIRE

169. L'importance de l'expertise médicale. Comme vu précédemment, le juge judiciaire joue un rôle principal dans la prise en compte de la règle déontologique et l'accroissement de son caractère juridique. En pratique, ce dernier se laisse influencer par une déontologie sanctionnatrice qui peut se montrer plus adaptée. En outre, le juge est un profane à l'art médical dont il ne maîtrise ni les exigences techniques ni les règles professionnelles. Cette ignorance l'oblige souvent à recourir à des expertises médicales (A) qui ne sont pas sans effets sur sa décision (B).

[768] Cass. civ. 1re, 26 avril 2017 n° 16-14.036 et n° 16-15.278, la haute juridiction a décidé que « (…) *ces dispositions ne régissent que ces professionnels (les chirurgiens-dentistes) et ne peuvent être opposées aux personnes morales qui les emploient* (…) ».
[769] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.

A. L'ASSUJETTISSEMENT DE L'EXPERT AU RESPECT DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

170. Précisions. Avant d'aborder la question de l'assujettissement de l'expert judiciaire, il convient d'abord de rappeler le régime juridique de l'expertise judiciaire.

171. Le régime juridique de l'expertise médicale judiciaire. L'expertise judiciaire est une pratique ancienne qui a pour finalité de pallier l'ignorance du juge dans une question qui échappe totalement à ses compétences. Rappelons que l'organisation judiciaire française comprend deux composantes, à savoir le civil et le pénal. Seule sera ici exposée l'expertise judiciaire en matière civile, celle du pénal s'organisant sensiblement différemment, puisque ne poursuivant pas une finalité indemnitaire.

L'expertise médicale est une pratique encadrée[770] qui demande un certain nombre de compétences. Elle se situe à la frontière entre le droit et l'art médical. Il s'agit d'une mesure d'instruction permettant de répondre à certains faits, notamment déterminer la ou les responsabilités respectives ou évaluer le dommage subi. Aux termes de l'article 143 du code de procédure civile : « *Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* ». En dépit de sa nécessité, l'expertise médicale reste une faculté laissée au juge dont il apprécie l'opportunité. En effet, l'article 263 du même code précise que, « *l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge* ». L'article 2 du décret du 23 décembre 2004[771] prévoit huit conditions que doivent remplir les praticiens désireux d'exercer en qualité d'experts judiciaires. Aux termes de cet article, les praticiens doivent d'être de bonne moralité ; ne doivent pas avoir fait l'objet de sanctions disciplinaire ou administrative ; ne doivent pas être frappés de faillite personnelle ; doivent avoir exercé leur activité pendant un certain temps leur conférant un niveau de qualification suffisant ; ne doivent pas exercer une activité incompatible avec leurs futures missions ; doivent être âgés de moins de soixante-dix ans et exercer leur activité dans le ressort de la cour d'appel dans laquelle ils sollicitent leur inscription. Le praticien candidat au titre d'expert judiciaire doit adresser sa demande initiale au Procureur de la République près le tribunal de grande instance

[770] L'expertise judiciaire en matière civile est réglementée par les articles 143 à 178 et 232 à 284 du code de procédure civile.
[771] Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

dans le ressort duquel il exerce son activité professionnelle ou de celui de sa résidence principale.

Les demandes d'inscription sont examinées en tenant compte des « *qualifications et de l'expérience professionnelle des candidats* » et de « *l'intérêt qu'ils manifestent pour la collaboration avec le service public de la justice* »[772]. Si la candidature est acceptée, le praticien prête serment, il est ensuite inscrit pour une durée de trois ans au cours de laquelle il doit suivre une formation continue en matière médico-légale afin de faire valoir sa réinscription pour cinq ans. Dans le cadre de sa mission, l'expert doit être compétent dans son domaine. Il peut toutefois faire appel à un confrère spécialiste pour avis, il doit parfaitement maîtriser les règles de l'évaluation médico-légale et les règles d'imputabilité du dommage. Il doit s'organiser afin d'accueillir la victime dans de bonnes conditions.

L'expert est missionné par le juge qui ordonne la mesure d'instruction. L'étendue de ses missions est fixée souverainement par le juge[773]. L'expert doit répondre précisément, de manière argumentée, aux questions qui lui ont été posées et qui fondent la mesure d'instruction afin de pouvoir éclairer le juge dans sa décision.

172. L'expert, un praticien également soumis au respect de la déontologie médicale[774]. Nul doute que pour répondre à une question de technique médicale le juge fasse appel à un praticien spécialiste de cette question. En effet, le médecin est « *un scientifique spécialiste du corps humain dont le savoir sert la recherche de la vérité, mais il est aussi un professionnel de l'action sur le corps, dont le métier est soumis aux règles du droit* »[775].

L'expert judiciaire est avant tout un praticien, un spécialiste dont l'activité principale est soumise au strict respect du code de déontologie médicale. Dans la majorité des cas, l'activité d'expertise judiciaire est secondaire. L'expert judiciaire doit pouvoir concilier respect de l'éthique judiciaire et du code de déontologie médicale. Un accent particulier est mis sur le secret professionnel, l'indépendance et l'impartialité afin de garantir aux justiciables le respect des règles du procès équitable.

Le secret professionnel est strictement encadré dans le cadre d'une mission d'expertise. En effet, l'expert prend connaissance de l'ensemble des éléments lui permettant de mener à bien sa mission. Dans ce cas, l'expert ne peut faire état que des seuls éléments qui lui ont permis de

---

[772] Art. 4-1 du décret du 23 décembre 2004 *op. cit.*

[773] Cass. civ. 1re, 26 novembre 1980, n° 79-13.870, *Bull.*, I, n° 308 ; Cass. civ. 2e, 16 décembre 2004, n° 02-15.519, *Bull.*, II, n° 529, p.452.

[774] Truchet D., « Déontologie des experts en santé, perspectives critiques », *RDSS*, 2018, p. 77.

[775] Py B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, th. Nancy 2, 1993, p. 11.

répondre aux questions posées par la mesure d'instruction. Dans ses conclusions, l'expert ne doit pas mentionner des éléments dont il a eu connaissance au cours de sa mission qui sont sans lien avec le dommage qu'il évalue.

Par ailleurs, le code de déontologie médicale prévoit expressément quatre articles encadrant l'exercice de la médecine d'expertise[776] qui rappellent les règles de compatibilité, d'indépendance[777], d'impartialité et de secret professionnel indispensables à l'exercice de cette activité.

Eu égard à son rôle dans la décision du juge, l'expert judiciaire médical doit être rigoureux et respectueux de ses obligations essentiellement d'ordre déontologique. Il est tenu de procéder personnellement à ses missions d'expertise. Le non-respect de cette condition entrainant la nullité du rapport d'expertise sans qu'il soit besoin de rapporter la preuve du grief causé par cette irrégularité[778].

Lorsque le juge judiciaire ordonne une expertise c'est qu'il fait face à une incompétence d'appréciation des faits ou de leur éventuel lien avec le dommage. Seules les conclusions de l'expertise lui permettent de se prononcer et de dire si le praticien mis en cause est responsable ou pas. Dès lors, ces conclusions sont sans aucun doute déterminantes pour l'issue du litige. Même si l'expert ne décide pas, il est considéré comme un « *éclaireur* » de la décision puis qu'il permettra au juge, grâce aux informations fournies, de prendre une décision[779].

B. L'IMPACT DIRECT DU RAPPORT D'EXPERTISE SUR LA DÉCISION JUDICIAIRE

173. Le principe de l'indépendance du juge face aux conclusions de l'expert judiciaire. En matière de responsabilité civile médicale, la décision judiciaire peut être motivée par les conclusion expertales. En effet, il est admis que le « *juge s'appuie le plus souvent sur une expertise médicale dont l'objet est de décrire médicalement chacun des préjudices subis par la victime* »[780]. Pour autant, le juge judiciaire reste entièrement indépendant de les prendre en compte ou pas. Aux termes de l'article 246 du code de procédure civile, « *le juge n'est pas*

[776] Art. 105 à 108 CDM.
[777] Morlet-Haïdara L., « L'indépendance de l'expert judiciaire en question », *D.*, 2008, p. 2635.
[778] Cass. civ. 2e, 27 avril 2000 n° 98-13.361, *Bull*. 2000, II, n° 68 p. 47.
[779] Truchet D., « Déontologie des experts en santé, perspectives critiques », *RDSS*, 2018, p. 77.
[780] V. Vignon-Barrault A., « Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 et indemnisation du dommage corporel », *RDSS*, 2019, p. 1033.

lié par les constatations ou les conclusions du technicien »[781]. Il s'agit d'un simple avis dont le juge apprécie souverainement l'objectivité[782], la valeur et la portée[783]. Or, il n'est pas maladroit de reconnaître que la compétence d'un juge en matière d'appréciation de la technique médicale est fortement limitée, le praticien étant seul qualifié pour apprécier des questions relevant de son art[784]. Alors, certes le droit se soucie de la vérité scientifique mais cette vérité lui est inaccessible sans l'avis d'un expert. Il est possible de considérer qu'« *un médiateur ou, si l'on préfère, un interprète, traduira au juge ce qu'il doit apprendre des données médicales du procès* »[785].

Le juge n'est pas tenu de respecter les conclusions de l'expert. Ce principe rappelle qu'« *en théorie c'est bien l'expert qui est sous la dépendance du juge* »[786]. Toutefois, la pratique enseigne, que l'indépendance du juge face aux conclusions du rapport d'expertise reste souvent à l'état de simple principe. En effet, cette règle n'a d'intérêt pour le juge que de pouvoir décider contrairement aux conclusions de l'expert. Ce principe a davantage pour objet d'éviter l'immixtion de l'expert dans la sphère de compétence du juge[787]. Le principe laisse au juge la souveraineté d'apprécier l'utilité de l'expertise et la recevabilité des conclusions. Il faut bien avoir conscience qu'« *en fait, c'est presque toujours l'avis de l'expert qui dicte le jugement.* [En effet] *comment le juge écarterait-il les conclusions d'un rapport qui, tant par la nature des constatations que par la compétence spéciale de celui qui les a faites, échappe à son examen et même à son contrôle* ? »[788] La réponse est évidemment ambigüe car si le juge ordonne une expertise c'est bien parce qu'il se reconnait incompétent pour connaître des questions techniques du litige auquel il doit répondre. Il faut toutefois reconnaître que, l'incidence du rapport d'expertise sur la décision du juge dépend largement du domaine dans lequel l'expertise a été ordonnée. Une expertise qui vise à apprécier des faits, se distingue alors de celle, plus technique, qui a pour but de déterminer la causalité d'un dommage et son imputabilité.

---

[781] La Cour de cassation a mainte fois rappelé ce principe Cass. civ. 3e 15 décembre 2016 n° 15-23.914, cassation de l'arrêt de la CA de Paris qui retient que « *M. et Mme Y ne peuvent pas valablement soutenir qu'il y aurait lieu de condamner solidairement le syndicat et M. et Mme X. à réaliser les travaux dans l'appartement de ces derniers, alors que l'expert indique que la charge de ces travaux devra uniquement être supportée par M. et Mme X* ».
[782] Cass. civ. 3e, 20 juin 1979 n° 77-15.348, *Bull.*, III, n° 139.
[783] Cass. civ. 1re, 7 décembre 1999 n° 97-19.262, *Bull.*, I, n° 337.
[784] Cass. crim., 24 octobre 1973 n° 72-93.598.
[785] Mémeteau G., « Le juge ignorant la médecine ? », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 039, p.12.
[786] Cazeau N., « La place de l'expertise dans la solution du litige », *Revue juridique de l'Ouest*, 1988, p. 53.
[787] Art. 238 CPC le technicien ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique.
[788] Garraud, I, n° 347 *in* Guery C., chapitre 524, *Dépôt du rapport et sa communication aux parties*, Dalloz, *Action Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, 2015.

174. Un principe largement relativisé. Lorsque se pose la question de savoir si le geste médical a été conforme aux données acquises de la science[789], une question qui se trouve en dehors du droit, le juge, pour y répondre, n'a pas d'autre choix que de se faire aider par un technicien[790]. En effet, la conformité aux données acquises de la science ne peut se faire que par une expertise, qui n'a pas pour but de dire le droit. Les juges apprécient à la « *lumière* » des dispositions légales et des rapports d'expertise, la responsabilité des praticiens mis en cause[791]. En matière d'expertise médicale, rares sont les cas où le juge ne tient pas compte des conclusions du rapport d'expertise pour fonder sa décision. Ceci peut être justifié par la difficulté particulière de distinguer une erreur humaine d'une faute répréhensible. La délimitation entre faute technique et erreur fait nécessairement appel à une collaboration entre deux acteurs principaux. L'expert doit apprécier l'acte médical conformément aux règles de l'art, de déterminer si ces dernières ont été respectées ou pas. Tandis que le juge dit le droit en se fondant légitimement sur les constatations de l'expert.

Les conclusions du rapport fondent souvent la décision judiciaire, ce qui caractérise un certain pouvoir judiciaire inavoué aux experts. Ce rapport représente pour les juges un « *réservoir d'idées* »[792], à l'intérieur duquel ils piochent librement les éléments de construction de leurs décisions. À ce propos, l'idée selon laquelle « *la réponse de l'expert prime sur les autres éléments de preuve, [par conséquent], lie le juge* »[793] est partagée. Il s'agit d'une évidence particulière dont il est en principe inutile de douter. Les juges sont des ignorants techniques appelés à statuer sur la responsabilité civile médicale[794]. Il est possible de considérer que, techniquement, les conclusions de l'expert s'imposent au juge dans certains domaines, de sorte que la « *portée de la parole expertale est telle que se dessine pour le magistrat un rôle mineur : celui qui consiste à décider des conséquences juridiques provoquées par les résultats scientifiques énoncés au cours de l'expertise* »[795]. Ces domaines sont essentiellement ceux de la science exacte, plus exactement de la science dont le résultat ne souffre d'aucune

[789] L'Assemblée nationale préférant l'expression de « connaissances médicales avérées » qu'elle juge plus adaptée à la médecine contemporaine.
[790] Mémeteau G., « Le juge ignorant la médecine ? », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 039, p. 12.
[791] C'est « *à la lumière de ces dispositions légales et en s'appuyant sur le rapport d'expertise (...) qu'il convient d'examiner la responsabilité du docteur X…* », CA de Bordeaux 11 mars 2015 n° 13/04650.
[792] Dumoulin L., « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *in Droit et société*, 2000 n° 44-45, Justice et Politique (III), Les magistratures sociales, p. 207.
[793] Mémeteau G., « Le juge ignorant la médecine ? », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 039, p.12.
[794] Savatier R., « La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) », *Revue internationales de droit comparé*, 1976, p. 499.
[795] Dumoulin L., « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *in Droit et société*, 2000 n° 44-45, Justice et Politique (III), Les magistratures sociales, p. 213.

contestation, en matière d'expertise médicale il s'agit des données acquises de la science. En contrepartie de cette « faiblesse technique » du juge, c'est à lui que revient la charge de désigner l'expert, de fixer le délai imparti pour la réalisation de l'expertise et de circonscrire les missions de l'expert étant donné que ce dernier ne peut répondre qu'aux questions qui lui ont été expressément posées.

175. Illustrations. À titre d'illustration, deux situations dans lesquelles le rapport d'expertise fonde le raisonnement judiciaire peuvent être présentées. La première, sans doute la plus logique, est celle dont le rapport d'expertise a permis au juge d'établir la faute, ou le lien de causalité entre la faute et le dommage du praticien et engager sa responsabilité. Dans ce cas, les conclusions du rapport d'expertise sont le fondement de la décision du juge[796]. C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt de la cour d'appel de Versailles, les juge ayant reconnu la faute entrainant la responsabilité des praticiens mis en cause à la suite d'une erreur d'interprétation de la radio thoracique[797]. Dans un arrêt du 14 janvier 2010[798], la Cour de cassation a décidé que le lien de causalité peut être mis en évidence par une expertise médicale afin d'engager la responsabilité du praticien. La particularité de cette affaire révèle que le juge peut fonder sa décision sur un rapport d'expertise qui n'a pas été ordonné dans le strict respect du code de procédure civile[799]. En l'espèce, le rapport d'expertise qui avait fondé la décision des juges du fond, était contesté parce qu'il avait été ordonné par la CRCI[800] du Languedoc-Roussillon et non par le juge des référés. Le rapport a toutefois été retenu par les juges du fond dès lors que l'expertise s'était déroulée « *contradictoirement en présence des parties qui étaient assistées, lors des réunions, tant de leurs avocats respectifs que d'un médecin-conseil chacune* ». Le rapport d'expertise ordonné dans le cadre d'une procédure amiable peut valablement être retenu par le juge judiciaire dès lors que l'expertise a été réalisée dans le respect du principe du contradictoire[801].

---

[796] V. Cass. civ.1re, 20 septembre 2017 n° 16-21.367, arrêt attaqué CA d'Aix-en-Provence 26 mai 2016 ; Cass. civ. 1re 30 novembre 2016 n° 15-27.424, arrêt attaqué CA Versailles 24 septembre 2015.

[797] CA Versailles 13 janvier 2006 n° 03/04349 « *Il ressort des deux rapports d'expertise et des pièces médicales produites aux débats, que le Docteur H et le Docteur J ont commis une erreur fautive dans l'interprétation de la radio thoracique du 13 janvier 1996 et que ce retard de diagnostic de la tumeur thymique chez M. B. est à l'origine d'une perte de chance d'éviter une atteinte au nerf phrénique* ».

[798] Cass. civ. 2e, 14 janvier 2010 n° 09-10.521, cassation partielle.

[799] Art. 145 CPC « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

[800] Commission Régionale de Conciliation et d'indemnisation.

[801] Dans un arrêt récent, la responsabilité d'un praticien a été rejetée, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, soutenue par la Cour de cassation, s'était fondée sur les conclusions expertales d'une expertise ordonnée devant la CCI, Cass. civ. 1re, 1er juillet 2020 n° 19-17.173, inédit.

Cependant, sur la question de la prise en compte d'une expertise ordonnée dans le cadre d'une procédure devant la CRCI, la jurisprudence est divergente. En effet, la finalité des « deux » types d'expertise reste le point principal des divergences des cours d'appel. Les unes considèrent qu'eu égard au caractère amiable de la procédure devant la CRCI, l'expertise qui y est diligentée « *n'est pas une expertise judiciaire* »[802], sans incidence sur la décision du juge judiciaire, de sorte que la demande d'expertise devant le juge judiciaire ne constitue pas une demande de contre-expertise[803]. Les autres, au contraire, considèrent l'expertise, ordonnée dans le cadre d'une procédure amiable, comme une source d'information même lorsqu'une expertise judiciaire a été ordonnée pour les mêmes faits et qu'elle a conclu différemment que la première. La cour d'appel de Limoges a décidé que, « *rien n'oblige le juge à retenir les conclusions d'un rapport d'expertise, serait-il judiciaire* ». La cour considère qu'un « *rapport d'expertise même ordonnée par une juridiction constitue […] seulement pour le juge un élément parmi ceux qui sont soumis à son appréciation ; qu'il s'ensuit que le rapport de l'expert missionné par la CRCI, constitue un élément d'information tout aussi probant que celui des experts judiciaires* »[804]. Une telle divergence entre cours d'appel est déplorable car elle est de nature à hiérarchiser les expertises et remettre en cause la qualité des experts désignés. L'expertise judiciaire ne devrait pas prévaloir sur l'expertise amiable au seul motif de leurs finalités différentes. Rappelons que l'activité d'expertise amiable répond à des conditions strictement définies et encadrées[805], les experts missionnés sont régulièrement inscrits sur la liste nationale d'experts en accidents médicaux[806] choisis[807] parmi celle des experts judiciaires. Une mauvaise considération de l'expertise amiable adoptée par certaines cours d'appel ne se justifie pas, pis encore, elle est contraire à l'objet principal d'une telle mission qui est d'« épauler » le juge dans la lourde tâche d'appréciation de la responsabilité civile médicale.

La seconde situation est au contraire celle dont le rapport d'expertise a permis d'écarter la responsabilité du praticien. Cela a été le cas en 2015 lorsque la cour d'appel de Bordeaux a décidé, à la lumière des dispositions légales et du rapport d'expertise, qu'il n'était pas possible d'engager la responsabilité du praticien « *à défaut de la démonstration à son encontre de l'existence d'une faute en lien direct certain et exclusif avec le dommage subi par Monsieur*

[802] CA Douai 31 octobre 2007 n° 07/02999.
[803] CA Versailles 9 avril 2008 n° 07/05398.
[804] CA Limoges 27 mars 2014 n° 12/01265.
[805] Articles L. 1142-10 et R. 1142-300-1 CSP.
[806] La liste est dressée par la Commission Nationale des Accidents médicaux (CNAMed).
[807] Les experts ne figurant pas sur la liste des experts judiciaires ont un délai de quatre ans pour y être régulièrement inscrits.

Y... »[808]. Dans une décision récente, la Cour de cassation a approuvé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait décidé que la preuve du lien de causalité entre la faute reprochée et le dommage n'était pas établi en se fondant sur les « *constatations de l'expert ayant examiné le compte-rendu d'hospitalisation et ses préconisations* »[809]. La particularité de cette affaire tenait au fait que la faute reprochée par les ayants droit de la victime décédée était une faute disciplinaire qui avait été sanctionnée dans le cadre d'une procédure disciplinaire. En effet, le praticien avait été blâmé pour son comportement non-conforme aux dispositions des articles 32 et 33 du code de déontologie médicale. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, avait décidé que le lien de causalité n'était pas établi, l'indemnisation était en conséquence impossible. Les juridictions de fond apprécient scrupuleusement au regard des textes la responsabilité des praticiens mise en cause. Lorsque la faute ou le lien de causalité sont insuffisamment caractérisés, l'expertise permet aux juges de se prononcer de manière éclairée sur des questions dont ils n'ont pas la maîtrise[810].

Par ailleurs, la Cour de cassation exerce un contrôle des motivations des arrêts des juges du fond, elle approuve les décisions des cours d'appel qui ne dénaturent pas les conclusions de l'expertise[811]. Elle n'hésite pas le cas échéant à casser une décision excluant la responsabilité du praticien au motif que ce dernier n'était pas un médecin urgentiste spécialiste en traumatologie selon les conclusions de l'expert[812]. En outre, le rapport d'expertise peut également révéler la faute du patient dans l'aggravation de son propre dommage et réduire la responsabilité du praticien[813].

Lorsqu'elle est ordonnée, l'expertise constitue pour le juge une source inépuisable d'éléments d'appréciation, de qualification fautive et d'imputabilité de la responsabilité. À ce titre, il est de jurisprudence constante que le juge puisse toutefois fonder sa décision sur des éléments techniques contenus dans un rapport d'expertise annulé[814].

---

[808] CA Bordeaux 11 mars 2015 n° 13/04650. Dans cette affaire, seule la responsabilité sans faute de la clinique avait été retenues.
[809] Cass. civ. 1re, 1er juillet 2020 n° 19-17.173, inédit.
[810] Exclusion de la responsabilité d'un praticien à la lumière du rapport d'expertise : CA Paris 24 novembre 2016 n° 15/10862 ; CA Bordeaux 18 mars 2015 n° 13/05910 ; CA Nouméa 18 mars 2013 n° 11/00172.
[811] Cass. civ. 1re, 16 novembre 2016 n° 15-24.715 ; Cass. civ. 1re, 7 juillet 1998 n° 96-17.733, Cass. civ. 1re, 1er juillet 2020 n° 19-17.173, inédit.
[812] Cass. civ. 1re, 25 novembre 2010 n° 09-68.631.
[813] Cass. civ. 1re, 8 novembre 2017 n° 15-19.716, cassation partielle.
[814] Cass. civ. 2e, 31 janvier 1985, *D.*, 1986, IR 225.

176. Nuances. Cependant, il arrive que le rapport d'expertise ne permette pas d'établir avec certitude le non-respect des données acquises de la science, de sorte qu'un doute subsiste. Dans ce cas, le juge apprécie souverainement les conclusions du rapport pour décider d'engager ou d'écarter la responsabilité du praticien. En cas de doute, il revient à la Cour de cassation d'exercer un contrôle sur l'interprétation des conclusions de l'expertise faite par les juges du fond. En effet, la haute juridiction sanctionne la dénaturation des conclusions de l'expertise sur le fondement de l'article 1134 ancien du code civil. A été cassé, pour dénaturation des conclusions du rapport d'expertise, un arrêt de la cour d'appel de Douai qui a débouté le requérant au motif que, « *les termes prudents employés par l'expert ne peuvent être interprétés comme une affirmation de ce que cette opération devait être écartée* ». Dans cette affaire, à la question de savoir si l'opération de Longo subie par le patient était indiquée, la haute juridiction a décidé qu'« *en statuant ainsi, alors que l'expert avait clairement conclu que l'intervention n'était pas indiquée en raison de lésion imputable à une intervention antérieurement subie par M. X... et n'avait fait qu'aggraver les lésions et la symptomatologie* »[815]. Le message est clair, les juges du fond ne doivent pas dénaturer les conclusions de l'expertise, ne pas leur faire dire ce qu'elles n'ont pas dit. Les conclusions expertales doivent être interprétées sans dénaturation.

Finalement dans la solution du litige[816] l'apport de l'expertise n'est pas négligeable. L'expert est une sorte de « *sous-traitant du magistrat* » qui prend en charge la réalisation d'une mission pour laquelle il suit un cahier des charges scrupuleusement défini par leur commanditaire[817]. En matière de responsabilité civile médicale, l'expertise prend une proportion fondamentale en raison de l'ésotérisme de la médecine à propos de laquelle Max Simon disait qu'elle « *n'est plus une science qui cache au fond du sanctuaire les notions vagues, sur lesquelles elle s'appuie, pour exploiter à son profit la superstition des hommes* »[818]. Les juges ont doublé de vigilance, n'hésitant pas à ordonner des expertises et contre-expertises afin de révéler aux yeux du droit et de tous les abîmes de la médecine.

177. Conclusion du chapitre. Finalement, le juge s'avère être un acteur indispensable dans la prise en compte des règles déontologiques. De son approche et de son

---

[815] Cass. civ. 1re, 9 juillet 2015 n° 14-18.970. Sur la dénaturation du rapport d'expertise Cass. civ. 1re, 21 novembre 1995 n° 93-21.275.

[816] Cazeau N., « La place de l'expertise dans la solution du litige », *Revue juridique de l'Ouest*, 1988, pp. 51-67.

[817] Dumoulin L., « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *in Droit et société*, 2000 n° 44-45, Justice et Politique (III), Les magistratures sociales, p. 206.

[818] Simon M., *Déontologie médicale, ou des devoirs et droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, éd. Baillières, 1845, p. 274.

interprétation de la règle déontologique en rapport avec l'affaire sur laquelle il statue, dépend l'influence assumée ou non de ces règles sur le procès civil. Le caractère juridique de la règle déontologique s'étant d'abord révélé sur le plan disciplinaire, son intégration dans le raisonnement juridique ne devrait plus surprendre. Ensuite, son pouvoir juridique s'accroit au fil des siècles grâce à l'intervention du juge à travers la jurisprudence. Son évolution certaine vers un plus grand pouvoir juridique s'avère de plus en plus inévitable. Il semble dès lors plus raisonnable de penser un ordre juridique différent et nouveau qui n'exclut plus systématiquement l'influence déontologique sur le droit commun de la responsabilité civile mais qui collabore avec elle afin de favoriser une bonne administration de la justice.

Toutefois, il convient de veiller à l'indépendance et l'autonomie du juge judiciaire devant l'importance grandissante de l'expertise judiciaire. Il serait en effet regrettable qu'en tant qu'acteur principal de la prise en compte de la déontologie médicale, son rôle soit limité et entravé par la vérité expertale dont le juge est en principe profane. Cette expertise ne doit pas constituer pour le juge une forme de dépendance très certainement nuisible pour les justiciables. Les données acquises de la science ne sont malheureusement pas celles du droit, ce dernier ne pouvant pas toujours être dit sans se prononcer sur les premières. Devant cette impasse, il est nécessaire de rappeler que le juge et l'expert sont deux professionnels exerçant leurs missions dans le respect de leurs déontologies respectives.

CHAPITRE 2. LES LIMITES AUX RAPPROCHEMENTS DE LA DÉONTOLOGIE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE

178. Les rapprochements limités. Toutes les formes de rapprochement entre la déontologie médicale et le droit commun de la responsabilité civile sont actuellement considérés comme des opportunités laissées à la libre appréciation du juge judiciaire[819]. Lorsque ces rapprochements ont pris un rapport d'automaticité instauré par la chambre commerciale de la Cour de cassation[820], ils ont été largement remis en cause, en raison de l'atteinte à la distinction des fautes civile et déontologique, suscitant un revirement jurisprudentiel[821]. Cette situation met en évidence un double constat. D'abord, parce que la déontologie médicale elle-même n'est pas une règle qui a vocation à régir les rapports et litiges entre le médecin et son patient ; ensuite, parce que les règles du droit commun de la responsabilité civile ne régissent pas non plus les rapports des professionnels de santé entre eux. Il y a une incompatibilité fondamentale entre ces deux types de règles qui favorise leur distinction. Entre responsabilité judiciaire et responsabilité disciplinaire, le maître-mot demeure celui de l'indépendance aussi bien des juges que des actions. C'est fondamentalement que les rapprochements entre elles sont limités aussi bien par la déontologie médicale (**section 1**) que par la responsabilité civile (**section 2**).

SECTION 1. LE RAPPROCHEMENT LIMITÉ PAR LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

179. Limitations déontologiques. Les rapprochements entre la déontologie médicale et le droit commun de la responsabilité civile peuvent être limités par le statut non juridique de l'ensemble des règles professionnelles. Selon M. Pluen, cette situation a pour conséquence de réduire l'autonomie de la déontologie et de l'« *enfermer dans une grille de lecture parfois*

[819] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997 n° 95-12.576, *JCP G* 1997, II, 22829, rapp. Sargos P. « *Mais attendu que la méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages-intérêts dirigée contre un médecin, et qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle* ».

[820] V. Cass. civ. 1re, 18 mars 1997 n° 95-12.576, *JCP G* 1997, II, 22829, rapp. Sargos P.

[821] Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356 ; *JurisData* n° 2013-018905 ; Contrats, conc. Consom. 2013, comm. 237, Malaurie-Vignal M. ; Chevrier E., « Toute infraction aux règles déontologiques n'est pas déloyale per se », note sous Cass. com. 10 septembre 2013.

inadaptée » en même temps qu'elle *« présente aussi l'avantage d'en accroître justement le caractère contraignant* »[822]. Pourtant, en ayant recours aux règles déontologiques, le juge accroit théoriquement leur caractère juridique, il les intègre par la même occasion dans le droit positif. Dans la mesure où le caractère juridique de la règle déontologique continu d'être constamment remis en cause, aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence, les rapprochements entre ces deux règles ne sembleront jamais évidents. Pour certains juristes, la déontologie n'est pas considérée comme du droit car elle n'emprunte pas les voies classiques lui permettant d'être considérée comme une règle juridique. La déontologie médicale aux origines corporatistes, par conséquent privées, ne poursuit pas les mêmes finalités que le droit commun de la responsabilité civile, elle demeure une règle professionnelle à vocation disciplinaire (I) même s'il convient de relativiser cette position (II).

I. LA DÉONTOLOGIE LIMITÉE À LA SPHÈRE DISCIPLINAIRE

180. La déontologie médicale cantonnée. L'avenir de la déontologie médicale se limite-t-il au droit disciplinaire ? Telle est l'interrogation de départ. En effet, si la déontologie a acquis par et grâce au droit un caractère juridique, ce dernier a-t-il vocation à ne servir que le seul procès disciplinaire ? Dès le départ, l'existence d'un droit disciplinaire a su s'imposer aux professionnels médecins qui y voyaient une forme de justice « juste » rendue par leurs pairs. Cette position historique entachée d'une vision corporatiste étrangère à celle du droit irrigue incontestablement l'idée d'une déontologie cantonnée à sa sphère disciplinaire (A), une position qu'il y a lieu de relativiser car elle ne correspond plus exactement aux ambitions de la déontologie médicale, encore moins au droit positif (B).

A. L'EFFECTIVITÉ DE LA LIMITATION

181. Les souvenirs du corporatisme. La déontologie médicale, même lorsqu'elle revêt un caractère juridique, continue de subir les critiques liées au corporatisme et syndicalisme de son origine. Elle a prospéré de façon considérable dans la sphère de la morale professionnelle « *au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, avec le développement des ordres*

[822] Pluen O., « Déontologie et éthique : des règles non juridiques ? », *op. cit*., p. 255.

professionnels »[823]. René Savatier écrivait, « *bien qu'il soit reconnu par les institutions françaises comme un droit positif, il est à remarquer que le droit déontologique est clos et restreint à la profession. Si celle-ci est admise à codifier les devoirs de ses membres, c'est, pourrait-on dire, à l'usage interne* »[824]. Aujourd'hui, l'utilité de la déontologie s'est fait ressentir dans presque tous les domaines, pour peu que ces derniers aspirent à une fonction régulatrice des comportements sociaux. Pour certains auteurs, la France serait en train de vivre son « *moment déontologique* »[825]. Néanmoins, le principe d'une autorégulation, pourtant considéré comme un « *pilier fondateur de la profession* »[826] est souvent critiqué et remis en cause. Ces critiques qui sont parfaitement assumées réduisent la déontologie au rang de « sous règles » dont la finalité est cantonnée à la sanction disciplinaire. Certaines procédures, notamment le système de filtrage des plaintes dirigées contre un médecin, peuvent conforter les critiques corporatistes à l'égard du CNOM. Par ailleurs, le rejet d'une assimilation entre faute civile et faute disciplinaire, par la doctrine et la jurisprudence, est également de nature à cantonner la déontologie médicale à la seule sphère disciplinaire.

182. Le filtrage des poursuites disciplinaires par le conseil départemental. Toutes les plaintes dirigées contre un médecin n'aboutissent pas à une sanction disciplinaire, encore moins à l'ouverture d'une procédure disciplinaire[827]. En effet, avant la phase contentieuse il existe une phase obligatoire, dite de conciliation, visant à régler le litige à l'amiable qui, lorsqu'elle aboutit, suffit à mettre un terme au litige. Au contraire, lorsque la conciliation n'aboutit pas, la plainte est transmise à la chambre disciplinaire de première instance qui en apprécie la recevabilité. Si la plainte est jugée irrecevable, elle est rejetée, il n'y a pas d'instruction du litige. Cette situation est évidemment contraire à l'idée que chacun peut se faire de l'état du droit, notamment des droits du patient qui ont été renforcés par la loi Kouchner[828]. De plus, le patient ne saisit pas directement la chambre disciplinaire de première instance, il

[823] Pluen O., « Déontologie et éthique : des règles non juridiques ? », *in* Zaradny A. Wolff N. et Fleury Graff T., (dir) « La fin du droit ? » Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013, éd. Mare & martin, 2015, coll. Droit public, p. 250.
[824] Savatier R., *Déontologie*, Encyclopædia Universalis, corpus 7, 1966, p. 191 cité par Moret-Bailly J., « Les rapports entre loi et déontologie des professions de santé après le 4 mars 2002 », *RDSS*, 2003, p. 581.
[825] France P. et Vauchez A., *Sphère publique, intérêts privés enquête sur un grand brouillage*, éd. Presses de Science Po, 2017, p. 143. Les auteurs expliquent que ce « moment déontologique » a conduit à la multiplication des normes et des institutions de prévention et de sanction des conflits d'intérêts.
[826] France P. et Vauchez A., *Sphère publique, intérêts privés enquête sur un grand brouillage*, éd. Presses de Science Po, 2017, p. 141.
[827] Pour être prise en compte la plainte doit être formulée par écrit au conseil départemental de l'ordre des médecins.
[828] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

doit déposer sa plainte auprès du conseil départemental du tableau auquel est inscrit le médecin. Il ne s'agit pas d'une saisine directe. Le patient n'est finalement pas une partie à l'instance disciplinaire, il en est tout simplement informé. Ce système de filtrage des plaintes peut être mal perçu par les plaignants qui peuvent y voir une forme d'opacité confortant l'idée selon laquelle l'organisation professionnelle défend ses propres intérêts.

À ce propos, le Conseil d'État, en qualité de juge de cassation, a récemment précisé la nécessité que le patient soit véritablement considéré comme une partie à l'instance disciplinaire[829]. En effet, saisi par la victime par ricochet, d'une demande d'annulation de décision de la chambre nationale disciplinaire, se posait la question de la recevabilité d'une telle action. Conformément à l'article L. 4123-2[830] du code de la santé publique, le patient saisit le conseil départemental en cas de plainte. Il n'est pas fait mention de la possibilité pour le patient, en sa qualité de partie, de saisir directement le Conseil d'État d'une demande d'annulation. Dans cette affaire, le Conseil d'État rappelle que le patient bénéficie de la qualité de partie à l'instance disciplinaire[831]. Outre la possibilité d'interjeter appel devant la chambre nationale, le patient peut également se pourvoir en cassation devant le Conseil d'État. Par cette décision, le Conseil d'État permet de renforcer la transparence de l'instance disciplinaire à l'égard du patient, ce qui contribue évidement au respect de ses droits.

183. La défense des intérêts de la profession est-elle trop marquée ? La réponse à cette interrogation n'est pas aisée, elle dépend sans doute du point de vue de chacun selon qu'on soit professionnel soumis à la déontologie ou tiers non soumis. Pourtant le reproche est constamment fait à l'égard du CNOM qui, en refusant de reconnaitre davantage de droits au patient s'est vu infligé la « sanction » du législateur par la loi Kouchner. Traditionnellement, les questions relatives à l'information du patient relevaient de la régulation déontologique. Selon M. Moret-Bailly, l'inaction du CNOM, ou plutôt son manque d'initiative, a conduit le législateur à intervenir dans un domaine qui lui était jusque-là étranger au point de se

[829] CE 1er juillet 2019, n° 411263, *Lebon* et CE, 1er juillet 2019, n° 420987, *Lebon*. En ce qui concerne la recevabilité du pourvoir le CE a décidé qu'*« il résulte du dispositif de cette décision et de ce qui a été dit au point 2 qu'il (le conjoint de la victime décédée) justifie d'un intérêt à en demander l'annulation »*.

[830] Art. L. 4123-2 al.2 CSP « *Lorsqu'une plainte est portée devant le conseil départemental, son président en accuse réception à l'auteur, en informe le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme mis en cause et les convoque dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte en vue d'une conciliation. En cas d'échec de celle-ci, il transmet la plainte à la chambre disciplinaire de première instance avec l'avis motivé du conseil dans un délai de trois mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte, en s'y associant le cas échéant* (...) ».

[831] Depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

l'approprier définitivement[832]. Il faut admettre que les critiques négatives à l'égard de la déontologie concernent essentiellement ce que MM. Moret-Bailly et Truchet qualifient de « *fonctions internes* »[833]. Autrement, défendre le groupe contre la concurrence éventuelle est une fonction mal perçue à l'extérieur du groupe. Cette situation entache considérablement l'image de l'ordre et contribue à la limitation des règles déontologiques au seul procès disciplinaire.

Par ailleurs, la limitation des règles déontologiques au procès disciplinaire trouve particulièrement à se justifier pour le contentieux qualifié de « purement » professionnel. En effet, ce dernier n'a pour seules parties au procès que des professionnels concernés par l'application de la règle déontologique. Tout au plus la plainte peut avoir été déposée par une institution, une autorité ou encore une association[834], et en pareille hypothèse, le patient ne fait pas partie du procès. Il convient de rappeler tout de même que l'autorégulation des professions libérales est très ancienne. Il s'agit d'une tradition professionnelle qui, même si elle évolue, attise la méfiance, allant jusqu'au rejet d'une assimilation systématique aux mécanismes juridiques existant dans le droit commun.

184. Le rejet de l'assimilation entre faute civile et faute déontologique[835]. À propos des chambres disciplinaires, MM. Moret-Bailly et Truchet soutiennent que ce sont des *« juridictions spéciales* » dont la compétence est « *limitée à la répression disciplinaire exercée contre les membres de la profession considérée et qui déroge à la compétence des juridictions de droit commun* »[836]. Cette spécificité de la sanction disciplinaire a pour principale conséquence de rejeter presque systématiquement toute assimilation aux juridictions de droit commun, qu'entre faute civile et faute déontologique. Encore que pour certains auteurs, la faute disciplinaire et la faute déontologique se distinguent « *dans la mesure où, d'une part, la déontologie contient d'autres types de règles que des « infractions disciplinaires », d'autre part, que la répression disciplinaire peut s'exercer à propos d'activités qui ne connaissent pas de déontologie* »[837]. La distinction apporte certes une nuance, mieux encore une précision, qui

[832] Moret-Bailly J., « Les rapports entre loi et déontologie des professions de santé après le 4 mars 2002 », *RDSS*, 2003, p. 581.
[833] Moret-Bailly J., et Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 54. Les auteurs nous expliquent que relèvent des fonctions internes de la déontologie d'abord la défense des valeurs du groupe, ensuite de son image, puis l'édiction des normes relatives à l'exercice de l'activité et qui lui sont applicable, enfin et surtout la défense du groupe contre les concurrents éventuels et de son autonomie.
[834] Art. R. 4126-1 CSP.
[835] Présentée ici comme une limite à la déontologie cette idée fera l'objet de développements ultérieurs.
[836] Moret-Bailly J., et Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 75.
[837] Moret-Bailly J., et Truchet D., *ibid*. p. 142.

dans l'étude, permet d'englober dans la faute déontologique tous les comportements susceptibles de caractériser un manquement à la déontologie et de constituer une faute passible de sanctions disciplinaires.

Le rejet de l'assimilation entre faute disciplinaire et faute civile est à la fois marqué par la jurisprudence et la doctrine. La jurisprudence a eu récemment l'occasion de le rappeler en matière de concurrence déloyale, « (…) *un manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assorti de sanctions disciplinaires, ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale* »[838]. *A priori*, le « *nécessairement* » contenu dans l'attendu précité conduit à opérer une distinction. En effet, si tous les manquements déontologiques ne sont pas constitutifs d'une faute civile, l'appréciation peut en être différente en fonction du statut de ces règles.
Le rejet participe certes au maintien du pouvoir d'appréciation des juges du fond[839], mais il faut reconnaitre que l'assimilation entre les deux fautes aiguise ledit pouvoir d'appréciation. Le rejet est sévère envers la règle déontologique d'autant plus que la procédure, lorsqu'elle n'est pas « purement » disciplinaire, a également vocation à sanctionner des comportements ayant entrainé un dommage pour le patient.

Par ailleurs, la limitation de la déontologie médicale pourrait s'expliquer autrement. En effet, depuis plusieurs années le droit commun de la responsabilité civile s'est considérablement développé[840]. L'apparition de nouveaux chefs de préjudices[841] et de responsabilités font craindre une extension incertaine du droit commun de la responsabilité civile. Ceci est d'autant plus vrai qu'en matière de responsabilité civile médicale, le renforcement des droits du patient et l'ouverture sur le procès disciplinaire ont fait accroitre les plaintes à l'égard des professionnels de santé[842]. Dès lors, une systématisation de l'assimilation entre faute

[838] Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, *JurisData* n° 2013-018905 ; Contrats, conc. Consom. 2013, comm. 237, Malaurie-Vignal M. ; Chevrier E., *« Toute infraction aux règles déontologiques n'est pas déloyale per se »*, note sous Cass. com. 10 septembre 2013.
[839] L'assimilation entre faute déontologique et faute civile « retire au juge du fond tout pouvoir d'appréciation », Serra Y., *« Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme, centre de droit de la concurrence »*, *D.*, 2011, p. 2961.
[840] V. par exemples Azzi T., « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, p. 227, Quezel-Ambrunaz C., « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil », *RTD civ.*, 2012, p. 251, Radé C., « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, p. 2247.
[841] V. par exemple Arhab-Girardin F., « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *RDSS*, 2010, p. 898.
[842] En 2018, selon le rapport annuel de la Mutuelle d'assurance du corps de santé français (MACSF), on note une augmentation de 8 % de mises en cause à l'encontre de médecins et une augmentation de 14% du nombre de décisions judiciaires et avis comparativement à l'année 2017. https://www.macsf.fr/Rapport-annuel-sur-le-risque-medical/decisions-de-justice-et-avis-CCI/Decisions-de-justice/panorama-risque-medical-decisions-de-justice.

disciplinaire et faute civile participe à l'extension du droit commun de la responsabilité civile médicale[843].

Cette approche restrictive de la faute et de la sanction disciplinaire n'est toutefois pas réaliste en l'état du droit positif. En effet, ce dernier admet qu'une règle issue de la déontologie puisse être invoquée par une partie dans le cadre d'une procédure civile[844]. Il convient de relativiser le cantonnement de la déontologie à la seule sphère disciplinaire ainsi que l'assimilation entre faute civile et faute disciplinaire.

B. LA RELATIVITÉ DE LA LIMITATION

185. Le corporatisme n'est plus d'actualité. Relativiser le cantonnement et la limitation de la règle déontologique est au centre même de la problématique de l'étude. En effet, tout au long de celle-ci il sera question de mettre en évidence l'incidence de ces règles sur la responsabilité civile médicale, et par la même occasion relever l'ambiguïté[845] qui entoure cette question. Les règles déontologiques exercent nécessairement une influence sur la responsabilité civile médicale. Leur prise en compte par le juge judiciaire et son statut lui ont indéniablement reconnu un caractère juridique. Toutefois, il faut admettre que cette influence ne s'exerce que par degré, plus précisément en fonction de l'impact de la règle déontologique considérée sur la responsabilité civile médicale.

L'un des caractères mettant en lumière la juridicité de la règle déontologique réside dans la sanction. M. de Montalivet considère que « *la sanction juridictionnelle de la violation d'une norme n'est pas un critère de sa juridicité mais un indice de sa reconnaissance par le juge* ». L'auteur ajoute qu'« *une norme n'est pas juridique parce que sa violation est sanctionnée, mais sa violation est sanctionnée parce que cette norme est juridique. C'est parce que le juge reconnaît sa juridicité qu'il accepte d'en sanctionner la violation. Dans la reconnaissance de la juridicité d'une norme, la sanction n'intervient pas a priori mais a posteriori* »[846]. Pour

[843] V. *infra* n° 304 sv.
[844] Cass. civ. 1re,18 mars 1997 n° 95-12.576, *JCP G* 1997, II, 22829, rapp. Sargos P.
[845] À ce propos Decoopman souligne le rôle à la fois ambigu et prépondérant de l'État dans la réception ou l'ignorance des règles déontologiques élaborées par des organes non étatiques, Decoopman N., « Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulation », *in Les Usages sociaux du droit,* CURAPP, PUF, Paris, 1989, p. 88.
[846] De Montalivet P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, éd. Dalloz, 2006, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, p. 350.

autant, en matière de déontologie médicale, le critère de la sanction détient une importance capitale pour apprécier de son caractère juridique.

186. Les juridictions judiciaires sont compétentes pour connaitre des règles déontologiques. L'un des premiers arguments tendant à relativiser le cantonnement de la déontologie médicale au seul procès disciplinaire est de rappeler la compétence des juridictions judiciaires dans l'interprétation des règles déontologiques[847]. Cette question a été tranchée par la Cour de cassation en 1958[848] contre l'arrêt de la cour d'appel de Riom en 1955[849]. En l'espèce, il était question de compérage entre deux chirurgiens, au moyen d'une convention qui stipulait les modalités de partage des honoraires et prévoyait également une augmentation régulière de la part d'honoraire jusqu'à la cessation de l'activité de l'un des chirurgiens. Or, le code de déontologie médicale[850] et le code de la santé publique[851] de l'époque faisaient obligation aux professionnels de santé de communiquer, sous trente jours au conseil de l'ordre dont ils dépendent, tous les contrats régissant leur activité professionnelle afin de procéder à un contrôle. Dans cette affaire l'arrêt a été cassé parce que la cour d'appel s'était déclarée incompétente pour connaître un litige relatif aux règles professionnelles. La Cour de cassation a décidé en effet que la cour d'appel avait le droit et le devoir de faire elle-même application de ce décret[852] et au besoin de l'interpréter en précisant que « *l'action disciplinaire relative aux intérêts civils est indépendante de l'action disciplinaire professionnelle* ». Il est possible de reconnaitre ainsi le principe de l'indépendance des actions civiles et disciplinaires[853].

Cette position jurisprudentielle a été critiquée notamment par Brèthe de la Gressaye qui considérait, qu'une telle situation avait pour effet d'accroitre l'importance et la portée du code de déontologie médicale. L'auteur considérait que, « *le but du droit disciplinaire n'est pas le même que celui du droit civil : c'est la protection des intérêts corporatifs, et non directement celle de l'intérêt général, de l'intérêt des malades* »[854]. Une position qui, comme le souligne

[847] CA Limoges, 4 mai 1959, *JCP* 1959, II, 11154, obs. Savatier J., sur le prononcé de la nullité d'une convention la CA de Limoges applique et interprète l'article 71 CDM. Sur la compétence des juridictions judiciaires pour connaître des règles déontologiques V. également CA Poitiers, 21 septembre 1994.
[848] Cass. civ. 1re, 1er juillet 1958, *D.*, 1959, p. 283, note Brèthe de la Gressaye J.
[849] CA Riom, 14 novembre 1955, *JCP* 1956, II, p. 9111, obs. Savatier J. Dans cette affaire la CA de Riom avait sursis à statuer après s'être déclarée incompétente pour trancher un litige relatif aux règles professionnelles.
[850] Art. 67 et 68 (devenu 23) du CDM.
[851] Art. L. 462 ancien code de la santé publique.
[852] Décret portant code de déontologie médicale.
[853] Interprétation faite de l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 portant organisation judiciaire.
[854] Cass. civ. 1re, 1er juillet 1958, *D.*, 1959, p. 283, note Brèthe de la Gressaye J.

M. Moret-Bailly, est également critiquable puisqu'elle mêle la question de la compétence des deux juridictions à celle de la finalité des actions qui sont évidemment distinctes[855].
La compétence des juridictions judiciaires l'application et de l'interprétation des règles déontologiques est acquise et ne fait plus débat[856]. Dès lors, il est possible de relativiser les critiques tendant à considérer le droit disciplinaire comme un droit « *clos* ». En outre, la compétence du juge judiciaire pour connaitre des règles déontologiques se justifie dès lors que ces dernières ont des effets civils tant sur le professionnel soumis que sur les tiers. Il convient de rappeler que les juges, qu'il s'agisse de ceux du Conseil d'État et de la Cour de cassation, sont compétents pour apprécier et contrôler la qualification de la faute disciplinaire dans leur pouvoir souverain[857].
Néanmoins, la compétence du juge judiciaire dans l'appréciation et le contrôle de la qualification de la faute déontologique est limitée. En effet, la qualification fautive des faits qui mettent en cause la technique médicale relève en principe de la compétence souveraine du juge disciplinaire[858].

On peut s'interroger sur l'opportunité du cantonnement de la déontologie à la seule sphère disciplinaire, nonobstant la relativité de celui-ci. Pour combien de temps encore la déontologie médicale restera cantonnée au contentieux disciplinaire ?

187. Les hésitations jurisprudentielles. Les hésitations jurisprudentielles ne permettent pas de répondre précisément à cette question, au contraire elles la nourrissent. En effet, en l'état actuel du droit il n'est pas possible de dire si la jurisprudence s'est positionnée de façon non équivoque sur la question de l'assimilation entre faute disciplinaire et faute civile. Plusieurs arrêts sont en effet contradictoires sur cette question. Alors que certaines jurisprudences admettent clairement l'assimilation entre faute déontologique et faute civile[859],

---

[855] Moret-Bailly J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001, p. 295.
[856] Sauf à préciser le renvoi de l'affaire devant la cour d'appel de Limoges qui avait admis sa propre compétence, retenant ainsi les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 1958, en appliquant les règles déontologiques comme fondement régulier de la nullité de la convention litigieuse.
[857] Cass. civ. 1re, 1er décembre 1993 n° 91-21.740 « (…) *qu'en l'état de ces énonciations et constatation souveraine, la cour d'appel a pu décider que M. Y… avait commis de graves manquements à ses obligations professionnelles* (…) ».
[858] CE 5 juin 1991, n° 73153, inédit « *Considérant qu'en jugeant que l'utilisation du laser de faible puissance constituait un procédé insuffisamment éprouvé pour soigner les troubles que présentait une patiente du docteur X… (…), le Conseil national de l'ordre des médecins s'est livré à une appréciation des méthodes de diagnostic et de thérapeutique pratiquées par le requérant qui échappe au contrôle du juge de cassation* (…) » ; CE 29 juillet 1994 n° 146978, inédit.
[859] V. Cass. com. 12 juillet 2011 n° 10-25.386, *D.*, 2011. 2782, note Robert A. ; *RJDA* 2011, n° 1085 ; *RDLC* 2011, n° 4, p. 130, obs. Mesa.

d'autres au contraire la rejettent. Ces hésitations jurisprudentielles mettent en évidence l'ambigüité du traitement réservé aux règles déontologiques. Ce traitement permet de révéler une certaine hypocrisie à l'égard d'une règle dont on connait l'apport considérable dans la qualification d'une faute civile, mais dont on se méfie sous prétexte qu'elle n'émane pas d'un organe étatique, ce qui au demeurant n'est plus exactement le cas s'agissant des déontologies ayant pris la forme décrétale.

La finalité de la règle déontologique a considérablement évolué. Il en est de même des modalités d'élaboration du code de déontologie médicale. Si les hésitations jurisprudentielles peuvent *a minima* se justifier pour certaines déontologies, qui ont pour finalité principale la réglementation d'une activité économique, elles ne sauraient l'être pour le cas de la déontologie médicale[860], qui contient essentiellement des règles de comportement. Elle ne l'est d'ailleurs plus puisque, nombreux sont les arrêts faisant référence à la déontologie médicale pour sanctionner un médecin dans le cadre d'une procédure civile. On voit bien que la règle déontologique ne se limite plus au procès disciplinaire. Sa juridicité s'est accrue par son intégration dans le raisonnement judiciaire[861].

Les avancées jurisprudentielles en matière de rapprochement et d'assimilation entre faute délictuelle et faute disciplinaire ont été remises en question par un arrêt du 10 septembre 2013 confirmant la position selon laquelle un manquement à une règle professionnelle ne saurait entrainer des conséquences civiles. Dans cette affaire, le juge a décidé qu'« *un manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanctions disciplinaires, ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale* »[862].

Cette position d'exclusion de la déontologie médicale comme fondement d'une action en responsabilité civile ne pourra plus être maintenue pendant longtemps, du moins pour les règles déontologiques ayant pour finalité la protection des intérêts du patient.

Le cantonnement à la sphère disciplinaire ne peut avoir pour conséquence qu'une mauvaise interprétation de ce que sont réellement devenues les règles de déontologie médicale. Le droit disciplinaire n'est effectivement un droit « *clos* » que lorsqu'il intéresse exclusivement les professionnels. De plus, l'application dans une procédure civile des règles déontologiques

---

[860] V. *infra* n° 305 sv.

[861] Cass. civ. 1re, 27 novembre 2008 n° 07-15.963, *D.*, 2008, p. 3085 ; *D.*, 2009, p. 1304, obs. Penneau J., *RLDC* 2009/57, n° 3296, note Bugnicourt J.-Ph.

[862] Cass. com. 10 septembre 2013 n° 12-19.356, *JurisData* n° 2013-018905 ; Contrats, conc. Consom. 2013, comm. 237, Malaurie-Vignal M. ; Chevrier E., « Toute infraction aux règles déontologiques n'est pas déloyale per se », note sous Cass. com. 10 septembre 2013.

transforme *a minima* la finalité des règles déontologiques. En effet, il convient de rappeler que le droit disciplinaire ne poursuit pas une finalité indemnitaire. Or, son application dans le cadre d'une procédure civile, qui reconnait sur le fondement de la déontologie médicale, le caractère fautif d'un manquement professionnel, transforme cette finalité.

Le caractère disciplinaire de la règle déontologique peut s'analyser à la fois comme un atout et un frein pour elle. Un atout d'abord, parce qu'il représente un gage de sécurité du respect de la moralité professionnelle. Les praticiens se savent soumis à la déontologie médicale et n'ont d'autre choix que d'en respecter les règles sous peine de sanction. Ensuite, un frein parce qu'elle concurrence d'une certaine manière le droit commun de la responsabilité. Les manquements déontologiques pouvant être doublement sanctionnés.

II. LA RELATIVITÉ DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE À LA PROFESSION

188. Interrogation du déclin de la règle déontologique. Le rapprochement entre la déontologie médicale et la responsabilité civile serait-il de nature à affaiblir l'autorité substantielle de cette dernière ? La question posée dans ces termes vise à s'interroger sur l'impact que pourrait avoir l'assimilation constante entre les règles professionnelles et les règles du droit commun de la responsabilité civile. Hiérarchiquement moins importante, la déontologie médicale aurait-elle vocation à disparaître au profit des seules règles du droit commun ? Pour y répondre, il convient de relativiser l'affaiblissement substantiel de la déontologie. En effet, l'affaiblissement ici décrié s'entend doublement. D'abord, il correspond à l'idée d'un épuisement des règles de déontologie médicale qui seraient (toutes ?)[863] progressivement rendues impératives par une loi. Ensuite, la deuxième idée est la conséquence directe de la première ; c'est-à-dire que la déontologie médicale perdrait sa substance originelle et ne représenterait qu'une coquille vide pour les praticiens. Cependant, les conséquences de l'affaiblissement de la déontologie médicale sont à relativiser car si un détachement entre la déontologie et la médecine n'est pas envisageable eu égard à la tendance actuelle d'une profusion des règles de déontologie (A), les fondements déontologiques de l'obligation de soins semblent également corroborer la relativité de cet affaiblissement (B).

[863] Si toutes les règles déontologiques ne font pas l'objet d'une appropriation étatique il n'en demeure pas moins que l'activité médicale reste une activité encadrée et réglementée par les pouvoirs étatiques.

A. LE CONTEXTE ACTUEL D'UNE PROFUSION DE RÈGLES DÉONTOLOGIQUES

189. Le déclin improbable. La déontologie médicale traverse ses heures offensives[864] depuis quelques années, elle se nourrit et s'enrichie de l'environnement juridique qui l'entoure, de sorte que l'hypothèse de son affaiblissement ne peut être que relativisée. En effet, dans le domaine médical on assiste à un accroissement de devoirs déontologiques à la charge des praticiens. Toutefois, le phénomène ne semble pas se limiter au monde médical mais au contraire tend à s'intensifier au profit de (presque) tous les secteurs d'activité.

190. La multiplication de devoirs moraux à la charge des professionnels de santé[865]. La profession médicale est au nombre de celles dont l'activité représente un terreau propice à la prolifération de règles déontologiques. En effet, celle-ci est de plus en plus soumise à des règlementations en tout genre qui mêlent à la fois l'éthique et la déontologie de la profession. Dans ce contexte, les dispositions législatives et réglementaires font appel à l'éthique et à la déontologie afin de soumettre davantage les professionnels de santé aux revendications sociétales. Ils sont, de ce fait, soumis à des codes de déontologie de plus en plus détaillés dont le critère d'appréciation des manquements est basé sur les données acquises de la science[866]. Pour autant, le phénomène de multiplication des devoirs ne se fait pas en marge de la déontologie elle-même. Au contraire, celle-ci tient le rôle principal dans sa propre densification. En effet, les débats éthiques et socio-politiques à l'exemple de ceux relatifs à l'euthanasie, l'avortement ou encore la fécondation in vitro sont autant de questions qui font appel à la déontologie.

À l'exemple de la profession de pharmacien qui fait l'objet d'une réglementation abondante au même titre que celle des médecins. À ce titre, l'ordre national des pharmaciens déclarait que, le nouveau code de déontologie a été « modernisé » afin de permettre une meilleure adaptation « *aux besoins des patients, à l'évolution des nouvelles technologies et* (aux) *pratiques*

[864] Moret-Bailly J., « La déontologie médicale, de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale) », *RDSS*, 2012, p. 1074.

[865] Il existe actuellement huit professions de santé bénéficiant d'un code de déontologie pris sous forme de décret, les chirurgiens-dentistes, les infirmiers, les masseurs-kinésithérapeutes, les médecins, les médecins et pharmaciens chimistes des armées, les pédicures podologues, les pharmaciens et les sages-femmes. Pour une étude approfondie des déontologies V. Moret-Bailly J., *Les déontologies,* éd. PUAM, 2001.

[866] Énoncé par la jurisprudence Mercier, elles ont fait l'objet de controverses doctrinales. Sur la distinction entre données acquises et données actuelles de la science V. Dosdat J-C., « Les normes nouvelles de la décision médicale », éd. LEH, 2008, coll. Thèses, pp. 460-503.

professionnelles »[867]. Il a été inséré un alinéa prévoyant que « *le pharmacien exerce sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine* »[868]. La référence à la personne humaine marque ici l'ouverture de la profession au respect des droits du patient. Les professionnels de santé sont tous soumis par leurs codes de déontologie au respect de la personne humaine[869].
D'une manière générale, les professions de santé, étant à la fois régies par des dispositions législatives, réglementaires et déontologiques, elles ne peuvent finalement que se retrouver dans ce que Mme Thibierge nomme la « *densification normative* »[870] qui n'a pas uniquement pour effet de mieux les organiser. L'auteure souligne en effet qu'un processus de densification normative entraine à la fois une intensification et une inflation de la force normative des règles, de sorte que le « *meilleur et le pire* » de la règle coexistent[871]. Les déontologies des professionnels de santé doivent combiner les préoccupations liées à l'exercice des professions et aux droits du patient. C'est dans cet objectif que s'inscrivent désormais les déontologies des professionnels de santé, c'est-à-dire la mise en place de règles professionnelles qui traitent, à la fois de l'organisation et de la gestion de la profession ainsi que de la garantie du respect des droits du patient. Les relations médicales s'en trouvent dès lors modifiées puisque chaque professionnel doit intégrer dans la décision médicale à la fois des règles déontologiques et légales nouvelles qui subissent les évolutions conjoncturelles de la société[872].

191. La multiplication des déontologies dans d'autres domaines[873]. La déontologie, en tant que morale professionnelle, a toujours été en principe réservée aux professions libérales organisées en ordre[874]. L'exercice de ces activités professionnelles exige des praticiens un engagement moral en raison du rapport personnel que ces derniers entretiennent avec leurs patients ou leurs clients. Les professions libérales telles que les notaires, les avocats, les médecins ou encore les pharmaciens connaissent effectivement une

---

[867] Communiqué de presse du 6 septembre 2016 http://www.ordre.pharmacien.fr/.
[868] Art. R. 4235-2 modifié par le décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code.
[869] Les pharmaciens article R. 4235-2, les infirmiers article R. 4312-3, les masseurs-kinésithérapeutes R. 4321-53 CSP.
[870] Thibierge C., « La densification normative », *D.*, 2014, p. 834.
[871] Thibierge C., *ibid*.
[872] Sur la transformation de la décision médicale V. la thèse de Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses.
[873] Selon la classification faite par Moret-Bailly, il existe quatre séries de profession ou d'activités qui font référence à une déontologie. Les professions libérales dotées d'un code de déontologie d'origine étatique ; les professions libérales dont le code de déontologie n'est pas d'origine étatique ; les professions ou activités non libérales dotées d'un code de déontologie d'origine étatique et les métiers ou activités qui ne sont pas dotés par l'État d'un code de déontologie. Moret-Bailly J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001, p. 70.
[874] V. *supra* n° 36 sv.

organisation en ordre. En revanche, toutes les professions du secteur privé ne sont pas organisées en ordre. Il en est de même du secteur public dont l'organisation et la gestion sont de la compétence exclusive de l'État.

Cependant, tant le secteur public que le secteur privé proclament une déontologie, que celle-ci soit contenue dans un code ou pas. Cette multiplication de règles professionnelles est liée au caractère sanctionnateur de la déontologie qui fait défaut à la morale. En effet, il n'est pas d'instance disciplinaire reconnue à la morale alors que le droit disciplinaire représente pour ces secteurs d'activités un moyen supplémentaire de contrainte. Dans cette hypothèse, la déontologie, en raison de son caractère moral, représente une alternative au droit ; ce qui suppose que les professionnels soient soumis aussi bien aux règles du droit commun de la responsabilité civile qu'à la déontologie. Dès lors, le phénomène actuel tendrait davantage à une « *moralisation professionnelle* » dans les entreprises, les associations, les syndicats ou encore les institutions administratives par la mise en place de codes de déontologie, d'éthique ou de bonne conduite[875].

192. Nécessité d'un code de déontologie unique ? Alors qu'on assiste à un phénomène croissant des déontologies dans presque toutes les autres professions, il convient de s'interroger sur la mise en place d'un code de déontologie unique ? Celui-ci pourrait s'organiser par secteurs d'activités et par professions, il aura également l'avantage de regrouper dans un même code les déontologies « *étatiques* ».

Si l'idée peut paraître ambitieuse pour l'heure en raison de la complexité de la mise en œuvre d'un tel code, mais aussi eu égard aux différences et particularités professionnelles, la mise en place d'un tel code n'est toutefois pas dénuée d'intérêt. En effet, pour le seul secteur de la santé, les codes de déontologie des professions de médecine, de chirurgie-dentaire, de pharmacie, de sage-femme, de massage-kinésithérapie, de pédicure-podologue et d'infirmier ou infirmière font partie intégrante du code de la santé publique. Ces différents codes de déontologie pourraient aisément constituer un « nouveau » code de déontologie distinct du code de la santé publique mais dont la compétence de publication reviendrait à l'État. Dès lors, ce code unique des déontologies regrouperait l'ensemble des codes de déontologie pris sous la forme d'un décret étatique et bénéficiant de ce fait d'une valeur plus importante. Il n'est toutefois pas question de laisser à l'État la compétence de l'élaboration et de la préparation dudit code de déontologie. Un code unique de déontologie est envisagé, pris sous la forme d'un décret dont

[875] Moret-Bailly J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001, p. 57.

les dispositions seraient extraites du code de la santé publique et regroupées dans un code exclusivement dédié à la déontologie des professions de santé.

Cependant, la Direction de l'information légale et administrative (DILA) a mis en place en 2014 un « *code des professions de santé* »[876], qui reprend l'ensemble des dispositions règlementaires relatives à la déontologie, à l'exercice et à l'organisation des professions de santé contenues dans le code de la santé publique. Si ce « code » présente l'avantage de regrouper dans un même ouvrage les dispositions réglementaires des professions de santé, il n'est pas pour autant entièrement et uniquement consacré à la déontologie des professionnels de santé. Dès lors, ce « *code des professions de santé* » n'a aucune valeur juridique véritable, il ne présente l'intérêt que de lister l'ensemble des règles d'organisation des professions de santé.

193. Déontologie publique déontologie privée. Par ailleurs, certains auteurs ont fait remarquer la tendance actuelle qu'ils nomment la « *moralisation de la vie publique* », un besoin de rappeler à l'« ordre » les plus hauts fonctionnaires de l'État aux considérations déontologiques[877]. De sorte que la « *préoccupation déontologique se diffuse dans la vie publique par une sorte de capillarité spontanée* »[878]. Le caractère déontologique des lois visant à renforcer la morale des hauts fonctionnaires étatiques interroge. Cette déontologie « *étatique* » ne partage en effet pas l'origine corporative de la déontologie « *classique* ». En d'autres termes, y a-t-il une différence entre la déontologie du secteur privé et la déontologie du secteur public, une interaction entre les deux est-elle à craindre ?

Pour répondre à cette interrogation il est nécessaire de revenir à la définition de la déontologie. Selon Jeremy Bentham, la déontologie regroupe deux mots grecs : *deontos* qui signifie ce qui est convenable et *logos* ce qui est juste ou convenable. L'auteur a fait une approche utilitariste de la déontologie selon laquelle, pour qu'une action soit jugée « bonne ou mauvaise, digne ou indigne », il faut qu'« *elle mérite l'approbation ou le blâme, en proportion de sa tendance à accroitre ou à diminuer la somme du bonheur* »[879]. La déontologie de Bentham

[876] Code des professions de santé, éd. Journaux officiels, 2014.
[877] L'article 18 de la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 vient compléter l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature par un recueil des obligations déontologiques des magistrats ; la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique met en place la Haute autorité pour la transparence de la vie publique chargée de contrôler l'exactitude des déclarations de patrimoine et d'intérêt des personnalités publiques et leurs collaborateurs. Plus récemment, la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.
[878] Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 346.
[879] Bentham J. cité par Sauve J.-M., « Conflits d'intérêt et déontologie dans le secteur public », *AJDA*, 2012, p. 861.

s'entend comme un « *ensemble de règles éthiques qui régissent le comportement individuel, indépendamment de toute intervention juridique* »[880].

Aujourd'hui, la définition de la déontologie a évolué[881], elle est définie comme l'ensemble des règles et des devoirs qui régissent une profession et la conduite de ceux qui l'exercent[882]. Il y a dans ces définitions l'idée que la déontologie sert de guide. La déontologie devient « *un code de bonnes pratiques qui n'est plus l'apanage des seules professions libérales, mais se retrouve dans toutes les activités professionnelles, sans distinction, y compris la fonction publique* (…) »[883]. La déontologie constitue un ensemble de principes directeurs, peu important qu'ils soient ensuite saisis par les professions du secteur privé ou du secteur public. Remise dans le contexte actuel, la déontologie devient pour l'État un moyen d'atteindre son objectif de contrôle et d'organisation. Si la déontologie émane de l'État elle ne se différencie pas objectivement de la déontologie née des professionnels. La déontologie est ici appréhendée au regard de sa finalité, la question de son origine devient subsidiaire et ne résiste pas à la nécessité d'organiser l'ensemble des professions aussi bien publiques que privées.

Toutefois, la déontologie du secteur privé et celle du secteur public se différencient clairement en matière de sanction. En effet, dans une profession organisée en ordre, soumise à sa déontologie, la sanction relève également de la compétence de l'organisation ordinale. Les membres de l'organe disciplinaire sont élus par les seuls professionnels[884] en raison de leur appartenance à l'ordre professionnel. Tel n'est en revanche pas le cas de la « *déontologie publique* »[885], où droit et déontologie se confondent. En effet, les manquements à la déontologie des parlementaires[886] ne sont pas sanctionnés mais « répertoriés » par un organe également public considéré comme « déontologue » à l'exemple de la Haute autorité pour la transparence

[880] Kerléo J.-F., « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'Etudes benthamiennes*, 13/2014, p. 7.
[881] Certains auteurs considèrent que la définition actuelle de la déontologie est opposée à celle de Bentham, v. Kerléo J.-F., « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'Etudes benthamiennes*, 13/2014, p. 3.
[882] Le petit Larousse illustré 2016.
[883] Canivet G., et Joly-Hurard J., *La déontologie du magistrat*, éd. Dalloz, 2e édition, coll. Connaissance du droit, p. 9.
[884] À l'exception de la présidence des chambres disciplinaires assurée par des magistrats professionnels.
[885] Kerléo J.-F., « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'Etudes benthamiennes*, 13/2014, p. 25.
[886] Pour aller plus loin sur la déontologie des parlementaires V. Lenoir N., « *La déontologie parlementaire à l'aune de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel* », Constitution, 2014, p. 7.

de la vie publique[887] ou de celui des autorités et organismes sanitaires[888] ou encore du comité de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts[889]. Le contentieux qui en découle n'est pas disciplinaire[890] puisqu'il n'est pas assuré par des membres élus par les professionnels mais par des membres nommés par l'autorité compétente.

Il est possible de dire, qu'il existe une forme de corporatisme propre à chaque profession dont les usages professionnels ont fait naître ce que le législateur a fini par qualifier de déontologie. Il est possible de considérer que les parlementaires, les fonctionnaires, les magistrats ou encore les médecins détiennent chacun une déontologie professionnelle liée à la particularité de l'exercice de leur profession. Même si l'organe sanctionnateur n'est pas le même, en ce sens qu'il n'est pas assuré par les professionnels, le mécanisme propre à la déontologie n'y est pour autant pas totalement exclu. Il existe, au sein des professions sanctionnées par une déontologie publique, des institutions chargées de veiller à son respect et, le cas échéant, de rédiger des avis ou recommandations en vue d'une sanction.

La déontologie professionnelle et la déontologie publique se différencient d'une part, par leurs sources, au sens d'organe chargé de son élaboration, et d'autre part, par leurs sanctions. La première faisant l'objet d'une sanction disciplinaire alors que la seconde mêle procédure disciplinaire et sanctions pénales[891]. Néanmoins, elles se rejoignent par leur finalité d'organisation, de gestion de la profession, mais aussi et surtout par le rappel à la morale professionnelle qui nécessite le respect des droits et devoirs propres à chaque profession.

L'affaiblissement de la déontologie médicale est également à relativiser au regard de la particularité de la profession, laquelle a pour fondement une obligation morale de soigner.

---

[887] Créée et mise en place en octobre 2013 en remplacement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique.

[888] Art. R.1451-1 du CSP.

[889] Art. R.1313-28 et sv. CSP.

[890] Aux termes de l'article 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires, « *Le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination* ».

[891] À la question de savoir quelles sont les éventuelles sanctions en cas de manquement à la déontologie des parlementaires, le Bureau du 6 avril 2011 relatif au respect du code de déontologie des députés prévoit à l'article 5 que lorsque le Déontologue constate un manquement aux règles de déontologie, *« il en informe le député, ainsi que le Président de l'assemblée nationale. Il fait au député toutes les préconisations nécessaires ; si le député conteste le manquement, ou ne suit pas les préconisations du déontologue, celui-ci peut saisir le Président, qui saisit alors le Bureau. Le Bureau peut entendre le député concerné, cette audition étant de droit à la demande du député. Si le Bureau confirme qu'il y a manquement aux règles de déontologie, il rend publiques ses conclusions. Le député en est informé et doit prendre toutes les dispositions pour faire cesser le manquement ».* http://www.assemblee-nationale.fr. L'article 26 de la loi sur la transparence de la vie publique prévoit quant à lui des sanctions pénales en cas de manquements au code de déontologie, soit trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende, et cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende uniquement pour les membres du gouvernement.

B. LES FONDEMENTS DÉONTOLOGIQUES DE L'OBLIGATION DE SOIN

194. L'engagement au soin. Parcourant le serment d'Hippocrate, on peut effectivement lire l'engagement de chaque médecin : « *Je donnerai mes soins à l'indigent et à quiconque me les demandera. Je ne me laisserai pas influencer par la soif du gain ou la recherche de la gloire* »[892]. Le soin est au cœur de l'exercice médical. Il ne saurait y avoir de médecine sans soins, que ces derniers soient d'ordre physique ou mental. Bien que reconnue par l'arrêt Mercier[893], l'obligation de soin qui pèse sur chaque médecin est d'origine déontologique. Elle est à l'essence même de la médecine, il s'agit de la condition sine qua none de l'exercice de la médecine. La notion de soin est polyphonique au sens où elle s'est détachée d'une approche traditionnelle qui n'a pas su résister à la « modernisation » de la société, ayant entrainé de nouvelles obligations pour les praticiens dans l'exercice de leur art.

195. La notion traditionnelle du soin. Il y a entre le médecin et le patient un « *lien naturel d'attachement* » qui fait que « *leur affinité peut dépendre de nombreux facteurs* »[894]. Ce lien « naturel » semble de plus en plus remis en cause pour ne laisser place qu'à une relation, certes de confiance, mais aussi de méfiance. La relation se complique, elle se complexifie, par ce que certains auteurs nomment la « *juridicisation* » de la relation médicale. Si l'obligation de soins qui pèse sur chaque praticien n'est pas remise en question, la notion de soin a pourtant bien changé.

196. Le soin traditionnel est un soin classique. Chaque médecin a le devoir de soigner, il s'agit d'un devoir moral doublé d'une obligation légale[895]. La nature exacte du soin dépend d'une approche pluriprofessionnelle, selon que le professionnel de santé soit infirmier, sage-femme ou encore chirurgien-dentiste la définition du soin n'est pas la même. Le soin peut toutefois s'appréhender de façon générale, telle que défini par le Robert comme l'ensemble des « *actes et pratiques par lesquels on conserve ou rétablit la santé* »[896]. Depuis le célèbre arrêt

---

[892] Serment d'Hippocrate tel que présenté sur le site internet du CNOM.
[893] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.
[894] Hoerni B., et Saury R., *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, éd. Masson, 1998, p. 26.
[895] Art. 32 CDM « *dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* ».
[896] Le Robert dictionnaire historique de la langue française.

Mercier[897], les soins médicaux doivent être « *consciencieux, attentifs* » et « *conformes aux données acquises de la science* », ils ne doivent pas être attentatoires à la liberté du médecin de choisir son patient[898]. Dans ce cas, la notion traditionnelle du soin nécessite que le professionnel de santé mobilise ses connaissances et ses compétences dans le but de préserver la vie du patient. La jurisprudence a admis que l'obligation de soin qui pèse sur le médecin implique que ce dernier se renseigne avec précision sur l'état de santé du patient, afin d'évaluer les risques encourus et de lui permettre de donner un consentement libre et éclairé[899].
Pour résumer, le soin traditionnel est un soin « classique » qui comporte une prise en charge consciencieuse et attentive[900] du patient, soit l'informer et s'informer sur lui afin de lui donner tous les éléments pour que son consentement soit libre et éclairé. Le soin traditionnel débuterait au moment de la consultation, et s'étendrait jusqu'à la mise en œuvre du traitement ou la réalisation de l'acte médical.

L'évolution de la notion de soin est étroitement liée à celle de la relation médicale. La simplicité du principe du consentement éclairé contraste avec la variété et la complexité des situations que les professionnels de santé rencontrent dans l'exercice de leur art[901]. En pratique, le soin s'est modernisé en faveur d'une conscience humaniste de l'époque.

197. La notion moderne du soin. L'obligation de soins ne se limite plus à une prise en charge classique du patient. Le législateur présente séparément les actes de diagnostic, de prévention et de soin. À lui seul, le soin « moderne » implique plusieurs notions telles que la sécurité, la continuité, la surveillance renforcée du patient, qui ont à leur tour fait naître de nouvelles obligations à la charge des médecins. L'obligation de soin moderne est désormais rattachée au principe du respect de la dignité de la personne humaine. La conséquence principale de ce rattachement conduit à une approche extensive de l'obligation de soins.

[897] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapport Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.
[898] Même si dans le but d'assurer la continuité des soins certains praticiens peuvent être obligés aux soins.
[899] Cass. civ. 1re, 5 mars 2015, n° 14-13.292.
[900] Des conditions que les juges apprécient rigoureusement. CA de Poitiers 11 mai 2007 n° 66/0567 mise en cause de la responsabilité d'un praticien pour retard dans la prise en charge du patient ; CA Toulouse 9 janvier 2006, n° 05/01369 mise en cause de la responsabilité du praticien pour erreur de diagnostic.
[901] Hoerni B., et Saury R., *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, éd. Masson, 1998, p. 59.

198. Les nouvelles obligations liées aux soins palliatifs. Après avoir posé le principe d'une relation contractuelle entre le médecin et son « *client* »[902], l'arrêt Mercier[903] rappelle à la charge du médecin l'obligation de « *donner des soins* » au patient dans le but de le guérir. Cette obligation de soins est aujourd'hui consacrée par le législateur[904]. La question de la « modernisation » du soin se pose particulièrement en matière de soins palliatifs, plus précisément, concernant l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation. Le soin implique-t-il l'alimentation et l'hydratation ? Telle a été la question posée à l'Assemblée nationale lors des débats d'adoption de la loi Léonetti[905]. La question a finalement été tranchée par le législateur, qui considère l'alimentation et l'hydratation artificielle comme des « traitements ». L'enjeu de la question était de savoir si ces traitements pouvaient être arrêtés dès lors qu'ils n'avaient pour seul effet le maintien de la vie. Par ailleurs, le traitement est également constitutif d'un soin puisque le code de déontologie médicale énonce que « *le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ces derniers moments, assurer par des soins*[906] *et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer la mort* »[907].

Il règne toujours une ambiguïté quant à la notion de traitement qui est reconnue à l'alimentation et l'hydratation artificielle, puisque boire et manger sont des besoins fondamentaux de la personne humaine dont on ne saurait l'en priver. En décidant qu'ils étaient considérés comme un traitement, la loi Léonetti permet de les interrompre pour éviter tout « *acharnement déraisonnable* ». En revanche, si l'alimentation et l'hydratation artificielle étaient considérées comme un soin, les arrêter serait contraire à l'obligation de soin qui pèse sur les professionnels de santé.

199. Les nouvelles obligations liées à l'accès aux soins. L'accès aux soins est devenu depuis quelques années une priorité de toutes les politiques de santé. Il s'agit d'une obligation qui fait appel à des principes tels que la non-discrimination peu importe le motif ou encore à celui de la permanence des soins. « *Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions* », tels sont les

---

[902] Selon les termes de l'arrêt.
[903] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier », *DP* 1936, I, 88, rapport Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.
[904] Art. L. 1111-2 CSP.
[905] Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.
[906] Nous soulignons.
[907] Art. 38 CDM.

mots du serment d'Hippocrate qui rappelle le principe de non-discrimination des patients[908]. L'accès aux soins doit être égalitaire et garanti à tous, il doit pouvoir tenir compte des situations d'urgence et pour cette raison le soin doit être continu[909]. La continuité des soins est à distinguer de la permanence de soins[910], entendue comme « *une organisation mise en place par les professionnels de santé afin de répondre par des moyens structurés, adaptés et régulés, aux demandes de soins non programmés exprimées par un patient. Elle couvre les plages horaires comprises en dehors des horaires d'ouverture des cabinets libéraux et en l'absence de médecin traitant* »[911]. En revanche, la continuité des soins implique l'ininterruption dans la prise en charge du patient.

De plus, le soin « moderne » s'apprécie désormais en fonction de sa qualité[912], de son efficacité et de sa sécurité[913] afin de garantir à tous la protection de la santé. Progressivement, il est possible d'assister à une mutation positive de l'obligation de soin qui peut être mal accueillie par les professionnels de santé mais dont les avantages en termes de prise en charge de la santé sont indiscutables. Le soin s'est diversifié, il ne peut plus être appréhendé de façon isolée, les nouvelles notions auxquelles il renvoie représentent un nouvel enjeu pour les professionnels de santé dans l'exercice de leur art.

200. Les nouvelles obligations liées à la prévention. Bien soigner c'est également prévenir les risques qu'une maladie se déclare ou réapparaisse. Par conséquent, « *l'obligation de prévention se tourne avant tout vers le patient* » qui « *se manifeste aussi par une obligation plus générale liée à l'éducation pour la santé* »[914]. Le législateur fait état de plusieurs cas pour lesquels la prévention est nécessaire. Par exemple, la prévention des risques liés à certaines activités diagnostics, thérapeutiques ou esthétiques[915], la prévention pour les facteurs de risque pour la santé liés à l'environnement[916], la prévention de l'alcoolisme[917], la prévention contre le tabagisme[918] et le dopage[919]. Autant d'exemples qui mettent en évidence l'évolution des

[908] Il est repris par le CDM à l'article 7 et le CSP à l'article L. 1110-3.
[909] Art. 47 CDM « *quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée* ».
[910] Art. 77 CDM « *Il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent* ».
[911] Descours C. *Rapport du groupe de travail opérationnel sur la permanence des soins,* 2003, p. 5.
[912] Les articles 8, 32, 71, 74, 83, 85 et 97 CDM font référence à la qualité des soins dispensés.
[913] Les articles 8, 74 et 85 CDM évoquent la sécurité des soins.
[914] Viriot-Barrial D., « Les nouvelles obligations de la médecine libérale dans l'exercice de leur profession », *RDSS*, 2011, p. 73.
[915] Art. L. 1151-1 à L. 1151-3 CSP.
[916] Art. L. 1311-6 à L. 1311-7 CSP.
[917] Art. L. 3311-1 à L. 3311-4 CSP.
[918] Art. L. 3511-1 à L. 3511-3 CSP.
[919] Art. L. 3525-1 CSP.

missions des professionnels de santé, en particulier du médecin traitant, dont le rôle préventif dépasse largement l'acte de soin traditionnel[920].
En somme, l'obligation de soins faite à chaque praticien a connu ces dernières années une mutation qui est étroitement liée aux avancées scientifiques, techniques, sociales et économiques qu'a connu la société. Les notions telles que la médecine préventive ou encore la prise en compte de la douleur font partie intégrante de cette nouvelle médecine qui se veut en adéquation avec les besoins sociétaux de l'époque.

Les spécificités de la déontologie médicale permettent à la fois de relativiser son affaiblissement et de mettre en lumière les raisons qui peuvent motiver une hostilité à l'endroit de ces règles professionnelles. Toutefois, les rapprochements entre la déontologie médicale et le droit commun de la responsabilité civile peuvent également être limités par les spécificités de ce droit.

SECTION 2. LE RAPPROCHEMENT LIMITÉ PAR LA RESPONSABILITÉ CIVILE

201. Obstacle au rapprochement. En raison de leurs finalités fondamentalement distinctes, les règles du droit commun de la responsabilité civile ne se confondent pas avec les règles de déontologie médicale. L'exercice de la médecine qui est soumis au principe de responsabilité plurielle (I) est totalement étranger à celui de la sanction disciplinaire. La volonté législative de réparer la victime des dommages médicaux est allée au-delà de l'exigence de la commission d'une faute engageant la responsabilité du praticien. Or, la responsabilité civile sans faute (II) est en effet contradictoire à la responsabilité disciplinaire qui engage personnellement le praticien.

I. LE PRINCIPE D'UNE RESPONSABILITÉ MÉDICALE PLURIELLE

202. La pluralité de responsabilité médicale. En cas de manquement à l'une de ses multiples obligations, le praticien peut engager sa responsabilité civile, pénale et disciplinaire. La responsabilité civile qui a pour finalité l'indemnisation de la victime se distingue de la

[920] Viriot-Barrial D., « Les nouvelles obligations de la médecine libérale dans l'exercice de leur profession », *RDSS*, 2011, p. 73.

sanction disciplinaire. Si le rapprochement entre la déontologie et la responsabilité civile est limité, c'est également le cas en raison du fait que le droit commun admet déjà une sanction répressive par la procédure pénale (B) en plus de la responsabilité légale fautive (A). La déontologie médicale et la responsabilité civile se fondent sur la notion de faute pour sanctionner ou engager la responsabilité civile du praticien. En cas de litige, le juge disciplinaire et le juge judiciaire apprécient différemment et souverainement le manquement du praticien.

A. LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE FAUTIVE

203. Précisions. La responsabilité civile médicale fautive est abordée ici pour mettre en avant la distance qu'elle entretient avec la sanction disciplinaire. Cette distance entre responsabilité civile et sanction disciplinaire est avant tout remarquable dans l'appréciation différente du manquement médical litigieux.

204. Appréciation distincte du manquement litigieux. Lorsqu'un praticien commet un acte ayant entraîné un dommage au patient, il commet un acte susceptible d'engager sa responsabilité civile et d'entrainer une sanction disciplinaire. Or, l'analyse jurisprudentielle laisse apparaître que le fait générateur, selon qu'il soit qualifié par le juge disciplinaire ou le juge civil, n'entraine pas les mêmes effets.

En matière civile, lorsque l'acte médical litigieux est considéré comme fautif, la victime est entièrement réparée de son préjudice. Cette réparation prend la forme d'une somme d'argent laquelle est destinée à compenser le dommage. Que ce fait dommageable soit qualifié de faute technique ou de faute d'humanisme, la conséquence est la même. La victime est réparée de la même manière.

Or, en matière disciplinaire, la sanction infligée au praticien correspond à l'appréciation du fait générateur. En fonction du degré de gravité de la faute commise, correspond un degré de sanction. Les conséquences sur la vie du patient victime ne sont pas le seul critère d'appréciation de la sanction à infliger. Le juge disciplinaire prend notamment en compte la violation ou la conformité aux données acquises de la science pour se prononcer[921]. Le juge disciplinaire doit constamment apprécier les différents intérêts en jeu.

[921] Conformément à l'article 32 CDM *« Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents »*.

Il n'est pas inutile de rappeler que le CNOM exerce ses missions dans l'intérêt des patients et défend l'honneur et la probité de la profession en veillant à sa bonne organisation et à son bon fonctionnement : « *La protection de la vie est une valeur médicale qu'on trouve dans les codes de déontologie les plus anciens et dans l'éthique hippocratique* »[922]. Dès lors, si la violation d'une règle déontologique est constitutive d'une faute débouchant sur une sanction dans le cadre d'une procédure disciplinaire, cette faute disciplinaire atteint simultanément les intérêts du patient et ceux de la profession. Il en découle que la faute disciplinaire, entendue largement, peut avoir des conséquences différentes en fonction des intérêts lésés.

205. La distinction entre intérêts professionnels lésés et ceux du patient est-elle encore utile ? Dans sa thèse intitulée « *Comment pense l'institution médicale* ? », M. Jaunait explique que le CNOM assure la défense des intérêts de la « « *personne institutionnelle* » qu'il représente. Le CNOM n'a pas pour but de protéger les intérêts matériels et personnels des professionnels mais du « *groupe en tant que personne* »[923]. L'auteur explique que les intérêts de cette « *personne institutionnelle* » ne cessent d'évoluer, car son autonomie et sa déontologie participent aux changements du monde médical et de la société.

Dans le cadre de la procédure disciplinaire, ce ne sont pas les intérêts lésés du patient qui sont en cause mais ceux de la profession. C'est d'ailleurs pour cette raison que le patient a été longtemps tenu à l'écart du procès disciplinaire, lequel ne poursuit aucune finalité réparatrice à son bénéfice. Dans plusieurs affaires, il est possible de constater que, l'absence de victimes ne limite en rien la sanction disciplinaire qui a pour but de veiller à l'« *image* » de la profession[924]. Depuis, les choses ont évolué, il faudrait nuancer ces propos car si le procès disciplinaire n'a toujours pas vocation à réparer le préjudice du patient, la sanction disciplinaire, pour sa part, prend en compte les conséquences qui résultent du manquement déontologique tant du point de vue de la profession que du patient[925] ou de sa famille[926].

---

[922] Jaunait A., *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale*, éd. Dalloz, 2005, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p.113.
[923] *Ibid*. p. 69.
[924] V. ces décisions de la ch. discipl. nat., : 17 décembre 2012 n° 11279, 30 novembre 2016 n° 12765, 21 janvier 2016 n° 12426 (manquement à l'honneur et à la probité de la profession) ; 27 octobre 2010 n° 10970, 9 octobre 2007 n° 9641 (compérage).
[925] V. ces décisions de la chambre disciplinaire nationale pour lesquelles la gravité des faits est prise en compte dans le prononcé de la sanction 20 septembre 2016 n° 12769, 29 janvier 2016 n° 12436 (comportement du médecin envers le patient).
[926] Ch. discipl. nat., 8 mars 2012 n° 11040 (manquement au devoir d'humanité).

206. Nuance. Il est possible de dire, que si les intérêts de la profession et ceux du patient peuvent se distinguer en théorie, la distinction pratique s'avère inutile puisqu'on constate la convergence des deux intérêts vers un seul et unique intérêt qui a posteriori aura le mérite de répondre aux intérêts à la fois de la profession et du patient.

Ce constat est conforté par l'affaire Bonnemaison dont le pourvoi, contre la radiation prononcée par le juge disciplinaire, devant le Conseil d'État a été rejeté[927]. Les intérêts lésés dans cette affaire, mêlaient à la fois ceux de la profession et ceux d'une politique établie par l'État qui sont camouflés au nom des intérêts du patient. La radiation du tableau de l'ordre du praticien est prononcée pour « *manquement grave* » au code de déontologie interdisant de « *provoquer délibérément la mort* »[928]. Les intérêts lésés prenant un caractère moral dans l'affaire ne sont pas uniquement ceux de la profession mais ceux d'une société partagée par le débat de la légitimation de l'euthanasie[929]. Le déroulement de l'affaire en témoigne. D'abord acquitté, par la cour d'assises des Pyrénées-Atlantiques en juin 2014, il a finalement été condamné en appel et reconnu coupable de la mort d'une patiente, alors qu'il était poursuivi pour sept « *empoisonnements* » par la cour d'assises du Maine-et-Loire. Ensuite, parce que cette condamnation semble d'avantage se conforter par un besoin sociétal et politique visant à maintenir une prohibition légale et déontologique à laquelle tout professionnel de santé doit se conformer.

Les intérêts politiques lésés ont été confortés par cette décision puisque protéger les intérêts du patient revient par voie de conséquence à protéger ceux de la profession. Il s'en suit que les efforts fournis par le CNOM se font ressentir aussi bien chez le patient que chez les professionnels, le CNOM se portant garant des intérêts moraux de la profession « *qui lient un médecin et un patient dans une situation thérapeutique* »[930]. Dès lors, la faute disciplinaire porte forcément atteinte aux intérêts de la profession et, par la même occasion, atteint les intérêts personnels du praticien qui se voit systématiquement sanctionné par ses pairs.

Par ailleurs, la persistance de certaines critiques, à l'égard du CNOM, se fonde souvent sur les méthodes utilisées par l'ordre pour « se faire entendre ». Il est considéré en France comme dans

---

[927] CE 30 décembre 2014 n° 381245, *AJDA* 2015, p. 5 ; *AJDA* 2015, p. 749, chron. Lessi J. et Dutheillet de Lamothe L., *D*. 2015, p. 81, obs. Vialla F. ; *RFDA* 2015, p. 67, concl. Keller R. ; confirmation de la sanction de radiation : CE, 11 octobre 2017, n° 402497.

[928] Art. 38 CDM.

[929] Certains auteurs on fait remarquer que l'idée d'une reconnaissance législative d'une aide active à la mort se fait de plus en plus pressante. V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 158.

[930] *Ibid*. p. 70.

d'autres États[931] que le corps médical bénéficie d'un certain statut le confortant dans sa lutte contre certaines politiques de santé qu'il juge attentatoires à ses intérêts. Dans ce cas, le rapport de force qui en découle entre d'une part, l'État et d'autre part, le CNOM peuvent s'analyser comme étant favorable aux intérêts du CNOM.

Plusieurs règles déontologiques sont dépourvues d'intérêts professionnels. De façon générale, les intérêts protégés sont souvent ceux du patient, puisque « *l'activité médicale est tributaire d'un principe de bienfaisance qui oriente son action* »[932]. Les intérêts de la profession en sont déduits, cette même profession doit éviter « *d'accroitre la réputation d'un individu ou de permettre le développement de la thérapeutique au détriment éventuel d'un malade* »[933]. Dès lors, si la faute disciplinaire consiste en la violation d'une règle déontologique qui avait vocation à protéger les intérêts du patient, il est légitime que cette règle soit invoquée dans le cadre d'une demande en réparation devant le juge civil. Au contraire, les règles déontologiques qui protègent les intérêts des professionnels et de la profession doivent se limiter au procès disciplinaire.

Dans le cadre d'une responsabilité plurielle le médecin est également susceptible de répondre de ses actes dommageables devant le juge pénal.

B. LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE PÉNALE

207. Prémices de la responsabilité pénale médicale. Le code d'Hammourabi[934] est le texte le plus ancien qui énonce les premières règles en matière de responsabilité pénale médicale[935]. La faute susceptible d'engager la responsabilité du médecin peut consister en l'accomplissement d'un acte en violation d'une interdiction posée par une loi pénale. Pourtant, même s'il n'existe pas un régime spécial de responsabilité pénale médicale[936], un auteur a publié un ouvrage permettant de mettre en lumière la naissance d'un droit pénal médical

[931] Hassenteufel P., *Les médecins face à l'État. Une comparaison européenne*, éd. Presses de Sciences-po, 1997, Paris, l'auteur analyse la question à travers une comparaison des systèmes français, allemand et anglais.
[932] Jaunait A., « Déontologie médicale et Droit », *op. cit.*, p. 85.
[933] *Ibid*.
[934] Le code d'Hammourabi est un ancien texte juridique de Babylone daté de 1750 environ av. J.-C., il est à ce jour le plus connu et le plus complet des codes de lois de la Mésopotamie antique.
[935] V. Mirande D., *Le Code de Hammourabi et ses origines*, Paris, Leroux, 1913.
[936] Toutefois, le législateur veille à la spécialisation des magistrats à la matière médicale en intégrant des dispositions spéciales, dans le code de procédure pénale, consacrées à la procédure applicable aux infractions en matière sanitaire. V. art. 706-2 C. proc. pén. introduit par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

français[937]. Les différentes infractions pénales, dont certaines sont propres à l'activité médicale[938], sont, par conséquent, susceptibles d'engager la responsabilité du médecin. Toutefois, il convient de constater, comme M. Mistretta, qu'« *une part importante des affaires impliquant le corps médical n'atteint pas le stade de l'instance pénale* ». Cette situation peut s'expliquer d'une part, en raison du fait que les victimes de dommages médicaux ne déposent pas toujours plaintes en privilégiant les actions civile et disciplinaire et d'autre part, en raison des obstacles juridiques qui peuvent empêcher le procès pénal[939].

La responsabilité pénale se distingue de la responsabilité civile par son caractère sanctionnateur pour le médecin, il ne s'agit pas de réparer le préjudice subi mais de sanctionner un fait que la société réprime. Or, cette société, évolutive par nature, a également fait évoluer la pénalisation de l'activité médicale. Certains principes tels que celui de l'identité des fautes pénale et civile ont été « presque » abandonnés pour correspondre à la finalité indemnitaire de la responsabilité civile.

208. Principe d'identité des fautes civile et pénale. La jurisprudence admet de manière constante que la faute pénale comprend tous les éléments constitutifs de la faute civile[940]. L'article 222-19 du code pénal fait référence à la maladresse, l'imprudence, l'inattention, la négligence. Ces éléments sont également repris par l'article 1241 du code civil justifiant que toute faute pénale puisse être également une faute civile. En matière de responsabilité civile médicale, la jurisprudence applique le principe d'unité des fautes civile et pénale depuis 1946[941]. Les conséquences de ce principe avaient pour conséquence de dénaturer la responsabilité civile devant le juge pénal. En effet, en raison de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, dès lors que le juge pénal avait conclu à l'absence de faute, cette dernière ne pouvait être admise devant le juge civil. Une situation qui a poussé le juge pénal à admettre

[937] L'auteur qualifie de saugrenue et surprenante l'idée de consacrer un ouvrage au droit pénal médical mais il précise qu'il s'agit d'un droit émergent qui n'intéresse pas que les juristes. V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 15.
[938] À l'exemple de la tromperie sur les qualités substantielles d'un dispositif médical.
[939] Notamment l'infraction non consommée, les doutes sur la causalité, etc. V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales, p. 124.
[940] Cass. civ., 18 décembre 1912 et 12 juin 1914, Sirey, 1914, 1, p. 249, note Morel.
[941] Cass. crim. 12 décembre 1946, *JCP* 1947, 3621, obs. Rodiere R., « *Attendu, en effet, que si la responsabilité médicale est, en principe, une responsabilité contractuelle, il en est autrement lorsque, comme en l'espèce, le manquement à leur obligation commis par un médecin ou une sage-femme présente les caractères d'une imprudence ou d'une négligence constitutifs de l'infraction prévue et réprimée par l'article 319 C. pén. ; qu'en ce cas, il y a lieu à application de la loi pénale, la cause de la responsabilité résultant nécessairement de la constatation du délit retenu à la charge du condamné* ; (…) ».

des « *poussières de faute* »[942] afin de conserver la procédure civile de réparation du dommage subi.

Le principe de l'identité des fautes civile et pénale a finalement été tempéré par la loi dite Fauchon du 10 juillet 2000[943]. Cette loi admet notamment que l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fasse plus obstacle à une action en réparation devant le juge civil. La victime ou ses ayants droit peuvent exercer à l'encontre du médecin une double action civile et pénale dès lors que la faute reprochée s'analyse en une infraction d'imprudence[944].

Selon Mme Hennion-Jacquet, la réforme qui vise finalement à distinguer la faute selon le critère intentionnel n'a ni privilégié ni défavorisé les professionnels médicaux. Pour engager sa responsabilité pénale, le praticien doit avoir commis une faute qualifiée, délibérée ou caractérisée, le but étant de ne sanctionner pénalement que les fautes les plus « graves » et de conserver la voie civile d'indemnisation. L'auteure observe que « *paradoxalement, les acteurs de santé bénéficient, dans des secteurs d'activités particulières, d'une déresponsabilisation opérée tant par la loi que par la jurisprudence. Il est possible de constater ainsi à un double mouvement, aux pôles antagonistes. L'un opère un renforcement globalisé de la pénalisation en matière de fautes non intentionnelles, l'autre se caractérise par une dépénalisation catégorielle, légale ou prétorienne, assurant l'impunité dans certains domaines de l'activité médicale* »[945].

Le médecin peut engager sa responsabilité pénale dès lors qu'il commet un acte réprimé par la société, classé par catégorie, les contraventions, les délits et les crimes. Cette responsabilité a été étendue aux personnes morales, plus précisément aux sociétés de médecins ou établissement de santé, dans le respect des conditions classiques de la responsabilité des personnes morales[946].

209. Panorama de fautes pénales susceptibles d'engager la responsabilité du médecin[947]. Les infractions visées par le code pénal sont principalement les atteintes à l'intégrité corporelle, la violation du secret professionnel[948] ou l'abstention de porter secours à

---

[942] Pirovano A., « Faute pénale et faute civile (contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382 et 1383 du code civil et des articles 319-320 du code pénal) », LGDJ, 1966.
[943] Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.
[944] Art. 4-1 CPP.
[945] Pour aller plus loin V. Hennion-Jacquet P., « La responsabilité pénale du praticien : pénalisation ou dépénalisation de la faute médicale », *RDSS*, 2015, p. 108.
[946] Art. 121-2 CP.
[947] Sur la pénalisation de l'activité médicale V. Mistretta P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, *op. cit*.
[948] Art. 226-13 et 226-14 C. pén.

une personne en péril[949], ou encore la mise en danger de la vie d'autrui[950]. À l'évidence, l'activité médicale peut nécessiter une atteinte à l'intégrité corporelle du patient, mais cette atteinte autorisée par la loi[951], doit pouvoir conserver un but thérapeutique[952] doublé du consentement du patient pour ne pas être imputable au praticien. Peuvent être réprimés, le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois[953] ; le fait de causer à autrui, par un manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois[954] ; le fait d'exposer sciemment un patient à un risque d'une exceptionnelle gravité[955] ; le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements ; le fait de causer la mort d'autrui constitue un homicide involontaire[956].

Les exemples jurisprudentiels ne manquent pas, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis la faute caractérisée d'un médecin de garde qui n'a pas pris les dispositions nécessaires pour rester joignable alors que les risques d'appel étaient multipliés par la grève des praticiens libéraux[957]. De même, elle a reconnu coupable d'homicide involontaire un médecin qui a fait subir un traitement par caisson hyperbare à deux patients décédés ensuite en méconnaissance des normes imposées par le protocole en la matière[958].

Par ailleurs, il convient de noter un rapprochement des fautes pénale et disciplinaire qui semble être motivé par la remise en cause partielle de l'unité des fautes civile et pénale.

210. Les rapports entre sanctions disciplinaires et sanctions pénales[959]. Selon certains auteurs, l'action disciplinaire est une sorte d'action « *parapénale interne* » à la

[949] Art. 223-6 C. pén., cinq ans d'emprisonnement et 75.000 € d'amende.
[950] Art. 223-1 C. pén.
[951] Art. 122-4 C. pén.
[952] Plus justement devrions-nous parler de la notion large d'intérêt médical à laquelle se rattache la chirurgie esthétique dénuée de finalité thérapeutique.
[953] Art. L. 222-19 C. pén., deux ans d'emprisonnement et 30.000 € d'amende.
[954] Art. L. 222-20 C. pén., 1 an d'emprisonnement et 15.000 € d'amende.
[955] Art. L. 121-3 C. pén.
[956] Art. L. 221-16 C. pén.
[957] Cass. crim., 13 février 2007, n° 06-81.089, *JCP*, 2007, 10107, note Mistretta P.
[958] Cass. crim., 16 janvier 2007, n° 06-83.179, *Bull. crim*. 2007, n° 8 p. 24. Dans cette affaire, la vie des patients n'était pas en danger, mais les erreurs commises par le médecin et l'infirmier ont entrainé sa mort.
[959] Sur cette question V. Décima O., « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ pénal*, 2012, p. 380.

profession médicale[960], d'autres disent, qu'elles font penser à « *deux sœurs* » sévères que les médecins craignent[961]. Cette conception conforte l'idée selon laquelle la faute pénale et la faute disciplinaire se rapprochent par leur finalité, même si elles se distinguent fondamentalement. En effet, l'idée de sanctionner personnellement le médecin est commune aux actions pénale et disciplinaire en dépit de leur autonomie respective. C'est ce qui ressort d'un arrêt de cassation de la chambre criminelle en 2008 aux termes duquel « *les articles 32 et 33 du code de déontologie médicale, devenus R. 4127-32 et R. 4127-33 du code de la santé publique, n'édictent pas d'obligation particulière de sécurité ou de prudence au sens de l'article 223-1 du code pénal* »[962]. Dans cette affaire, la cour d'appel de Grenoble avait reconnu le médecin coupable de mise en danger d'autrui en visant les articles 32 et 33 du code de déontologie. Or, la Cour de cassation rappelle que « *le délit de mise en danger d'autrui ne peut être caractérisé qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement* ». Clairement, ce délit ne peut en aucun cas résulter d'une obligation imposée par le code de déontologie médicale. L'autonomie du juge disciplinaire par rapport au juge pénal est respectée, son action ne s'impose pas au juge civil[963]. L'action disciplinaire est par conséquent qualifiée de « *parapénale car sans être pénale à proprement parler, elle a incontestablement une finalité sanctionnatrice* »[964]. À ce titre, il est possible de remarquer que certaines sanctions sont similaires à l'exemple de l'interdiction temporaire d'exercer la profession. Toutefois, cette similitude entre les sanctions pénale et disciplinaire n'exclut pas un cumul entre elles[965].

À l'évidence, le principe d'une responsabilité personnelle du médecin pour faute prouvée reste incontestablement ancré dans le droit commun de la responsabilité civile. Pourtant, la doctrine visant à engager de plus en plus la responsabilité médicale en l'absence de faute a fait son chemin. En effet, elle a été consacrée par la loi du 4 mars 2002 qui a mis en place des mécanismes d'indemnisation des victimes en l'absence de faute par la solidarité nationale.

---

[960] Leca A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, éd. LEH, 2012, p. 459.
[961] Décima O., *op. cit*., p. 380.
[962] Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83.067, *Bull. crim*. 2008, n° 67 ; *D*. 2008. *AJ*. 1147 ; *AJ* pénal 2008 ; 241, obs. Lavric S. et 282, obs. Duprac C. ; *JCP* 2008. II. 10127, note Mistretta P.
[963] Cass. civ. 1re, 16 mai 2006, n° 03-16.253, *RGDM*, n° 20, chron. Mémeteau G., p. 358, sur l'admission de la faute civile en dépit de la relaxe du juge disciplinaire.
[964] Leca A., « Droit de l'exercice médical en clientèle privée », *op. cit.* p. 459.
[965] CE 12 février 1988, note Harchoux, *D*., 1989, somm. 309.

II. LA RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE SANS FAUTE, UNE RESPONSABILITÉ OBJECTIVE

211. Indemniser la victime en l'absence de faute. Jusqu'en 2002, les conséquences d'un accident médical étaient essentiellement réparées sur le fondement de la responsabilité pour faute, contractuelle ou délictuelle. Depuis, il a été consacré légalement que les conséquences d'un aléa thérapeutique n'engagent pas la responsabilité personnelle du praticien. La mise en place d'un système d'indemnisation collective des dommages corporels s'est révélée indispensable pour protéger à la fois les intérêts des patients et des praticiens. Alors, la responsabilité civile sans faute, même lorsqu'elle est dite objective (A), ne correspond pas toujours à l'essence des devoirs déontologiques du médecin. Ce sera également l'occasion d'analyser les rapports entretenus entre la déontologie médicale et les autres conditions de la responsabilité civile (B).

A. L'ESSOR DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉ SANS FAUTE

212. La responsabilité civile sans faute, une responsabilité objective. Le principe de la responsabilité sans faute a été consacré par la loi du 4 mars 2002. Ce principe d'origine jurisprudentielle a été la réponse principale aux conséquences dommageables des scandales sanitaires des produits de santé. En effet, la loi reconnait expressément des domaines pour lesquels une responsabilité est reconnue en l'absence de faute. Cette logique s'inscrit clairement dans la finalité indemnitaire de la responsabilité civile.

213. La responsabilité sans faute des infections nosocomiales. Aux termes de l'article L. 1142-1 alinéa 2 du code de la santé publique « *les établissements, services et organismes susmentionnés [dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins], sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ». Les professionnels de santé libéraux ne sont pas visés, ils sont par conséquent exclus du principe de la responsabilité sans faute des infections nosocomiales et relèvent du droit commun de la responsabilité civile. C'est à celui qui se plaint d'une infection d'en démontrer le caractère nosocomial[966], cette preuve pouvant

[966] Cass. civ. 1re, 27 mars 2001, n° 99-17.672, *Bull. civ*. 2001, I, n° 87, *JCP G* 2001, IV, 1972 ; *RTD civ*. 2001, p. 596, obs. Jourdain P.

être établit par des présomptions graves, précises et concordantes que les juges du fond apprécient souverainement[967]. Les professionnels sont toutefois tenus à une obligation d'information à l'égard du patient et de déclaration administrative en matière d'infection nosocomiales. Dès lors qu'il constate « *une infection nosocomiale ou tout autre évènement indésirable grave liés aux soins réalisés lors d'investigation, de traitement ou d'actions de prévention* », le professionnel doit la déclarer au directeur général de l'Agence régionale de santé[968]. La jurisprudence admet que le médecin soit tenu d'informer son patient des risques d'infection nosocomiale liée à l'acte médical et que ce défaut d'information sur le risque qui s'est finalement réalisé soit constitutif d'une faute engageant sa responsabilité[969]. Le dommage lié à une infection nosocomiale ne peut être réparé qu'au titre de la solidarité nationale, dès lors qu'un établissement de soins est mis en cause, par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux[970] (ONIAM). Cet organisme peut exercer un recours contre l'établissement de soin ou le professionnel concerné, uniquement en cas de manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales[971]. La responsabilité du professionnel ne peut être engagée qu'en cas de faute prouvée conformément aux dispositions légales.

Il convient de signaler tout de même, qu'eu égard à l'application de la loi du 4 mars 2002, en matière d'infections nosocomiales aux actes de soins, à compter du 5 septembre 2001 et au délai de prescription de l'action en réparation du dommage corporel (dix ans à partir de la consolidation du dommage), certains médecins peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée à ce titre. Pour exemple, un gynécologue engage sa responsabilité pour l'infection nosocomiale qui survient à la suite d'un changement de stérilet dans son cabinet médical[972].

---

[967] Cass. civ. 1re, 26 mai 2011, n° 10-17.446 ; Cass. civ. 1re, 21 juin 2005, n° 04-12.066, *Bull. civ*. 2005, I, n° 276 ; *RDSS*, 2005, p. 870, obs. Arhab F.

[968] Art. L. 1413-14 CSP.

[969] Cass. civ. 1re, 8 avril 2010, n° 08-21.058, *Bull*. 2010, I, n° 90, « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle ne pouvait, en présence d'un risque d'infection nosocomiale scientifiquement connu comme étant en rapport avec ce type d'intervention, se fonder sur la seule absence de faute du praticien dans la réalisation de celle-ci pour déterminer la teneur de son devoir d'information, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

[970] Art. L. 1142-1-1 CSP « *Sans préjudice des dispositions du septième alinéa de l'article L. 1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale :*
1° Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25 % déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales ;
2° Les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins ».

[971] Art. L. 1142-17 *in fine* CSP.

[972] CA Rennes 25 mai 2011 n° 09/07617 : *JurisData* n° 2011-024734, les faits datant du 25 septembre 2000.

Par ailleurs, le législateur a consacré un régime de responsabilité sans faute pour les produits de santé. Les producteurs répondent de plein droit des dommages causés par la défectuosité de leurs produits[973], la responsabilité du fournisseur du produit ne pouvant être recherchée qu'à titre subsidiaire[974].

214. La responsabilité sans faute du fait des produits de santé. La responsabilité sans faute du fait des produits défectueux est la deuxième exception au principe légal d'une responsabilité pour faute consacré par le législateur. Il s'agit d'une responsabilité de plein droit du producteur qui, en principe, exclut la responsabilité des médecins libéraux. Elle ne sera abordée ici qu'à travers la responsabilité particulière de certains praticiens libéraux.

215. Le cas particulier du chirurgien en sa qualité de fournisseur. Alors que, « *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* »[975], la jurisprudence avait admis une responsabilité sans faute du chirurgien en sa qualité de fournisseur de matériel médicaux. En effet, il était acquis à l'égard du chirurgien, à la fois une obligation contractuelle de résultat sur la fourniture d'une prothèse l'obligeant à fournir un appareil sans défaut[976], et une obligation de moyens pour les soins dispensés en dépit de leur finalité esthétique[977]. Cette jurisprudence a été remise en cause par l'adoption de la Directive communautaire du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, la CJCE s'est opposée à une interprétation nationale de la loi tendant à engager la responsabilité des fournisseurs dans les mêmes conditions que celle des producteurs[978]. La jurisprudence française a fini par remettre en cause l'obligation de résultat des professionnels de santé du fait des matériels qu'ils utilisent[979]. En effet, par un arrêt de 2012, la Cour de cassation a admis la nécessité d'une faute

---

[973] Art. 1386-11 C. civ.
[974] CJCE, 25 avril 2002, Commission des Communautés européennes c/ République Française, Aff. C-52/00, *JCP G* 2002, I, 177, obs. Viney G. ; *D*., 2002, p. 1670, obs. Rondey C. ; *D*., 2002, p. 2462, note Larroumet Ch. ; *D*., 2003, p. 463, obs. Mazeaud D. ; *RTD civ*. 2002, p. 523, obs. Jourdain P.
[975] Cass. civ. 1re, 8 novembre 2000 n° 99-11.735, *Bull*. 2000, I, n° 287, p. 186.
[976] Cass. civ. 1re, 15 novembre 1988, n° 86-16.443, *Bull*. 1988, I, n° 319, p. 207 ; Cass. civ. 1re, 17 octobre 1995, n° 93-14939, *Bull*. 1995, I, n° 369, p. 257 ; Cass. civ. 1re, 23 novembre 2004, n° 03-12.146, *Bull*. 2004, I, n° 286, p. 240 ; *D*., 2005, pan. p. 406, obs. Penneau J. ; *RTD civ*. 2005, p. 139, obs. Jourdain P.
[977] Cass. civ. 1re, 29 octobre 1985, n° 83-17.091 ; *Bull*.1985, I, n° 273, p. 244 ; *D*., 1986, p. 417, obs. Penneau J. ; Cass. civ. 1re, 12 juin 1990, n° 89-11.909, *Bull*. 1990, I, n° 162, p. 115.
[978] CJCE, 25 avril 2002, n° C-52/00, Commission des Communautés européennes c : France, *D*., 2002, p. 2462, note Larroumet C. ; *D*., 2002, p. 1670, obs. Rondey C. ; *D*., 2002, p. 2935, obs. Pizzio J.-P. ; *RTD civ*. 2002, p. 523, obs. Jourdain P. ; *RTD civ*. 2002, p. 868, obs. Raynard J. ; *RTD com*. 2002, p. 585, obs. Luby M.
[979] V. Hocquet-Berg S., « La responsabilité des prestataires de services utilisateurs de produits », *RCA*, janvier 2016, n° 1, p. 24.

pour engager la responsabilité du chirurgien pour les prothèses[980]. Opérant un revirement jurisprudentiel, la Cour considère que la responsabilité des professionnels de santé ne peut « *être recherchée que pour faute lorsqu'ils ont recours aux produits, matériels et dispositifs médicaux nécessaire à l'exercice de leur art* ». Dans une autre affaire, la Cour de cassation a affirmé à nouveau sa position en exigeant la faute du chirurgien-dentiste fournisseur d'une prothèse dentaire ayant causé par la suite un dommage. En effet, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait conclu à l'absence de faute du chirurgien-dentiste au motif que « *les prestations… qui comprenaient la conception et la délivrance d'un appareillage, étaient opportunes, adaptées et nécessaires eu égard à la pathologie de Mme X…, que les soins avaient été dispensés dans les règles de l'art en fonction de la difficulté particulière du cas de la patiente et que les résultats obtenus correspondaient au pronostic qu'il était raisonnable d'envisager* »[981].

Revenant sur sa position, la Cour de cassation a, par cette jurisprudence, substantiellement réduit le domaine de l'obligation de résultat qu'elle avait elle-même institué. En exigeant la démonstration d'une faute pour engager la responsabilité d'un professionnel de santé en sa qualité de fournisseur d'un produit de santé, la Cour de cassation s'engage dans un régime moins favorable aux victimes qui, de surcroît, ne semble pas « *s'imposer ni au regard du droit européen ni en contemplation de la loi du 4 mars 2002* »[982]. Cette position jurisprudentielle a pourtant le mérite d'offrir une meilleure lisibilité des règles applicables à l'ensemble des professionnels de santé dont seule l'obligation de moyens et l'exigence d'une faute ne sont retenues.

Pour marquer les limites du rapprochement entre la déontologie médicale et la responsabilité civile, on peut également analyser les rapports que la déontologie entretient avec les autres conditions permettant d'engager la responsabilité civile d'un praticien.

---

[980] Cass. civ. 1re, 12 juillet 2012, n° 11-17.510, *D*., 2012, note Bacache M. ; *JCP* 2012, 1036, Sargos P. ; *RTD civ*. 2012, p. 737, obs. Jourdain P. ; *RCA*, étude 8, Hocquet-Berg S. ; *RDC* 2013, p. 111, obs. Viney G.

[981] Cass. civ. 1re, 20 mars 2013 n° 12-12.300, *Bull*. 2013, I, n° 52 ; *D*., 2013, p. 836, obs. Gallmeister I. ; *RCA* 2013. Comm. p. 195, obs. Hocquet-Berg S. ; *Gaz. Pal*. 24 avril 2013, note Legoux A.

[982] Dans ce sens, Bacache M., « Responsabilité et produits de santé », n° spéc. « Responsabilité pour faute ou sans faute ? », *in* chron. 6, *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladi*e, n° 1, 2013.

B. L'APPROCHE DISTINCTE DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE PAR LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

216. Les trois conditions d'engagement de la responsabilité civile. La responsabilité civile et la déontologie médicale n'entretiennent pas les mêmes conditions pour sanctionner ou engager la responsabilité civile du praticien. La responsabilité civile fait appel à trois conditions classiques permettant d'engager la responsabilité du praticien. Le fait générateur, le préjudice et le lien de causalité entre les deux ne sont pas en principe des conditions indispensables à la sanction du praticien. Les rapports entre la déontologie médicale et la responsabilité civile se cristallisent au niveau de l'appréciation fautive du comportement du praticien[983]. Dans une moindre mesure, il convient d'apprécier si la déontologie médicale entretient avec les autres conditions de la responsabilité civile des rapports permettant de mettre en évidence une influence quelconque.

217. La déontologie médicale et le dommage. Une analyse ciblée du code de déontologie médicale permet de mettre en évidence un premier constat : le terme préjudice est totalement absent du code de déontologie médicale. Celui-ci n'est jamais directement abordé. Prioritairement, la déontologie médicale semble ne pas s'intéresser à la notion de préjudice. Il n'en est rien. En effet, même si celle-ci n'est pas expressément abordée, elle est pourtant présente à tous les niveaux de la procédure disciplinaire.

La sanction disciplinaire n'est pas nécessairement attachée au fait que l'acte fautif ait entrainé un dommage personnel identifiable. Dans ce cas, le préjudice ne se rattache pas à une personne, mais plutôt à l'ensemble de la profession, plus précisément à la morale et à la probité du groupe professionnel qui auront été atteintes par le manquement du praticien. Dès lors, la victime est le groupe professionnel parce que son image sociale aura été dégradée.

Les devoirs mentionnés dans le code de déontologie médicale font référence à un comportement que chaque praticien doit adopter. Le non-respect de ces devoirs est susceptible d'entrainer une sanction disciplinaire. Que le préjudice soit identifié ou pas, que la victime soit le patient ou l'organisation ordinale, dès lors que la faute est qualifiée par le juge disciplinaire, la sanction est encourue.

[983] Ce qui permet d'aborder l'assimilation entre les deux fautes.

Le juge disciplinaire a, par exemple, considéré que le praticien qui manifeste sa réprobation à l'égard de la tenue vestimentaire de la mère d'un jeune patient, commet par son comportement, un manquement déontologique source de préjudice pour cette dernière[984].

Même en l'absence de préjudice, le juge disciplinaire est susceptible de sanctionner un praticien. C'est notamment le cas lorsque ce dernier commet des actes attentatoires à l'honneur de la profession en prescrivant plusieurs arrêts de travail abusifs. Même en l'absence de préjudice, ces actes sont considérés comme fautifs entrainant une sanction disciplinaire[985]. L'absence de préjudice n'est pas un obstacle à la sanction disciplinaire.

En outre, le préjudice peut également être subi par des confrères, notamment lorsque des propos diffamatoires sont reprochés, dans ce cas, la sanction disciplinaire est également encourue[986].

Le préjudice peut également être celui d'une victime tierce, en l'occurrence un organisme de sécurité sociale. Dès lors, les faits reprochés constituent des « *graves manquements à l'obligation de probité et à celle de s'abstenir de déconsidérer la profession* »[987], la sanction disciplinaire se justifie.

Le juge disciplinaire n'est pas compétent pour allouer des sommes en réparation d'un préjudice existant pour une victime.[988] En revanche, dès lors que le manquement déontologique est caractérisé, la sanction disciplinaire est objectivement prononcée.

---

[984] Ch. discipl. nat., 23 mars 2019, n° 13914, « *ORL ayant manifesté à l'égard de la mère d'un jeune patient qu'il recevait en consultation sa réprobation devant sa tenue vestimentaire, particulièrement son foulard, lui suggérant en l'agressant verbalement d'en porter un « bleu blanc rouge », en ce qu'il est « un signe de non-intégration » et allant même jusqu'à signaler aux services de gendarmerie son « attitude intégriste ». Par son comportement qui n'était aucunement justifié et qui pouvait être source de préjudices, le praticien a manqué à plusieurs de ses obligations déontologiques en portant une atteinte grave à la dignité de cette femme. La circonstance qu'il ait présenté ses excuses ne saurait remettre en cause la peine d'interdiction d'exercer la médecine pendant six mois dont trois assortis du sursis prononcé par les premiers juges* ».

[985] Ch. discipl. nat., 12 avril 2017, n° 13056, « *Généraliste a commis une faute en prescrivant pour un patient plusieurs certificats d'arrêt de travail qu'il a dictés à sa secrétaire et qui ont été signés par elle. Si le praticien a évoqué une surcharge de travail et l'absence de tout préjudice ayant résulté de cet acte pour se justifier, cela ne saurait retirer à cet agissement son caractère fautif* ». Dans le même sens, 6 septembre 2013, n° 11452.

[986] Ch. discipl. nat., 7 juin 2017, n° 12605 à 12612, blâme pour avoir tenu des propos particulièrement dépréciatifs à l'égard de l'activité médicale d'autres confrères dans un journal.

[987] Ch. discipl. nat., 4 février 2016, n° 12342, radiation du tableau de l'ordre pour escroquerie réalisée en bande organisée ayant parallèlement entrainé une sanction pénale. Dans le même sens, 17 mars 2015, n° 12020.

[988] Ch. discipl. nat., 7 janvier 2013, n° 11349, « *Il n'appartient pas au juge disciplinaire de connaître des conclusions à fin d'indemnité au titre du préjudice prétendument subi par un patient à la suite d'une intervention* ». Dans le même sens 31 mai 2013, n° 11443, « *La juridiction disciplinaire n'est pas compétente pour condamner le praticien poursuivi à verser au plaignant une indemnité en réparation du préjudice qui résulterait pour lui d'une faute qu'aurait commise ce médecin. Les conclusions du plaignant tendant à ce que le praticien soit condamnée à lui régler « le devis de réparation de ses pratiques » ainsi qu'une indemnité en réparation de préjudices résultant de la présence d'une cicatrice sur la main de sa fille à qui il avait enlevé une verrue doivent être rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître* ».

218. La déontologie médicale et le lien de causalité. À l'instar du préjudice, le lien de causalité n'est pas, non plus, expressément mentionné dans le code de déontologie médicale. Cela ne veut pas dire que le juge disciplinaire ne fait pas appel à la causalité pour sanctionner le praticien en cas de faute. Au contraire, le lien de causalité irrigue l'instance disciplinaire à travers la question de la preuve. Dans une affaire qui opposait une patiente et un généraliste, le juge disciplinaire a rejeté la plainte déposée par la patiente aux motifs qu'« *aucune des pièces produites par cette dernière n'apporte le moindre commencement de preuve d'un lien entre les douleurs qu'elle soutient avoir endurées et le premier examen gynécologique, ni de la réalité des blessures subies* »[989]. Le praticien peut également être sanctionné pour manquement déontologique, alors même que les faits reprochés n'ont pas de lien direct de causalité avec le décès d'une patiente. C'est notamment le cas lorsqu'un praticien prescrit plusieurs traitements à une patiente ayant des antécédents médicaux graves[990], ou lorsqu'il procède à des prélèvements de tissus au cours d'une intervention sans avoir préalablement informé le patient[991]. Le juge disciplinaire admet également qu'il ne peut être reproché à un praticien d'avoir arrêté un traitement lorsque la patiente décédée a volontairement dissimulé des informations sur son état de santé préalable[992].

Dans tous les cas, lorsqu'un manquement déontologique est reproché par une victime, il lui revient la charge d'apporter la preuve du lien de causalité avec le préjudice subi. Lorsque cette preuve est insuffisante, le praticien n'est pas sanctionné[993], dans le cas inverse le praticien est sanctionné en fonction de la gravité du manquement. Un praticien est sanctionné lorsqu'il pratique sur une patiente une intervention chirurgicale sans nécessité médicale[994], ou lorsqu'il « *fait preuve d'une grave négligence en s'abstenant d'organiser un suivi post-opératoire qu'il savait ne pouvoir durablement assurer lui-même* »[995].

---

[989] Ch. discipl. nat., 5 février 2019, n° 13273.
[990] Ch. discipl. nat., 5 septembre 2018, n° 13604, interdiction temporaire d'exercer.
[991] Ch. discipl. nat., 4 juin 2015, n° 11812, interdiction temporaire d'exercer.
[992] Ch. discipl. nat., 9 janvier 2014, n° 11604, « *Ne peut être reproché au praticien son manque d'attention à l'égard de sa patiente qui ne lui a pas fait part de problèmes de santé particuliers avant son décès. Par ailleurs, l'arrêt de la prescription d'anticoagulants, faite pour 45 jours par un chirurgien après une opération, était justifié plus de quatre semaines après cette opération et n'a pas de lien avec le décès par asphyxie accidentelle des suites d'une intoxication médicamenteuse* ».
[993] Ch. discipl. nat., 4 octobre 2018, n° 13196, rejet de la plainte « (…) *Aucune preuve n'est apportée à la relation causale entre l'opération et l'état dépressif dont la patiente se plaint. Les éléments fournis quant aux réactions dermatologiques qu'elle invoque ne permettent pas d'établir un défaut de soins consciencieux* (…) ». Dans le même sens, 30 avril 2018, n° 13611, rejet de la demande.
[994] Ch. discipl. nat., 6 février 2018, n° 13086, interdiction temporaire d'exercer.
[995] Ch. discipl. nat., 19 janvier 2018, n° 13155, interdiction temporaire d'exercer.

Finalement, l'instance disciplinaire fait également appel aux notions de préjudice et de lien de causalité. Les trois conditions de la responsabilité civile ne sont pas étrangères à l'instance disciplinaire. Seulement, l'acte médical, en raison du fait qu'il constitue le fait générateur de responsabilité ou de sanction pour le praticien, demeure la condition déterminante pour apprécier les rapports entre la déontologie médicale et la responsabilité civile. La faute civile et la faute disciplinaire peuvent à la fois se distinguer ou s'assimiler sans que ne soient remis en cause le préjudice et le lien de causalité. L'importance de la faute tant en matière civile que disciplinaire est telle qu'elle demeure la condition par excellence pour apprécier la violation d'une règle, peu importe qu'elle soit imposée par le législateur ou le code de déontologie médicale.

219. Conclusion du chapitre. Le rapprochement entre la déontologie médicale et la responsabilité civile est doublement limité, d'abord par leurs finalités distinctes et par leurs spécificités respectives. En effet, la déontologie médicale est dite cantonnée à la sphère disciplinaire, ce qui lui retire tout intérêt civil. Or, les évolutions législatives sur cette question permettent désormais au patient de déclencher une action disciplinaire à l'encontre d'un praticien qui lui aurait causé un dommage. Cette possibilité est une avancée considérable pour le respect des droits du patient et le rééquilibrage de la relation médicale. Cela permet également d'intégrer dans l'instance disciplinaire une partie qui n'est pas un professionnel soumis au respect du code de déontologie médicale.
Ensuite, le rapprochement est également limité par la responsabilité civile, qui ne distingue pas la qualité des parties et ne fait pas du respect des règles de déontologie une condition de recevabilité de l'action civile. Le praticien qui cause un dommage à un patient engage envers lui sa responsabilité par ce seul fait dès lors qu'il est considéré fautif. De plus, la multiplication des régimes spéciaux de responsabilité civile a également creusé l'écart entre la déontologie médicale et la responsabilité civile.

Enfin existe-il des différences évidentes entre la déontologie médicale et la responsabilité civile. Même lorsqu'elles sont fondamentales, ces différences ne sont pas pour autant rédhibitoires à ce que l'une comme l'autre se rejoignent occasionnellement pour faire rayonner ensemble d'autres intérêts.

CONCLUSION DU TITRE II

220. Double finalité de la déontologie médicale. La déontologie médicale poursuit une double finalité. La première est celle, bien évidemment, de protection des intérêts de la profession mettant clairement en évidence la finalité professionnelle de certaines règles de déontologie médicale. Cependant, la déontologie médicale poursuit également une finalité non professionnelle, davantage orientée vers le respect du patient et de ses droits et les objectifs de protection de la santé publique. C'est au regard de cette double finalité que la déontologie et la responsabilité civile entretiennent des rapports ambigus.

Dans la mesure où le patient est au centre de la relation de soins, il mérite que lui soit accordée une collaboration optimale entre ces deux règles. Même si le rapprochement de la déontologie médicale à la responsabilité civile est limité par les spécificités de chacune de ces règles, ce rapprochement devrait être positivement accueilli.

Par ailleurs, la pluralité de responsabilités est une particularité du domaine médical à l'instar des professions réglementées. Qu'elle soit disciplinaire, judiciaire ou sociale la responsabilité civile du médecin recouvre un champ très large qui favorise la rencontre d'une diversité de règles et de procédure. Les exemples jurisprudentiels sur la question ne manquent pas. Néanmoins, le caractère « *minoritaire* »[996] d'une jurisprudence ne suffit pas à écarter son influence et son apport sur la construction du droit commun de la responsabilité civile. Il n'est pas question de nier l'apport de la faute disciplinaire dans la qualification de la faute civile. De la même manière, il n'est pas question de balayer d'un revers de main les assimilations entre la faute civile et la faute disciplinaire. Il est vrai qu'en l'état actuel du droit, l'automaticité entre faute disciplinaire et faute civile n'est toujours pas admise, mais est-elle pour autant à exclure catégoriquement ?

In fine, la protection des intérêts des professionnels de santé et ceux des patients ne sont pas incompatibles ni contradictoires[997]. Elles doivent plutôt être accueillies positivement aussi bien par la doctrine juridique que par les praticiens eux-mêmes. Ce phénomène d'une double finalité de la déontologie médicale s'explique par le fait que la profession médicale ne soit pas enfermée sur elle-même, elle a vocation à s'appliquer sur et pour l'homme et ne saurait exister sans lui. Il s'agit d'un phénomène lié à la sensibilité du domaine professionnel, en l'occurrence la médecine.

---

[996] Moret-Bailly J., « Règles déontologiques et fautes civiles », *RTD civ*. 2002, p. 2820.

[997] Le CNOM le rappelle constamment. V. CNOM rapport, « Conseil national de l'ordre, au service des médecins dans l'intérêt des patients », 2010-2011.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

221. Bilan nuancé. L'appréciation des rapports entre la déontologie médicale et le droit a permis de mettre en évidence d'une part, que ces derniers étaient placés sous un principe d'autonomie et d'autre part, d'ambiguïté. L'autonomie de la déontologie par rapport au droit se reflète à travers l'institutionnalisation de l'ordre professionnel. Le CNOM est à la fois juge et partie en matière médicale. En effet, il est juge car il assure la discipline nationale, en veillant au strict respect des dispositions déontologiques de manière régulière sur l'ensemble du territoire. Le CNOM est également partie dans la procédure car lorsqu'un praticien manque aux dispositions déontologiques il porte atteinte à l'honneur et à la probité de l'ensemble du groupe professionnel. Les deux règles ont fondamentalement une finalité différente, mais elles parviennent à se rejoindre lorsque les droits et la vie du patient sont menacés.
Aux termes de cette première partie, il est possible de constater que non seulement la déontologie s'est immiscée dans le droit commun de la responsabilité civile mais aussi et surtout que le droit s'en est saisi en l'intégrant de façon plus ou moins affirmée dans le raisonnement juridique. La déontologie étant une morale professionnelle, elle vient renforcer la morale en perdition de la règle de droit.

L'influence des devoirs déontologiques sur la responsabilité civile du médecin s'exerce à tous les niveaux. Lorsqu'elle est expressément admise par un juge civil, la déontologie fonde la responsabilité du médecin. En revanche, la déontologie est également tacitement utilisée par le juge civil pour prononcer sa décision, notamment lorsqu'une sanction disciplinaire ayant reconnu la faute du praticien est prononcée, cette sanction est au fondement de la décision civile.

PARTIE II. LA CLARIFICATION DES RAPPORTS ENTRE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE : L'INFLUENCE ASSUMÉE DE LA DÉONTOLOGIE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE

222. Clarification des rapports entre les deux règles. La responsabilité civile du médecin fait l'objet d'une importante jurisprudence qui est influencée par les évolutions des techniques médicales et sociales. Si la faute du médecin libéral peut entrainer des conséquences à la fois civiles, pénales et disciplinaires, il se trouve que la sanction disciplinaire n'est pas sans incidence sur la responsabilité civile d'un praticien. Depuis quelques années, la doctrine juridique admet que le droit commun de la responsabilité civile puisse être influencé par d'autres types de règles qui ne revêtent pas toujours un caractère juridique[998]. Cela est particulièrement vrai en matière de responsabilité civile médicale pour laquelle de nombreuses décisions ont été rendues sur le fondement de la déontologie médicale.

Cette situation interroge sur les effets d'un manquement déontologique sur la responsabilité civile du médecin : est-il possible que ce manquement entraine également des conséquences sur la responsabilité civile du médecin ? Si la réponse semble évidente, dans la mesure où la sanction disciplinaire se distingue fondamentalement des principes de la responsabilité civile, les récents arrêts sur les conséquences d'un manquement déontologique permettent d'en douter. En effet, dès lors qu'un même fait est susceptible d'engager plusieurs responsabilités, le risque de confusion entre elles peut légitimement se poser.

Certes, il existe un principe d'indépendance entre l'action disciplinaire et l'action civile. Cependant, celui-ci n'exclut pas que la responsabilité civile médicale puisse être fondée sur la violation d'une règle de déontologie médicale (**titre I**) qui permet *in fine* d'admettre une identité des fautes civile et déontologique (**titre II**).

Titre I. La responsabilité civile fondée par la violation d'un devoir déontologique.

Titre II. L'affirmation d'une identité des fautes civile et déontologique.

[998] V. Maurin L., « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD civ*., 2015, p. 517.

TITRE I. LA RESPONSABILITÉ CIVILE FONDÉE PAR LA VIOLATION D'UN DEVOIR DÉONTOLOGIQUE

223. Prise en compte de la sanction disciplinaire. L'ambiguïté des rapports entre la déontologie médicale et la responsabilité civile est premièrement caractérisée par la prise en compte des règles déontologiques dans l'instance judiciaire pour engager la responsabilité d'un médecin. Antérieurement de nature contractuelle et extracontractuelle, la responsabilité du médecin est aujourd'hui légale, pénale et disciplinaire dès lors que le manquement invoqué est à l'origine d'un dommage. La conséquence principale de cette triade de responsabilité est que le médecin est également soumis à des règles de différentes natures puisque chacune d'elles fait appel à une responsabilité de même nature. Un « bon » médecin doit savoir et pouvoir alterner entre obligations déontologiques et obligations légales ; si bien que les unes se confondent, voire se substituent, souvent aux autres rendant encore plus délicate la distinction du fondement de la responsabilité du médecin. Pour pallier cette confusion, le juge et le législateur ont entendu clarifier les obligations du médecin. C'est dans ce contexte que sont intervenues plusieurs arrêts de principe et lois fondamentales, dont la loi du 4 mars 2002[999], afin de construire et clarifier le régime de la responsabilité civile médicale. Dans ce grand mouvement de « *judiciarisation* » de l'exercice médical et de la relation médicale, certains devoirs issus de la déontologie médicale ont été consacrés par le législateur. Si cette situation peut ou a pu se justifier, elle n'en reste pas moins sans conséquences, notamment pour la déontologie médicale qui se voit vidée de sa substance pour rayonner dans un domaine qui lui était pourtant, à l'origine, totalement étranger. Les règles déontologiques consacrées par le législateur ont une valeur légale, supérieure à leur valeur déontologique, désormais relayée au second plan. Dès lors, si le juge judiciaire a pu fonder la responsabilité du médecin sur la violation d'une règle déontologique (**chapitre 1**), c'est à la condition de pouvoir identifier clairement, parmi ces règles professionnelles, lesquelles présentent un intérêt particulier pour sa décision (**chapitre 2**).

Chapitre 1. La responsabilité civile influencée par la déontologie médicale.

Chapitre 2. L'identification des règles professionnelles susceptibles d'influencer la responsabilité civile.

[999] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

CHAPITRE 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE INFLUENCÉE PAR LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

224. Influence déontologique. La mise en lumière récente des règles issues de la déontologie médicale dans la procédure judiciaire interroge sur les relations que peuvent entretenir l'ordre juridique de droit commun de la responsabilité civile et ces règles professionnelles. L'utilisation croissante des règles professionnelles par le juge judiciaire révèle une reconnaissance et une affirmation plus importantes de ces dernières dans l'ordonnancement et le raisonnement juridique. La prise en compte des devoirs émanant de la déontologie médicale dans le droit commun de la responsabilité civile est de différentes formes. La plus immédiate est l'intégration directe du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique. Ce phénomène d'intégration contribue à minimiser la distinction entre droit et déontologie médicale. Pourtant la déontologie et le droit se distinguent par leur champ de compétence respectif. En effet, la déontologie ne s'intéresse qu'aux professionnels concernés par l'exercice de la médecine au contraire du droit qui vise l'ensemble des citoyens. Par conséquent, la sanction des manquements aux devoirs déontologiques revient à la juridiction disciplinaire et non aux tribunaux de l'ordre judiciaire. C'est pour cette raison principale que le rejet de la déontologie médicale comme fondement de la responsabilité civile demeure un principe théorique (**section 1**) qui cède en pratique devant les constats jurisprudentiels d'une incidence directe de la sanction disciplinaire sur la décision judiciaire (**section 2**).

SECTION 1. LE REJET DE LA DÉONTOLOGIE COMME FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

225. L'influence déontologique rejetée. Le mouvement de prise en compte de la déontologie médicale par le droit commun de la responsabilité est relativement récent. En matière de déontologie médicale, dès lors que les juges de cassation ont admis la possibilité de prendre en compte un manquement déontologique « *à l'appui* »[1000] de la qualification fautive, il y a eu une accélération des rapports entre ces deux règles. À travers les décisions jurisprudentielles, les rapports d'autonomie et d'indépendance entre déontologie médicale et

[1000] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997 n° 95-12.576, *JCP G* 1997, II, 22829, rapp. Sargos P.

responsabilité civile se sont affirmés. L'une des raisons principales de ce rejet demeure encore aujourd'hui attachée au statut juridique des règles de déontologie médicale parce qu'elles sont historiquement élaborées par le corps professionnel dans le but exclusif d'organiser le bon fonctionnement de la profession, ce postulat a empêché l'idée de considérer la déontologie comme une règle non professionnelle. Pourtant, malgré le rejet orthodoxe de la déontologie médicale comme fondement d'une faute civile (I), les incidences de la sanction disciplinaire sur la faute civile se sont davantage marquées (II).

I. LE REJET ORTHODOXE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE

226. Le rejet traditionnel de l'influence déontologique. Le rejet est utilisé pour mettre en évidence le refus marqué par la jurisprudence civile à prendre en compte un manquement déontologique comme fondement d'une action en responsabilité civile. Ce refus à la fois motivé par des raisons objectives et historiques s'est souvent fait au mépris des réalités liées à la pratique de l'art médical. Il faut pourtant admettre que l'application de certains principes par les professionnels entretient l'opacité à l'égard de l'institution entière et par conséquent son rejet (A). De plus, une appréciation casuistique d'un panorama de décisions jurisprudentielles permet de mettre en évidence la dureté du mouvement de refus de prise en compte des règles déontologiques, lequel est par ailleurs soutenu par une partie de la doctrine (B).

A. LE REJET MOTIVÉ PAR CERTAINS PRINCIPES DÉONTOLOGIQUES

227. Les raisons déontologiques du rejet. En principe, la déontologie est considérée comme une caractéristique des professions libérales. Certaines professions en ont fait leur caractéristique principale, à l'exemple des professions relevant du domaine de la santé telles que les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes, ou d'autres domaines tels que les experts-comptables[1001], les architectes[1002] ou encore des avocats[1003]. Selon René Savatier,

[1001] Les experts comptables sont dotés d'une déontologie depuis la loi du 3 avril 1942 instituant l'ordre des experts comptables et des comptables agréés et règlementant les titres et les professions d'expert-comptable et de comptable agréé.
[1002] Les architectes sont soumis à une déontologie depuis la loi du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes et règlementant le titre et la profession d'architecte.
[1003] Bien que soumis à un règlement intérieur du Barreau de Paris, les avocats ne sont pas soumis à un code de déontologie.

l'« *aristocratie morale* » avait un mode d'organisation afin de préserver à tout prix des valeurs telles que l'honneur et la probité dans l'intérêt des professions[1004]. Par son organisation en corporation, la profession se met à l'abri de toute intervention étatique et rappelle à tous les membres de la corporation les devoirs fondamentaux nécessaires au bon exercice de la profession. La déontologie a joué et continue de jouer un rôle de guide pour l'ensemble des membres de la profession. Les règles édictées par et pour la déontologie ont vocation à s'appliquer naturellement. En effet, « *être issues d'une origine endogène* » permet à ces règles d'être « *mieux adaptées aux besoins professionnels, et mieux acceptées par les professionnels concernés* »[1005]. Elles sont liées à la morale et exercent sur les membres de la profession la même pression que la morale. Néanmoins, parmi ces nombreuses règles, certaines entretiennent largement l'opacité de la profession. Par certaines de ses prises de position, le CNOM est encore considéré comme une organisation exclusivement orientée vers la protection des intérêts professionnels au détriment, parfois, de ceux du patient.

228. La liberté professionnelle du médecin et le libre choix du médecin par le patient correspondent au deuxième thème du code de déontologie médicale. La liberté d'exercice et la liberté de choix du patient fondent le contrat médical reconnu par la jurisprudence[1006] et la loi[1007]. Le principe de liberté constitue l'un des fondements de l'exercice libéral de la médecine. Cette liberté englobe pour le médecin la liberté d'installation, de prescription et de fixation des honoraires. En effet, il est reconnu au médecin une totale liberté dans l'exercice de son art. Il peut sur ce fondement refuser de donner des soins, hors les cas d'urgences, pour des raisons personnelles et professionnelles. Il doit dans ce cas assurer la continuité des soins en transmettant toute information utile au médecin qui suit le patient[1008].

229. Remise en cause de la liberté d'installation. Pourtant, cette liberté d'exercice est remise en question depuis quelques années, notamment la liberté d'installation qui peut dans certains cas accentuer le problème des déserts médicaux. La liberté d'installation a cependant été réaffirmée par la loi du 10 août 2011[1009]. Le médecin est entièrement libre dans son choix

---

[1004] Savatier R, « Sociologie juridique des professions libérales » *in*, *les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, p.186 et sv.
[1005] Libchaber R., « Déontologie et droit étatique », *RTD civ*., 1998, p. 218.
[1006] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier », *DP* 1936, I, 88, rapport Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.
[1007] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[1008] Art. R. 4127-47.
[1009] Loi n° 2011-940 du 10 août 2011, art. 4 qui modifie l'art. L. 1434-7 du CSP en y ajoutant la mention : « *dans le respect du principe de liberté d'installation des professionnels de santé* ».

d'installation. De cette liberté résulte un déséquilibre dans la répartition des cabinets médicaux, les plus grandes villes bénéficiant d'une surpopulation médicale au contraire des petites villes qui en subissent les conséquences[1010]. À ce titre, le gouvernement a lancé en 2012 le « *pacte territoire-santé* » afin d'encourager les nouveaux étudiants et internes à s'installer dans des zones défavorisées à l'issue de leur formation. Cette initiative du gouvernement vise à leur octroyer une bourse en contrepartie d'une installation en zone rurale. De même, depuis 2015 des praticiens désirant pallier ce problème des déserts médicaux peuvent signer un contrat « *Praticien territorial de médecine ambulatoire* » avec l'Agence Régionale de Santé (ARS) d'une durée de trois ans qui leur garantit en contrepartie un revenu suffisant et une permanence assurée en cas d'arrêt provisoire d'activité.

Les effets de ces dispositions prises par le gouvernement sont mitigés puisqu'ils n'ont pas permis de traiter définitivement les questions des déserts médicaux. Ces pratiques doivent être remises en question car elles ne sont point pérennes et n'ont de mérite que de donner l'impression de traiter la question sans véritablement le faire. En effet, si à l'issue de la formation le jeune médecin ne souhaite pas s'installer en zone rurale, il est tout simplement contraint au remboursement des sommes perçues. L'engagement lui aura certes permis de financer en partie ou totalité ses études, mais ce dernier ne se sent pas véritablement lié par ce pacte.

Il serait peut-être temps de penser à une véritable restriction de la liberté d'installation sur le fondement de l'intérêt général. Objectivement, il semble impossible, du moins difficile de concilier une politique de qualité et d'effectivité de la prise en charge des patients avec une liberté d'installation reconnue au médecin.
Cette liberté d'installation instaurée de façon corporatiste répond à des objectifs personnels et professionnels. Pourtant, la médecine poursuit un objectif d'intérêt général et à ce titre, le conseil de l'ordre des médecins assure des missions de service public. Les objectifs corporatifs relèvent ici d'intérêts privés et sont en contradiction avec les objectifs de santé publique poursuivis par le gouvernement.

[1010] V. *Atlas de la démographie médicale rendu public* en janvier 2016 par le CNOM, www.conseil-national.medecin.fr, rubrique « Démographie médicale ».

De plus, toutes les tentatives de restreindre la liberté d'installation des médecins ont reçu un accueil très mitigé[1011]. La contrainte est très mal vécue par les praticiens qui dénoncent très majoritairement une atteinte à leur droit de s'installer librement. D'ailleurs, le gouvernement ne semble pas prêt à emprunter cette voie, préférant les méthodes incitatives et non coercitives[1012].

230. Liberté de fixer les honoraires. La liberté professionnelle du médecin implique également la liberté de fixation des honoraires, qui doit se faire avec « *tact et mesure* ». C'est là un effet du contrat médical qui lie le médecin et son patient. Le médecin reçoit en contrepartie de l'acte réellement réalisé un honoraire[1013]. Cette exigence a pour finalité de préserver l'honneur et la probité de la profession[1014].

De même, la liberté de prescription du médecin[1015] doit tenir compte des données acquises de la science. Par conséquent, « *les médecins sont tenus d'observer, dans le cadre de la législation et de la réglementation en vigueur, la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement* »[1016]. À ce titre, le médecin ne saurait, par exemple prescrire, à un patient un traitement qui n'a pas reçu une autorisation de mise sur le marché[1017] de l'autorité compétente[1018].

[1011] La dernière en date est l'amendement n° AS419 proposé par les députés socialistes à l'Assemblée le 14 octobre 2016 qui n'a pas été défendu par le gouvernement. L'amendement proposait un article L. 4131-6-1 rédigé comme suit : « *Dans les zones, définies par les agences régionales de santé en concertation avec les organisations syndicales représentatives des médecins sur le plan national, dans lesquelles est constaté un fort excédent en matière d'offre de soins, le conventionnement à l'assurance maladie d'un médecin libéral ne peut intervenir qu'en concomitance avec la cessation d'activité libérale d'un médecin exerçant dans la même zone. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article* ».

[1012] Touraine Marisol ministre des Affaires Sociales et de la Santé déclare à cet effet que « *le gouvernement, qui n'est pas représenté lors de l'examen en commission, est fermement opposé à cet amendement* », précisant qu'« *une telle mesure pousserait certains médecins à exercer sans conventionnement et à proposer des soins non remboursés par la sécurité sociale. Elle contribuerait à faire émerger une médecine à deux vitesses, facteur d'inégalité inacceptable dans l'accès aux soins* », version numérique du journal La Croix consultée le 9.12.2016.

[1013] Art. R. 4127-53 CSP.

[1014] V. par exemple la décision CE du 7 décembre 1984, n° 41743, *Lebon* 1984, en l'espèce un médecin demande à son patient de lui signer un chèque sans indiquer le nom du bénéficiaire et règle lui-même les frais d'hospitalisation du dit patient sur les sommes que ce dernier lui avait versées.

[1015] Art. R. 4127-8 CSP.

[1016] Art. L. 162-2-1 du CSS.

[1017] Ou une autorisation temporaire d'utilisation, V. art. L. 5121-12 CSP, l'AMM est un préalable à toute circulation du médicament sur le marché depuis 1941.

[1018] L'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) est un établissement public chargé d'évaluer les risques des médicaments et des produits de santé sur la santé. Ancienne Agence du médicament (1993-1999), puis Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (1999-2012), elle a été mise en place par la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament à la suite de l'affaire dite du sang contaminé.

231. Liberté du choix du médecin. Le patient est également libre de choisir le médecin qu'il souhaite et d'en changer sans avoir à se justifier[1019]. Cette liberté du patient est à concilier avec les notions de consentement éclairé et d'information claire, loyale et appropriée[1020], car de cette dernière découle une prise en charge adaptée du patient. Celui-ci doit pouvoir refuser ou se soustraire à un traitement après avoir été informé des conséquences liées à son choix[1021]. Cette liberté est reconnue au patient en contrepartie de celle du médecin qui demeure libre de refuser un patient pour des motivations professionnelles et personnelles. C'est un « *principe fondamental de la sécurité sanitaire* »[1022] qui doit toutefois se concilier avec les cas particuliers, tels que l'urgence, la prise en charge par une équipe médicale ou encore les contraintes administratives.

232. Le principe de responsabilité est la contrepartie de la liberté d'exercice accordée au médecin. En effet, le médecin est personnellement responsable des décisions et actes accomplis dans la prise en charge du patient[1023]. Le médecin exerce son art dans le respect des données acquises de la science. L'article 32 du code de déontologie médicale dispose que « *dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* ». De même, le médecin ne saurait proposer au patient ou son entourage un procédé illusoire ou un remède qui n'a pas été suffisamment éprouvé, la pratique du charlatanisme étant formellement interdite[1024].
Le code de déontologie médicale met à la charge du médecin à la fois un devoir de conscience et un devoir scientifique. Le devoir de conscience concerne le respect des droits du patient et le devoir scientifique concerne le respect de l'exigence de l'acquisition des données scientifiques. À ce titre, le médecin est tenu à une obligation de formation et d'actualisation de ses connaissances[1025]. Le médecin confronté à un doute sur un diagnostic ou un traitement est tenu de faire appel à un collègue plus compétent afin d'assurer au patient une meilleure qualité des soins[1026].

[1019] Art. R. 4127-6 CSP.
[1020] Art. R. 4127-35 CSP.
[1021] Art. R. 4127-36 CSP.
[1022] Art. L. 1110-8 CSP.
[1023] Art. R. 4127-69 CSP.
[1024] Art. R. 4127-39 CSP.
[1025] Art. R. 4127-11 CSP « *Tout médecin entretient et perfectionne ses connaissances dans le respect de son obligation de développement* ».
[1026] V. par exemple Cass. civ. 1re, 27 novembre 2008, *Bull. civ.* I, n° 273, n° 07-15.963, *D.*, 2008, p. 3085 ; *D.*, 2009, p. 1304, obs. Penneau J., la Cour de cassation décide qu'« *en présence d'un doute diagnostic [constaté], les articles 32 et 33 du code de déontologie médicale faisaient devoir au praticien de recourir à l'aide de tiers*

233. La confraternité. Il ressort de l'article 56 du code de déontologie médicale que « *les médecins doivent entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité. Un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental de l'ordre. Les médecins se doivent assistance dans l'adversité* ». Il ressort de cet article que l'exercice de la médecine est corrélatif à l'idée d'union entre les médecins.

La force de l'idée corporative de la médecine qui a su conserver la cohésion et l'entente entre ses membres est présente. Les médecins se devant assistance mutuelle, c'est une obligation morale qui a été consacrée par la déontologie médicale. Un médecin qui se retrouve dans une situation difficile, notamment lorsque ce dernier est associé à un ou plusieurs autres, peut compter sur le soutien de ses confrères. À cet effet, il est fait interdiction du détournement de clientèle[1027] entre confrères. Au contraire, l'échange d'informations concernant un même patient est une obligation déontologique[1028]. Cette entraide entre les médecins participe à la confiance des patients envers eux.

Un cinquième principe fondamental aurait pu être mis en évidence, à savoir celui du respect de la déontologie. Il convient simplement de rappeler que le respect de la déontologie est de toute façon le premier principe que tous médecins doivent respecter.

Il faut noter par ailleurs que les médecins militaires ne sont pas soumis au code de déontologie médicale car ils ne sont pas contraints par l'inscription au tableau de l'ordre. Néanmoins, ils bénéficient d'un régime et d'un code de déontologie médicale propre en vertu de leur appartenance à l'armée[1029]. L'idée présentée est de défendre que l'organisation de la déontologie médicale ne soit pas la même pour toutes les autres professions. En effet, elle est différente d'un corps médical à l'autre puisque les autres professionnels de santé ne s'organisent pas forcément de cette façon, même si un mimétisme de certaines professions de santé peut être reconnu tel que cela est le cas pour les masseurs-kinésithérapeutes.

Le code de déontologie médicale est opposable à l'ensemble des médecins inscrits au tableau de l'ordre. Il énonce les droits et devoirs que ces derniers s'obligent à respecter, mettant un accent particulier sur les valeurs considérées comme fondamentales pour l'exercice de la

---

compétents ou de concours approprié ». L'affaire portait sur une naissance d'un enfant présentant une agénésie de l'avant-bras droit non détecté au cours des échographies prénatales.

[1027] Art. R. 4127-57 CSP.

[1028] Art. R. 4127-64 CSP.

[1029] Décret n° 2008-967 du 16 septembre 2008 fixant les règles de déontologie propres aux praticiens des armées.

profession. C'est ce postulat professionnel de la règle déontologique qui motive son rejet par la doctrine et la jurisprudence comme étant une règle susceptible d'entrainer une responsabilité civile.

B. LE REJET JURISPRUDENTIEL ET DOCTRINAL

234. Précisions de l'utilisation du terme rejet. Le terme rejet est présentement utilisé pour illustrer l'hostilité de la jurisprudence et la doctrine à considérer qu'un manquement déontologique puisse fonder une responsabilité civile. En effet, si la déontologie médicale n'est pas purement exclue du procès civil, elle est simplement tolérée à titre d'appui.

235. Le rejet jurisprudentiel. Un panel de décisions jurisprudentielles permet de mettre en évidence le rejet de la déontologie comme fondement de la responsabilité civile médicale. Ce rejet est assuré à la fois par les juges du fond et les juges du quai de l'horloge. Les décisions sélectionnées ont pour objectif d'illustrer la constance dans le refus d'assimilation des fautes civile et déontologique.

236. Devant les juges du fond. Les juges du fond rappellent quasi systématiquement que la violation d'une règle déontologique ne suffit pas à caractériser l'existence d'une faute civile. Dans une affaire où un cabinet d'expertise comptable poursuivait une ancienne salariée pour non-respect des règles déontologiques de concurrence déloyale, la cour d'appel de Pau s'est prononcée en retenant que « *la faute civile et la faute déontologique sont autonomes l'une de l'autre* » et qu'ainsi, « *en raison de l'autonomie des procédures disciplinaires et judiciaires, la décision rendue par une instance ordinale sur les fautes déontologiques n'a pas d'autorité de la chose jugée sur le juge judicaire qui doit vérifier que les conditions de la faute civile sont effectivement réunies* »[1030].

Dans une autre affaire médicale pour laquelle la responsabilité d'un chirurgien était recherchée par une patiente, la cour d'appel d'Aix-en-en-Provence avait décidé qu'« *attendu que si l'abstention du Docteur P. a été sanctionnée par le conseil de l'ordre des médecins le 4 juin 2000, force est de constater que cette faute déontologique ne suffit pas à engager la responsabilité civile de M. P. en l'absence de faute du médecin en relation avec un dommage*

[1030] CA Pau, 2e chambre, 1re section, 28 mars 2017, n° 15/01585.

(…) »[1031]. Dans une autre affaire, la responsabilité d'un chirurgien-dentiste était recherchée pour violation du code de déontologie. La cour d'appel de Paris avait confirmé le jugement de première instance en rappelant que « *si un même comportement constitutif d'un manquement déontologique susceptible de constituer un manquement disciplinaire, peut constituer une faute de nature à engager la responsabilité civile d'un médecin, c'est à la condition de remplir les conditions de mise en œuvre de chacune de ces responsabilités* »[1032].

237. Devant les juges de cassation. Cette position jurisprudentielle a contribué pendant plusieurs siècles à maintenir une distance théorique entre la déontologie médicale et le droit commun de la responsabilité civile. À ce jour, il n'est toujours pas possible d'engager la responsabilité civile d'un praticien sur le fondement du seul manquement à une règle de déontologie médicale. Le droit, par l'intermédiaire de la jurisprudence, maintient une certaine imperméabilité aux règles de déontologie médicale. C'est notamment ce que rappelle la Cour de cassation en décidant qu'« *en dépit de manquements déontologiques imputables à Mme A…, constitutifs d'une faute d'imprudence au sens de l'article 1383 du code civil, l'existence d'un lien de causalité entre cette faute et le préjudice allégué par les grands-parents n'était pas établie* »[1033]. La première chambre civile de la Cour de cassation s'est toujours prononcée en faveur d'une autotomie entre les fautes civile et déontologique. En matière contractuelle, elle considère que « *les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entraînent pas à elles seules l'annulation des contrats conclus en infraction à leurs dispositions* »[1034].

En dépit des évolutions jurisprudentielles sur la question, une partie de la doctrine continue d'émettre des réserves à la prise en compte des règles de déontologie médicale dans le procès civil.

238. Le rejet conforté par une partie de la doctrine. La position jurisprudentielle tenant à ne pas assimiler la faute disciplinaire à la faute civile a été largement soutenue par la

[1031] CA Aix-en-Provence 10e chambre 6 février 2007, n° 05/15933.
[1032] CA Paris, ch. 2, 31 octobre 2019, n° 18/15941.
[1033] Cass. civ. 2e, 13 janvier 2011, n° 10-13.675, la responsabilité d'une praticienne était recherchée pour avoir produit une attestation médicale au mépris des règles déontologiques.
[1034] Cass. civ. 1re, 18 avril 1961, *Bull. civ*. 1961, I, n° 210 ; *JCP G* 1961, II, 12184, note Savatier. Dans le même sens, Cass. civ. 1re, 5 novembre 1991, n° 89-15.179, *Bull. civ*. 1991, I, n° 297, *JurisData* n° 1991-002903 ; *RTD civ.* 1992, p. 383, obs. Mestre.

doctrine[1035]. Notamment, lorsqu'il a été question de mettre en avant des raisons objectives pour justifier cette position, les intérêts juridiques sont largement défendus au détriment des intérêts privés poursuivis par la déontologie médicale. La déontologie médicale est toujours considérée comme un bouclier pour les médecins contre « *une surveillance extérieure (...) et impose ses règles aux assurances, aux hôpitaux, aux patients dans leurs relations avec un médecin du secteur public comme du secteur privé* »[1036]. Ce bouclier, combiné à l'absence de normativité certaine des règles de déontologie médicale, a été à l'origine d'une méfiance à la fois sociale et juridique à l'endroit de ces règles.

Les illustrations retenues l'ont été en raison de leur caractère représentatif d'une approche distincte de la déontologie par rapport au droit commun de la responsabilité civile.

Cette opposition à la prise en compte de la déontologie dans le raisonnement judiciaire est largement manifestée dans les commentaires de décisions judiciaires ayant admis une telle possibilité.

Cela a été le cas lorsque la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis que la violation d'une règle de déontologie n'était plus assimilable à une faute civile, engageant la responsabilité de l'expert-comptable mis en cause[1037]. Ce revirement jurisprudentiel a été positivement accueilli. Certains ont salué le « *retour au pouvoir d'appréciation* » des juges du fond[1038], en mettant l'accent sur la nécessité de caractériser la déloyauté de l'acte litigieux. D'autres ont souligné l'intérêt d'une telle position jurisprudentielle qui permet de ne pas « *confondre les domaines civil et disciplinaire, qui doivent rester distincts* »[1039].

Si le retour à une position jurisprudentielle distinguant les fautes civile et déontologique a été positivement accueilli par la doctrine, il en a été autrement de la position instituant une telle

[1035] Selon Larousse, la doctrine juridique est un ensemble de travaux ayant pour objet d'exposer ou d'interpréter le droit et qui constituent l'une des sources des sciences juridiques.

[1036] Rodwin M. A., Les conflits d'intérêts en médecine – France, États-Unis, Japon, Presses de l'EHESP, 2014, p. 63.

[1037] Com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, *Bull. civ*. IV, n° 128 ; *D*., 2013. AJ 2165, obs. Chevrier E. ; *D*., 2013. 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Serra Y. ; *D*., avocats 2013. 359, obs. Dargent L. ; *D*., avocats 2013. 417, Pan. Obs. Piau D. ; *JCP* 2013. 1203, note Brigant J.-M. ; *JCP E* 2013. 1676, note Brigant J.-M. ; Mouillard A., rapp. *RJDA* 2013. 819.

[1038] Chevrier E., « Toute infraction aux règles déontologiques n'est pas déloyale per se », note sous Cass. com. 10 septembre 2013 n° 12-19.356.

[1039] De Belval B., « Faute déontologique, faute civile, le retour à la distinction », *Gaz. Pal*., 2013, n° 341.

assimilation[1040]. Certains avaient mis en avant l'absence de « *bon sens* » des hauts magistrats qui avaient confondu les intérêts en présence[1041].

Plusieurs d'entre eux s'accordent pourtant à dire que « *le statut de la déontologie n'est donc pas facile à fixer au regard du droit français* », il s'agit de l'une des manifestations du pluralisme normatif[1042].

Cependant, une autre partie de la doctrine a progressivement intégré l'apport des règles de déontologie dans la décision judiciaire. Ces règles, issues de codes réglementaires, sont désormais considérées comme de « *véritables décrets d'application des lois intervenant dans leur champ traditionnel de compétence* »[1043].

Malgré cela, la déontologie, qu'elle soit médicale ou non, a également été relayée au second plan en raison des questionnements nés de son caractère normatif.

II. LE REJET DE LA DÉONTOLOGIE MOTIVÉ PAR L'ABSENCE DE JURIDICITÉ DE LA DÉONTOLOGIE

239. Nature juridique de la déontologie. La question de la juridicité[1044] des règles déontologiques, même si elle peut paraître hors de propos, n'en est pas moins intéressante pour le sujet. En effet, la déontologie a, par sa force juridique, réussi à s'immiscer dans le droit commun de la responsabilité civile. Si cette intrusion déontologique emprunte officiellement des voies légales, bien qu'on ne lui en reconnaisse pas directement les effets, cette intrusion emprunte également des voies officieuses par lesquelles seules ces dernières en bénéficient. En effet, on reconnait sans difficultés le statut réglementaire de la déontologie médicale. En revanche les effets attachés à ce statut juridique de la déontologie sont souvent décriés, limités voire considérés comme une simple opportunité sans réel impact juridique. Contrairement à certaines autres déontologies[1045], la déontologie médicale représente pour la profession

---

[1040] Cass. com. 29 avril 1997 n° 94-21.424, *Bull. civ*. 1997, IV n° 111 p. 98, *D*., 1997, p. 459, note Serra Y ; *RTD civ*. 1998, p. 218, obs. Libchaber R. ; *JCP G* 1997, I, 4068, obs. Viney G.

[1041] V. spéc. obs. de Serra Y. et Picod Y. ; Barbieri J.-F., *in Responsabilité civile des experts-comptables*, éd. EFL, coll. Thèmexpress, 2013, n° 5.

[1042] Libchaber R., « Déontologie et droit étatique », *RTD civ*., 1998, p. 218.

[1043] Moret-Bailly J., « Que signifie la déontologie aujourd'hui ? », *RDSS*, 2018, HS, p. 7.

[1044] Caractère de ce qui relève du droit, par opposition aux mœurs, à la morale, aux convenances, Cornu G., vocabulaire juridique, PUF, 10e édition.

[1045] L'exemple de la déontologie des magistrats qui est considérée comme un simple guide pour les professionnels, *un recueil des règles déontologiques* dépourvu de force contraignante. L'article a.8 dispose que « *les magistrats ne peuvent être poursuivis disciplinairement en raison de leurs décisions juridictionnelles* ».

médicale un véritable code juridique. Le code de déontologie médicale réglemente la profession, en ce qu'il prévoit un canevas de règles obligatoires dont l'inexécution entraine, du point de vue du juge disciplinaire, systématiquement une sanction. Dans ce cas, la question est celle de savoir en quoi la règle déontologique est juridique ? La déontologie médicale bénéficie d'un mécanisme de sanction qui lui est spécifique mais ce dernier ne suffit pas à lui seul pour mettre en évidence la juridicité de sa règle et sa pénétration dans le droit positif. C'est pour cette raison principale que le caractère normatif de la règle déontologique est remis en cause (A). Toutefois, la question de la juridicité de la règle déontologique s'apprécie par rapport à sa capacité à intégrer le droit positif[1046], ce qui permet d'admettre l'intégration de la déontologie dans le droit commun de la responsabilité civile (B).

A. LA REMISE EN CAUSE DU CARACTÈRE NORMATIF DE LA DÉONTOLOGIE

240. Discussion de la normativité de la déontologie médicale. La règle déontologique, en dépit de son origine privée, est une véritable règle de droit parce qu'elle met à la charge de ses destinataires des devoirs obligatoires dont le manquement entraine des sanctions. En cela, elle s'apparente à la règle du droit commun dont elle se distingue nettement par sa portée limitée aux seuls professionnels. Le raisonnement présenté est celui qui se fonde sur la sanction de la règle déontologique pour en révéler le caractère juridique. Il faut faire abstraction du débat doctrinal selon lequel le caractère sanctionnateur d'une règle ne suffit pas à lui seul pour dire de cette règle qu'elle est juridique ou pas. Dans ce cas, il sera simplement démontré que c'est principalement grâce à sa sanction que la déontologie médicale a acquis un caractère juridique. Ce, d'autant plus que c'est la sanction qui lui assure son effectivité[1047].
La règle déontologique est une règle effective dont il est inutile de nier les effets dans le droit positif et plus particulièrement en matière de responsabilité civile médicale.

241. La sanction disciplinaire gage, d'impérativité et de répression. À la différence des règles du droit commun, les règles de déontologie médicale ont toutes une portée impérative dès lors que le manquement est établi. En effet, dans le procès disciplinaire il

[1046] Moret-Bailly J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001, p. 27.
[1047] Sur la notion d'effectivité V. Leroy Y., *La notion d'effectivité du droit*, Droit et société, vol. 79, n° 3, 2011, pp. 715-732.

n'existe pas de distinction entre règles impératives et supplétives[1048], elles sont toutes impératives et ont vocation à s'appliquer avec la même intensité aux professionnels. Seule l'échelle des sanctions peut, à ce stade, indiquer le degré d'impérativité de la règle déontologique.

Le gynécologue-obstétricien poursuivi pour un défaut de prise en charge, d'une patiente ayant entrainé un accouchement prématuré d'un enfant en souffrance cardiaque, a été condamné d'une interdiction temporaire d'exercer de six mois[1049]. De même, un chirurgien écope d'une interdiction temporaire d'exercer d'un an après avoir pratiqué une ablation d'un sein sain sans respect du protocole interdisciplinaire nécessaire[1050]. L'échelle des sanctions pouvant aller, rappelons-le, de l'avertissement à la radiation du tableau de l'ordre des médecins en passant par le blâme et la suspension temporaire d'exercer.

242. Impérativité. La règle déontologique est une **règle impérative** pour les professionnels auxquels elle s'applique sans distinction. Son impérativité et son effectivité dépendent de son application, de sa capacité à s'imposer aux professionnels, de sorte que son inobservation entraine une sanction. Si par une vision simpliste la fonction de la loi est de prescrire, interdire et sanctionner[1051], cette même vision peut aisément s'appliquer à la règle de déontologie médicale. Certes, le critère de l'effectivité d'une règle basée sur le « *fait que celle-ci soit respectée ou, à défaut, sanctionnée* » peut sembler réducteur parce qu'il ne tient pas compte de la diversité et de la « *spécificité des normes juridiques* ». Néanmoins, concernant les règles impératives au sens strict, dans le cas de la règle déontologique, il se trouve parfaitement adapté. En effet, le débat relatif à l'impérativité et à l'effectivité d'une règle renvoie nécessairement à celui du caractère obligatoire ou non de ladite règle. Concernant le cas de la déontologie médicale, ce débat est inutile puisque ses règles sont obligatoires et s'imposent à tous les professionnels de la même manière[1052]. Selon MM. Moret-Bailly et Truchet, les règles déontologiques sont considérées impératives dès lors qu'elles « *créent des droits ou obligations, que ceux-ci sont opposables à leur destinataires et invocables par eux, […], et qu'elles peuvent être contrôlées et sanctionnées par un juge* »[1053]. Cette impérativité est par

[1048] Pour une analyse approfondie v. Peres-Dourdou C., *La règle supplétive*, éd. LGDJ, 2004, coll. Thèses.
[1049] Ch. discipl. nat., 15 septembre 2016 n° 12631.
[1050] Ch. discipl. nat., 1er octobre 2012 n° 11660.
[1051] Rapport du CE « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006, p. 282.
[1052] Art. CDM « *Les dispositions du présent code s'imposent aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, à tout médecin exécutant un acte professionnel dans les conditions prévues à l'article L. 4112-7 du code de la santé publique, ou par une convention internationale*, (…) ».
[1053] Moret-Bailly J., et Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 99.

ailleurs renforcée par les acteurs juridiques étatiques, tels que les juges, qui comme déjà évoqué précédemment, n'hésitent plus à avoir recours aux règles déontologiques pour trancher une question en responsabilité civile médicale.

En outre, la règle déontologique est une **règle répressive**, elle assure et impose au moyen de sa sanction son respect par les professionnels. Alors que plusieurs règles juridiques sont dépourvues de sanction, tel n'est en revanche pas le cas des règles de déontologie médicale, lesquelles sont toutes susceptibles d'entrainer une sanction en cas de manquement par un professionnel. L'ordre professionnel est en effet chargé de veiller au respect des règles déontologiques. Il convient de faire d'emblée une remarque, la règle déontologique qui n'a, *a priori*, vocation à s'appliquer qu'aux seuls professionnels, n'est sanctionnée que par le droit disciplinaire. Or, par ses effets, la déontologie médicale intéresse les tiers, du moins ceux qui se trouvent en relation directe avec les professionnels de santé dans l'exercice de leur art. Il a été admis qu'un patient puisse intenter une action contre un médecin devant le juge disciplinaire par l'intermédiaire de l'ordre départemental au tableau duquel le professionnel poursuivi est inscrit. Cette répression est entièrement organisée de façon disciplinaire. Cette répression caractérise principalement la force juridique des règles déontologiques. En effet, la déontologie sans le droit n'est qu'une simple règle de morale professionnelle, elle n'acquiert son caractère juridique que grâce et par le droit, certes disciplinaire dans un premier temps. D'abord, grâce au droit, parce que c'est bien lui, ou plus exactement les mécanismes du droit commun qui ont conféré à la déontologie médicale son statut réglementaire actuel avec pour privilège de siéger dans un code législatif étatique. Ensuite par le droit, parce que la déontologie bénéficie d'un droit spécifique dont elle peut se vanter tant pour son autonomie que pour sa particularité procédurale (une justice par les membres du groupe sous la présidence d'un magistrat administratif). Avec le droit à ses côtés, la déontologie devient une règle de morale professionnelle contraignante et répressive pour les professionnels.

Dès lors, la sanction prononcée par les chambres disciplinaires de l'ordre s'entend comme une sanction ayant un caractère juridique pour plusieurs raisons. D'abord du point de vue institutionnel, rappelons que les chambres disciplinaires bénéficient d'une autonomie institutionnelle et ne sont, par conséquent, soumises à aucune hiérarchie. Ensuite du point de vue fonctionnel, les chambres disciplinaires sont constituées de façon collégiale et la présidence est assurée par un magistrat de l'ordre judiciaire. En outre, les praticiens professionnels

membres du collège doivent être impartiaux. Il s'en suit que les chambres disciplinaires exercent des fonctions juridictionnelles similaires à celles des juridictions judiciaires.

La sanction disciplinaire renforce la juridicité des règles déontologiques. Une fois reconnu comme tel, le pouvoir juridique d'une sanction disciplinaire exerce nécessairement une influence sur le procès en responsabilité civile d'un praticien.

B. LA POSITION ACTUELLE NUANCÉE DE LA JURISPRUDENCE

243. Approche prudente des règles déontologiques par les juges judiciaires. Alors que le législateur a affirmé le principe de la responsabilité civile médicale fautive, il n'a fait aucune définition de cette faute. Dans l'incertitude, il revient à la jurisprudence la charge d'apporter des précisions quant à la nature de cette faute. Il s'agit de l'une des principales raisons pour lesquelles le juge se saisit de tous les moyens dont il dispose pour qualifier la faute civile. C'est notamment ce qu'il a fait lorsqu'il a décidé qu'un manquement déontologique pouvait être invoqué à l'appui d'une faute d'une demande en dommages et intérêts[1054], ou encore lorsqu'il décide que « *l'arrêt relève qu'en accomplissant des actes contraires au code de déontologie médicale, notamment en délivrant des certificats médicaux de complaisances, M. X… avait commis des manquements à l'honneur ; qu'ayant ainsi caractérisé les fautes disciplinaires commises par l'expert la cour d'appel n'avait pas à procéder à des recherches qui ne lui étaient pas demandées ; que le moyen n'est pas fondé* »[1055]. Cependant, l'apport de la faute déontologique dans la qualification de la faute civile peut faire l'objet d'une double interprétation qui dépend distinctement du statut des parties au procès.

244. Interprétation négative. En l'état actuel du droit, à la question de savoir si la violation d'une règle déontologique suffit à caractériser l'existence d'une faute civile, la réponse est sans doute négative. L'interprétation négative de l'assimilation des fautes civile et déontologique est celle qui ne tient pas compte des parties au procès. En effet, les jurisprudences ayant consacré une telle assimilation concernaient majoritairement des litiges entre deux ou plusieurs professionnels et bien souvent sur des questions qui ont trait à la concurrence

[1054] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997 n° 95-12.576, *JCP G* 1997, II, 22829, rapp. Sargos P.
[1055] Cass. civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-14.896, *Bull. civ*. I, n° 126.

déloyale[1056]. Les deux parties, en leur qualité de professionnelles, étant elles-mêmes soumises au respect de leur déontologie, la constatation du manquement déontologique par le juge judiciaire suffirait dans ce cas à caractériser l'existence d'une faute civile. Cette « *souplesse* » dans l'application de la règle déontologique dans le contentieux judiciaire, dès lors qu'il s'agit de professionnels, est forcément défavorable aux victimes tierces. Ces victimes, non soumises au respect de la déontologie médicale, qui auraient subi un dommage, ne bénéficient pas d'une « *assimilation systématique* » entre la faute déontologique et la faute civile. Cet effet discriminant en fonction des victimes est évidement à proscrire et à éviter *a fortiori* lorsqu'il s'agit de la déontologie médicale. En effet, la déontologie médicale, traditionnellement conçue pour la protection des intérêts de la profession, est aujourd'hui largement dirigée vers la protection des intérêts du patient également. L'hypothèse d'une assimilation des fautes civile et déontologique dans le cadre d'un litige entre professionnels uniquement serait réductrice de l'évolution de la déontologie médicale[1057].

Que la responsabilité soit civile ou disciplinaire la faute, elle, réside toujours dans la violation d'une obligation préexistante. Ce postulat permet d'adopter une interprétation positive de l'assimilation entre faute civile et faute déontologique.

245. Interprétation positive. L'objection faite à l'assimilation des fautes civile et déontologique ne devrait pas non plus déboucher sur une indifférence totale entre elles. La faute civile est protéiforme, elle dépend à la fois de la norme violée, du domaine mais surtout des faits dont il est demandé au juge de révéler le caractère fautif. Dès lors, à défaut de pouvoir les assimiler, la faute civile et la faute déontologique ne sauraient toutefois s'exclurent car la règle déontologique participe opportunément à la qualification de la faute civile. Dans un grand nombre de domaines propres à la déontologie médicale, certains auteurs ont constaté « *une assimilation positive du manquement déontologique au manquement de droit commun,*

[1056] V. par exemple Cass. com. 10 septembre 2013 n° 12-19.356, *JurisData* n° 2013-018905 ; Contrats, conc. Consom. 2013, comm. 237, Malaurie-Vignal M. ; Chevrier E., « Toute infraction aux règles déontologiques n'est pas déloyale per se », note sous Cass. com. 10 septembre 2013.

[1057] Sur le site du CNOM on peut lire que « *L'intervention régalienne souligne bien que la déontologie n'est pas seulement un répertoire de règles que des professionnels se donne entre eux, comme le croient parfois des médecins, mais aussi et même fondamentalement, un élément de l'organisation sociale. D'ailleurs, si les dispositions édictées par le code de déontologie médicale s'appliquent implicitement au « colloque singulier » et aux relations confraternelles, le premier code de 1947 comportait déjà des références sociales liées à la mise en place des assurances du même nom. Depuis, des ajouts ou des extensions, largement sollicités par la puissance publique, sont venus mettre l'accent sur ces aspects collectifs, sanitaires et sociaux, en suscitant un débat permanent* ». https://www.conseil-national.medecin.fr/article/la-deontologie-medicale-et-son-environnement-juridique-719.

*caractérisant la faute et pouvant, de ce fait, donner lieu à une réparation sur le plan civi*l »[1058]. En effet, il n'existe pas de frontière étanche entre ces deux ordres normatifs, la violation d'une règle déontologique peut trouver un écho favorable dans la violation d'une règle du droit commun de la responsabilité civile. Telle est la position dominante de la chambre civile de la Cour de cassation considérant que « *la méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une demande en dommages-intérêts dirigé contre un médecin, et qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne fait pas obstacle* »[1059]. Cette décision met clairement en évidence les rapports que peuvent entretenir la faute civile et la faute déontologique qu'elle rappelle la souveraineté du juge et l'autonomie des ordres judiciaires et disciplinaires.

Cela revient à dire que toutes les fautes déontologiques ne peuvent pas être considérées comme des fautes civiles. Si elles le sont c'est uniquement parce qu'elles ont revêtu une finalité civile ; c'est-à-dire qu'elles répondent, aux yeux souverains du juge, à la finalité de la responsabilité civile. Le temps de l'indifférence des fautes civile et déontologique est bien révolu[1060], même si la violation d'une règle de déontologie ne suffit pas, à elle seule, à l'allocation de dommage et intérêts[1061], elle concourt à établir et qualifier le fait générateur de responsabilité.

Cela peut s'expliquer par la légitimité de la règle déontologique à résoudre certaines questions. En effet, la faute déontologique correspond à un manquement à la technique professionnelle, c'est pour cette raison qu'elle est appréciée et sanctionnée par les professionnels eux-mêmes. Cette technicité qui échappe à la compétence du juge judiciaire déjà évoquée[1062] devient un atout pour lui dès lors qu'il est saisi pour apprécier les mêmes faits en responsabilité civile. Le maintien d'un rapport d'autonomie entre la déontologie et la faute civile se justifie d'autant plus dans les domaines d'une grande spécialité dont il est évident qu'un juge, à la seule lumière de la loi, ne saurait véritablement conclure à l'existence ou pas d'une faute civile. Tel est le cas de la médecine psychiatrique pour lequel le juge avait, à l'aune des dispositions du code de déontologie médicale, décidé que le médecin n'avait pas commis de faute[1063]. Les

[1058] Terrier E., « Déontologie médicale et droit », th., op. cit., p. 421.
[1059] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997 n° 95-12.576, Audat, *Bull. civ*. I, n° 99, R. 1997, p. 273.
[1060] Benisty S., « L'identification du manquement déontologique à une faute délictuelle : l'implicite confirmation dans le contentieux de la concurrence déloyale », *op. cit.*
[1061] Cass. civ. 1re, 5 novembre 1991 n° 89-15.179, *Bull. civ*. I, 1991 n° 297, p. 195.
[1062] V. *supra* n° 166 sv.
[1063] Cass. civ. 1re, 23 mai 2000 n° 98-18.513, *Bull. civ*. I, 2000, n° 159, p. 103.

professionnels, même soumis au respect de leur déontologie, n'échappent pas à l'application de la loi. En effet, le juge judiciaire peut trouver dans les dispositions déontologiques des éléments d'appréciation et de qualification permettant de faire respecter l'esprit de la responsabilité civile. Les dispositions légales peuvent être appréciées à la lumière de la déontologie. Les insuffisances de la loi sont alors comblées par la spécificité de la déontologie qui répond aux questions techniques que le juge doit trancher.

Partant de ce postulat, on peut comprendre et apprécier en conséquence qu'une sanction disciplinaire puisse avoir une influence positive sur la reconnaissance de la responsabilité d'un praticien poursuivi.

SECTION 2. L'INCIDENCE DIRECTE DE LA SANCTION DISCIPLINAIRE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE

246. Apport de la sanction disciplinaire. La tendance jurisprudentielle actuelle qui est celle d'exclure qu'une faute disciplinaire puisse entrainer à elle seule des sanctions civiles pour le médecin doit être nuancée. En effet, l'objectif du juge n'est pas de se référer à une règle privée pour fonder sa décision, or ce dernier est contraint par le droit de rendre la justice pour ne pas être accusé de déni de justice[1064]. Le juge va se servir des différentes disciplines pour fonder son jugement. En dépit des difficultés liées à la définition précise de la faute civile, l'exclusion de la déontologie médicale ne se justifie plus en l'état actuel du droit et eu égard à l'évolution des droits du patient.

Il est vrai qu'admettre un rapport direct entre la faute disciplinaire et la faute civile engendrerait des conséquences non pas seulement au niveau de la responsabilité civile médicale mais poserait également la question des sources positives du droit. Si la faute disciplinaire entraine systématiquement des sanctions civiles, la déontologie peut être considérée comme une source de droit. Par conséquent, la prise en compte progressive de la faute disciplinaire dans la procédure civile (I) n'est pas sans conséquences (II).

[1064] Art. 4 C. civ. « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

I. LA PRISE EN COMPTE DE LA SANCTION DISCIPLINAIRE

247. Influence directe de la sanction disciplinaire. En dépit de l'absence de l'autorité de la chose jugée au disciplinaire sur le civil, la sanction disciplinaire peut avoir une influence directe sur la décision du juge judiciaire en matière de responsabilité civile médicale. Les rapports d'autonomie entre le juge disciplinaire et le juge judiciaire ne sont pas de nature à faire obstacle à ce que ce dernier admette qu'une faute disciplinaire puisse être invoquée à « *l'appui* » d'une demande d'indemnisation devant lui (A). Lorsqu'elle est admise par le juge judiciaire, la sanction disciplinaire devient un instrument juridique permettant une justification de sa décision (B). Ce, d'autant plus que le législateur s'est lui aussi intéressé aux règles professionnelles pour mettre à la charge des médecins des obligations médicales. C'est principalement parce que certaines obligations déontologiques ont été extraites de la déontologie médicale pour être estampillées comme des obligations légales que leur influence sur la responsabilité civile médicale se justifie.

A. LA FAUTE DISCIPLINAIRE À L' « APPUI » DE LA FAUTE CIVILE

248. L'appui de la sanction disciplinaire. Si le manquement à une devoir déontologique ne constitue pas nécessairement une faute civile de nature à entrainer une responsabilité, le juge judiciaire a toutefois admis l'intérêt de cette décision devant lui, pour appuyer la demande.

249. Les hésitations jurisprudentielles sur la question de l'assimilation des deux fautes. La question des rapports entre la faute civile et la faute déontologique connait en jurisprudence ses heures troubles. Parce qu'elle se situe entre une faute morale et une faute juridique[1065], l'appréciation de la faute déontologique par la Cour de cassation a longtemps été divergente. Alors qu'il était traditionnellement admis qu'une faute déontologique ne constitue pas une faute civile, l'une et l'autre n'ayant pas la même finalité, elles ne peuvent s'assimiler. Dans un arrêt de 1988, la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que « *toute infraction au Code de déontologie de la profession d'expert-comptable ne constitue pas*

[1065] « L'obligation déontologique ne peut être qualifiée, de façon systématique, d'obligation morale ou juridique », Gutmann D., « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *op. cit*. p. 115.

nécessairement une faute civile »[1066]. Cette position jurisprudentielle a été remise en cause quelques années plus tard par la même chambre commerciale de la Cour de cassation qui a considéré qu'un manquement à une règle de déontologie constituait un acte de concurrence déloyale[1067].

250. La période d'assimilation entre faute civile et faute déontologique. Quelques arrêts ont suffi pour lancer un rapport d'automaticité entre la faute déontologique et la faute civile. En 1997, la chambre commerciale, saisie d'une affaire de concurrence déloyale entre plusieurs experts-comptables a décidé que les transferts de dossiers de certains clients s'étaient effectués en « *méconnaissance des règles déontologiques de la profession d'expert-comptable, ce qui suffisait à établir que de tels agissements étaient constitutifs de concurrence déloyale* »[1068]. En 2000, la chambre commerciale, censurant la cour d'appel, avait réaffirmé sa position en considérant dans une affaire similaire que « (…) *le transfert de dossiers de certains clients de la société Creste et Lefèvre à la société Arc Sogex s'était effectué en méconnaissance des règles déontologiques lui imposant de vérifier que le précédent expert-comptable avait été honoré pour ses prestations, ce qui suffisait à établir l'existence d'une faute* »[1069]. Cette position controversée en doctrine a pourtant été maintenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2001[1070] et 2011[1071] par des attendus similaires à celui de 1997.

Pour la chambre commerciale, la violation d'une règle déontologique constituait toujours une faute civile, mais une analyse de ces arrêts révèle d'abord que l'assimilation systématique des fautes civile et déontologique n'a été la position que de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Pour leur part, les chambres civiles, bien que pionnières en matière de prise en compte des règles déontologiques dans le contentieux civil, se sont souvent prononcées en faveur d'une autonomie des fautes civile et déontologique. Ensuite, il faut relever que l'assimilation systématique des fautes civile et déontologique n'a été consacrée que pour la question de la concurrence déloyale entre expert-comptable, ce qui induisait un traitement

---

[1066] Cass. civ. 1re, 21 juin 1988, n° 86-19.017, *Bull. civ*. IV, n° 210.
[1067] Cass. com. 29 avril 1997 n° 94-21.424, *Bull. civ*. 1997, IV n° 111 p. 98, *D*., 1997, p. 459, note Serra Y ; *RTD civ*. 1998, p. 218, obs. Libchaber R., *; JCP G* 1997, I, 4068, obs. Viney G.
[1068] Cass. com. 29 avril 1997 n° 94-21.424, *op. cit.*
[1069] Cass. com. 18 avril 2000 n° 97-17.719.
[1070] Cass. com. 22 mai 2001 n° 95-14.909, « (…) *qu'en l'état de ces seules énonciations et constations dont il ressortait que les transferts des dossiers de certains clients s'étaient effectués en méconnaissance des règles déontologique, ce qui suffisait à établir que de tels agissement étaient constitutifs de concurrence déloyale* ».
[1071] Cass. com. 12 juillet 2011 n° 10-25.386, « (…) *les transferts des dossiers des quatre clients du Cabinet A… à la société IEAD s'étaient effectués en méconnaissance des règles déontologiques de la profession d'expert-comptable, ce qui suffisait à établir que de tels agissements étaient constitutifs de concurrence déloyale* ».

différent de la règle déontologique en dehors de la concurrence déloyale[1072]. Or, la question de la hiérarchie de la faute est une notion étrangère à la déontologie puisque tous les manquements se valent, seules les sanctions diffèrent.

La position jurisprudentielle consistant en une assimilation pure et simple des fautes civile et déontologique participait indéniablement au renforcement de la normativité de la déontologie, cette dernière prévalant sur l'autre de sorte qu'il n'y ait plus de distinction ente la norme de déontologie et la norme civile. Or, la règle déontologique ayant fondamentalement vocation à régir un groupe professionnel, elle est cantonnée à un groupe social qui s'oblige à la respecter sous peine de sanctions disciplinaires[1073]. Eu égard à la relativité de la norme déontologique, certains considèrent que cette dernière pourrait avoir pour devise « *Du groupe pour le groupe et en son sein* »[1074], comme pour marquer la différence fondamentale qu'entretiennent ces deux normes.

Par ailleurs, il convient de noter que la première chambre civile, même si elle n'a pas consacré de façon explicite une automaticité entre la faute civile et la faute déontologique, n'hésite pas à engager la responsabilité civile des praticiens en admettant leur(s) manquement(s) aux règles déontologiques. Cela a été le cas lorsqu'elle a admis la responsabilité d'un gynécologue qui a accepté de déclencher l'accouchement d'une patiente parce que cette dernière souhaitait mettre au monde son enfant le jour de son anniversaire de mariage en dépit de la complexité du cas. Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé que la violation de « (…) *l'obligation pesant sur lui, en application de l'article 18 du code de déontologie médicale issu du décret n° 79-506 du 28 juin 1979, de ne pas faire courir au patient un risque injustifié et de refuser d'accéder à ses demandes qui l'exposaient, sans justification thérapeutique, à un danger* » était constitutif d'une faute de nature à engager sa responsabilité[1075].

Inversement, la première chambre civile n'hésite pas à exclure la responsabilité d'un praticien qui limite l'information délivrée au patient dès lors qu'une telle limitation est fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient[1076]. L'intérêt du patient est utilisé en

---

[1072] Brigant J.-M., « Faute civile et faute déontologique : l'autonomie c'est maintenant ! », *La semaine juridique Entreprise et affaire*, n° 49, 2013, p. 1676.

[1073] Sur la faute contractuelle Cass. civ. 1re 5 novembre 1991 n° 89-15.179 « *Attendu que les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entrainent pas à elles seules la nullité des contrats conclus en infraction à leurs dispositions* ».

[1074] Jacques Ph., *« Faute déontologique et faute civile, notamment contractuelle »*, *RLDC* 2006/31, n° 2211.

[1075] Cass. civ. 1re, 27 mai 1998, n° 96-19.161, *Bull. civ.* I, n° 187, p. 126, *RTD civ*. 2004, p. 641, note Lokiec P. ; Cass. civ. 1re, 27 novembre 2008, n° 07-15.963, *Bull. civ*. I, n° 273, *D*., 2009, p. 1302, obs. Penneau J., *RLDC* 2009/57, n° 3296, note Bugnicourt J.-Ph.

[1076] Cass. civ. 1re, 23 mai 2000, n° 98-18.513, *Bull. civ*. I, n° 159, p. 103, *D*., 2000, p. 470, obs. Jourdain P. au sujet de l'article 42 du code de déontologie médicale issu du décret n° 79-506 du 28 juin 1979.

l'espèce par le juge pour justifier sa décision et sa position au regard de la prise en compte des règles déontologiques.

Certaines affaires de la première chambre civile sont plus explicites sur les conséquences d'un manquement déontologique. En 2005, par exemple, elle a admis que le manquement déontologique puisse, à lui seul, constituer une faute civile en précisant que « *la cour d'appel a retenu à tort que les manquements aux règles de déontologie constatés (...) ne pouvaient être à eux seuls constitutifs d'une concurrence déloyale engageant la responsabilité de leurs auteurs en l'absence de preuve d'une volonté délibérée de nuire et de manœuvres de détournement de clientèle* »[1077]. Il n'est pas nécessaire que le manquement déontologique soit doublé de manœuvres illicites, ni qu'il soit animé d'une volonté délibérée de nuire pour pouvoir caractériser l'existence d'une faute civile.

Finalement, cette automaticité entre la faute civile et la faute déontologique portait atteinte au principe d'autonomie et d'indépendance du juge, lequel devait se contenter de constater la faute civile sans toutefois la qualifier véritablement. À terme, la question de l'extension du champ d'application de la déontologie devient essentielle. Si la faute déontologique est une faute civile, cela revient à admettre que la déontologie puisse concurrencer le droit, ce qui n'est pas sa finalité.

Pendant une période jurisprudentielle, le manquement à une règle déontologique équivalait à l'existence d'une faute civile de nature à engager la responsabilité de son auteur, le retour à la distinction des fautes a été opéré par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

251. Le retour à la distinction des fautes civile et déontologique. La chambre commerciale de la Cour de cassation est revenue de façon opportune sur l'assimilation systématique qu'elle avait elle-même instituée. Depuis 2013, elle considère à nouveau qu'« *un manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanction disciplinaire, ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale* »[1078]. Ce retour à la distinction des fautes civile et déontologique a été positivement accueilli par la doctrine tout en suscitant quelques remarques.

[1077] Cass. civ. 1re, 29 novembre 2005, n° 03-10.877, à propos de la violation de l'article 85 du code de déontologie médicale par des médecins radiologues ayant ouvert chacun un cabinet secondaire dans la localité où ils exerçaient.
[1078] Cass. com. 10 septembre 2013 n° 12-19.356, *JurisData* n° 2013-018905 ; Contrats, conc. Consom. 2013, comm. 237, Malaurie-Vignal M. ; Chevrier E., « Toute infraction aux règles déontologiques n'est pas déloyale per se », note sous Cass. com. 10 septembre 2013.

D'abord, il est possible de remarquer la similitude évidente de la rédaction antérieure à la période d'assimilation systématique des fautes civile et déontologique. En effet, la chambre commerciale avait déjà considéré de façon générale que « *toute infraction au Code de déontologie de la profession d'expert-comptable ne constitue pas nécessairement une faute civile* »[1079]. Pour autant, doit-on considérer que la portée générale de l'autonomie des fautes civile et déontologique posée en 1988 a été limitée par la décision de 2013 ? En effet, dans sa décision de 2013, la chambre commerciale vise seulement l'assimilation entre concurrence déloyale et manquement déontologique. À la lecture de ces deux décisions, le message semble sans équivoque : qu'il s'agisse d'un défaut d'information ou d'un démarchage de clientèle en méconnaissance des règles déontologiques, ces manquements ne peuvent être considérés systématiquement comme une faute civile, peu important que cette dernière s'analyse en une concurrence déloyale ou autrement.

Ensuite, il faut remarquer que ce retour à la distinction des fautes civile et déontologique s'inscrit également dans la position traditionnelle dominante des chambres civiles qui se sont souvent prononcées d'une part, en faveur d'un rapport d'autonomie entre les deux fautes tant en matière contractuelle[1080] que délictuelle[1081] et, d'autre part, sur l'absence d'incidence de la déontologie sur le procès civil[1082]. Cette vision unanime de la Cour de cassation participe à une meilleure lisibilité du degré d'intégration des règles déontologiques dans le raisonnement jurisprudentiel.

Enfin, il convient de relever que la violation d'une règle déontologique ne constitue pas « *nécessairement* » un acte de concurrence déloyale. Cela signifie bien qu'il ne faut pas non plus tomber dans une extrême position consistant à exclure systématiquement tous rapports entre la faute civile et la faute déontologique. Il s'agit simplement d'exclure toute déduction systématique de la faute civile par la présence d'une faute déontologique, les deux n'ayant pas la même finalité. Réciproquement, l'absence de faute civile n'exclut pas la faute déontologique, les moyens de procédure auxquels répondent les deux fautes marquant par ailleurs leur différence fondamentale.

[1079] Cass. com. 21 juin 1988 n° 86-19.017, *Bull. civ*. IV, n° 210.
[1080] Cass. civ. 1re, 28 juin 1989 n° 87-20.211, *Bull. civ*. I, 1989, n° 258, p. 172 ; 5 novembre 1991 n° 89-15.179, *Bull. civ*. I, 1991, n° 297, p. 195.
[1081] Cass. civ. 1re,18 mars 1997 n° 95-12.576, *JCP G* 1997, II, 22829, rapp. Sargos P. ; 19 décembre 2000 n° 99-12.403, *Bull*. I, 2000, n° 331, p. 214 ; 27 janvier 2004 n° 01-12.391, *Bull. civ*. I, 2004, n° 24, p. 19.
[1082] Cass. civ. 1re, 3 mars 2011 n° 10-14.012, *Bull. civ*. I, 2011, n° 42 ; Cass. civ. 2e, 21 octobre 2010, n° 09-12.078, *Bull. civ*. II, 2010, n° 172.

En revenant sur sa position, la chambre commerciale entend redonner au juge son pouvoir d'appréciation des conditions de la responsabilité civile, notamment du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Pour que le manquement déontologique puisse révéler l'existence d'une faute civile, il faut qu'il soit en lien avec le dommage subi. La chambre commerciale de la Cour de cassation a finalement considéré que tel n'était pas le cas en l'espèce, dans la mesure où l'absence d'envoi de la lettre de transfert du dossier, exigée par la déontologie, n'était pas à l'origine de l'éventuel détournement de clientèle susceptible d'engager la responsabilité de l'expert-comptable[1083]. Les rapports entre faute civile et faute déontologique se veulent par conséquent plus exigeants et plus respectueux des principes prétoriens de la responsabilité civile.

Désormais, la violation d'une règle déontologique ne suffit plus à caractériser l'existence d'une faute civile. Rappelons que le retour à l'autonomie des fautes civile et déontologique ne signifie pas pour autant une exclusion dogmatique des rapports évidents, certes ponctuels, entre elles. La chambre commerciale qui était à l'origine de l'assimilation systématique des fautes civile et déontologique semble avoir définitivement abandonné cette position en la réaffirmant en 2014[1084] et 2015[1085]. Ces arrêts marquent la fin d'une assimilation des fautes civile et déontologique en matière d'expertise comptable.

À l'évidence la faute civile et la faute déontologique ne peuvent s'ignorer, elles ne peuvent non plus s'exclure. En revenant sur sa position la chambre commerciale ouvre un champ d'interprétation permettant de justifier, si besoin est, l'assimilation entre faute civile et faute déontologique.

[1083] Cass. com. 10 septembre 2013 n° 12-19.356, *JurisData* n° 2013-018905 ; Contrats, conc. Consom. 2013, comm. 237, Malaurie-Vignal M. ; Chevrier E., « Toute infraction aux règles déontologiques n'est pas déloyale per se », note sous Cass. com. 10 septembre 2013, « *Qu'ayant retenu que cette faute déontologique ne peut constituer un acte de concurrence déloyale que s'il est établi qu'elle est à l'origine du transfert de clientèle et relevé que tel n'est pas le cas de la seule violation alléguée dès lors que l'absence d'envoi de la lettre exigée avant le transfert du dossier n'est pas à l'origine de celui-ci et de l'éventuel détournement de clientèle* (…) ».

[1084] Cass. com. 24 juin 2014 n° 13-26.332, *Bull. civ*. IV, 2014, n° 108, « (…) *un manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanction disciplinaire, ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale* (…) ».

[1085] Cass. Com. 7 juillet 2015, n° 14-16.307, Inédit, « *Qu'en se déterminant ainsi, en déduisant l'existence d'actes de concurrence déloyale du seul manquement à des règles déontologiques, sans constater que ce manquement était à l'origine du transfert de clientèle qu'elle retenait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

B. LA SANCTION DISCIPLINAIRE, OUTIL DE JUSTIFICATION DE LA RÉPARATION CIVILE

252. Précisions. Parler d'incidence de la sanction disciplinaire sur le procès civil, voire pénal, peut paraître inutile tant il est admis que la sanction disciplinaire n'a aucune autorité de la chose jugée sur les instances civiles et pénales. Toutefois, en pratique, la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un médecin conforte bien souvent la décision du juge judiciaire.

253. La sanction disciplinaire, outil de légitimation de la responsabilité civile. En principe, les procédures civiles, pénales et disciplinaires sont autonomes, l'action disciplinaire étant cumulative aux actions publique et civile[1086]. Or, un même fait peut concerner à la fois le droit civil, le droit pénal et le droit disciplinaire. L'exemple par excellence est celui du secret professionnel médical qui est susceptible de rassembler les trois procédures[1087]. Le lien entre une action disciplinaire et une action civile contre un médecin n'est souvent invoqué que pour rappeler qu'une action civile dirigée contre un médecin peut s'appuyer sur la méconnaissance d'une règle déontologique[1088]. Or, à ce stade de l'étude, il est question de dire que la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un praticien peut, dans certains cas, justifier la décision du juge judiciaire en dépit du principe d'autonomie et d'indépendance des actions. La sanction disciplinaire prononcée dans un litige également débattu au civil s'entend comme un instrument de légitimation de la sanction civile.

Cela revient à dire simplement qu'un praticien condamné sur le plan disciplinaire a de forts risques de voir sa responsabilité civile engagée. Dans leur obligation de motivation des décisions, les juges peuvent être amenés à fonder leurs décisions sur le code de déontologie médicale. En revanche, si le cas soumis au juge civil a été préalablement sanctionné par la juridiction disciplinaire, la décision civile qui en résulte peut s'en inspirer pour aboutir soit à l'admission d'une faute civile entrainant la mise en cause de la responsabilité du praticien poursuivi soit au rejet de la responsabilité civile de ce dernier.

[1086] Hocquet-Berg S., et Py B., *La responsabilité du médecin*, éd. Heures de France, 2006, coll. Droit professionnel, p. 10.
[1087] Art. 226-13 C. pén., 9 C. civ. et 4 CDM.
[1088] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997 n° 95-12.576, Audat, *Bull. civ*. I, n° 99, R. 1997, p. 273.

En pratique, une recherche en responsabilité devant le juge disciplinaire qui nécessite la violation d'une règle déontologique (faute technique, faute d'humanisme) se cumule souvent avec une action devant le juge civil pour les mêmes faits. Les finalités différentes des deux procédures ne font pas obstacle à une double condamnation du praticien pour les mêmes faits. Dès lors, si un même fait donne lieu à la fois à une sanction disciplinaire et à une responsabilité civile, pourquoi cette sanction disciplinaire, prononcée par des « *spécialistes de la question technique de l'art médical* », ne justifierait-elle pas, sans méconnaissance du principe d'indépendance des actions, la responsabilité civile prononcée ? Si une telle incidence directe peut être admise, il convient toutefois de rappeler, à ce stade de l'étude, qu'elle n'a pas pour vocation de remettre en question le principe selon lequel il n'y a pas d'autorité de la chose jugée entre le disciplinaire et le civil[1089].

La justification de l'incidence de la sanction disciplinaire sur la sanction civile trouverait davantage à se justifier dès lors que les faits sanctionnés disciplinairement l'ont été en premier par la juridiction disciplinaire et que ces faits mettaient en jeu la méconnaissance d'une règle déontologique visant à garantir l'intégrité du patient. Plus simplement, dès lors qu'un litige oppose un patient et un médecin, ce dernier ayant subi une sanction disciplinaire, celle-ci, en raison de l'existence d'une faute civile, d'un dommage et d'un lien de causalité, est de nature à conforter la sanction civile. Si le juge civil détient sa légitimité de la loi qui l'a voulu indépendant et impartial, il en est presque de même pour la légitimité du juge disciplinaire également soumis au principe d'indépendance et d'impartialité dont la légitimité est conforme aux exigences du groupe professionnel.

Inversement, la question de l'incidence d'une procédure civile sur une procédure disciplinaire s'est posée à travers la question du respect du principe du contradictoire. En effet, dans une affaire, le médecin a fait l'objet d'une sanction disciplinaire pour manquement déontologique. Il allègue des défauts de procédure, principalement le non-respect du principe du contradictoire, dès lors que l'un des rapports d'expertise qui fondent la sanction disciplinaire a été rédigé dans le cadre de la procédure civile, parallèlement en cours, dont il n'a pu prendre connaissance durant la procédure disciplinaire. Ce rapport défavorable pour le médecin a été

[1089] V. *supra* n° 344 sv.

visé dans le cadre de la procédure disciplinaire[1090]. L'affaire met clairement en évidence l'enjeu du rapport d'expertise qui, dès lors qu'il a été élaboré dans le strict respect des exigences du contradictoire, peut à la fois servir au procès disciplinaire et au procès civil. En l'espèce, si le rapport d'expertise avait été transmis au médecin, ce dernier aurait pu y répondre sans relever que celui-ci était intervenu dans le cadre de la procédure civile en cours parallèlement. Par conséquent, un même rapport d'expertise peut motiver deux décisions, à la fois une sanction disciplinaire et une responsabilité civile.

À titre de remarque, il convient de souligner certaines décisions dont la condamnation disciplinaire antérieure a eu une incidence sur la mise en cause d'une responsabilité civile peuvent être référencées[1091].

En outre, la mise en cause d'une responsabilité civile est mal acceptée par le praticien dès lors que le juge retient des faits qui ne sont pas considérés comme un manquement à la déontologie susceptible d'entrainer une sanction disciplinaire[1092]. Il est possible de constater que les professionnels sont eux aussi peu favorables à la prise en compte d'une sanction disciplinaire prononcée à leur encontre dans le cadre d'une procédure civile. Ce qui conduit à analyser les conséquences de l'incidence de la déontologie médicale sur la responsabilité civile du praticien.

II. LES CONSÉQUENCES DE L'INCIDENCE DE LA DÉONTOLOGIE SUR LA RESPONSABILITÉ

254. Appréciation de l'incidence de la sanction disciplinaire. La fonction disciplinaire de la règle déontologique peut jouer un rôle dans l'appréciation de la responsabilité civile médicale. Les règles déontologiques et les règles du droit commun de la responsabilité civile sont fondamentalement différentes, mais admettre une influence de la sanction disciplinaire sur la décision judiciaire nécessite d'aborder comment interpréter cette influence (A). Considérer que l'apport de la déontologie médicale se limite au procès disciplinaire est à

[1090] CEDH 18 février 2010, Baccichetti c. France, n° 22584/06. En l'espèce la CEDH décide que la non-communication du rapport d'expertise, en raison de son incidence sur la sanction disciplinaire, viole l'article 6 §1 de la Convention.
[1091] V. par exemple Cass. crim., 3 mai 2016 n° 15-84.171, Cass. crim., 23 février 1999 n° 98-81.032, Cass. crim., 27 octobre 1987 n° 86-90.379 (dans cette dernière affaire l'absence de sanctions disciplinaires semble avoir motivé le rejet du pourvoi).
[1092] V. par exemple Cass. civ. 1re, 19 janvier 1988 n° 86-12.673.

la fois réducteur et erroné étant donné qu'elle est appréhendée en dehors du cadre disciplinaire. De même, les conséquences d'une règle déontologique sont tributaires de l'organe qui l'utilise en rapport avec la finalité souhaitée. Le juge disciplinaire sanctionne en utilisant les règles déontologiques et le juge judiciaire engage la responsabilité du praticien en utilisant les règles professionnelles. Ce qui est de nature à relativiser les risques de déclin de la déontologie médicale (B).

A. L'INTERPRÉTATION DE L'INFLUENCE DE LA FAUTE DISCIPLINAIRE SUR LA FAUTE CIVILE

255. Interprétation. Il convient d'interpréter différemment l'influence de la sanction disciplinaire sur la faute civile lorsqu'elle est prise en compte par un juge judiciaire pour fonder ou simplement appuyer la responsabilité civile d'un praticien.

256. Le renforcement de la responsabilité légale du médecin. L'activité médicale par sa nature attentatoire à l'intégrité physique humaine fait l'objet d'un régime juridique dense, complexe et évolutif. En matière de responsabilité civile, le domaine médical connaît depuis plusieurs années une transformation de son régime. Entre fondements contractuel et délictuel la jurisprudence a longtemps hésité, si bien que le régime juridique de la responsabilité du médecin est doublement apprécié.
Le fondement légal de la responsabilité civile médicale a été affirmé par la loi Kouchner[1093] codifiée aux articles L. 1142-1 et suivants du code de la santé publique. Cette loi abandonne, en principe, la traditionnelle distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Admettre une incidence de la sanction disciplinaire sur la décision du juge judiciaire revient, *a minima* à considérer que la règle déontologique puisse renforcer le fondement légal de la responsabilité civile médicale.

257. Le changement de nature de la responsabilité du médecin. C'est en consacrant le principe d'une responsabilité pour faute que le législateur a entendu renforcer le fondement légal de la responsabilité civile médicale qui était initialement axée sur le contrat médical. La loi Kouchner[1094] pose le principe selon lequel « *hors le cas où leur responsabilité*

[1093] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[1094] *Ibid*.

est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé[1095]*, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* »[1096]. Dès lors, la responsabilité du médecin qu'elle soit civile ou administrative, délictuelle ou contractuelle repose, en principe[1097], sur un même régime.

Pour autant, le dispositif législatif actuel d'une responsabilité légale du médecin a-t-il pour finalité d'exclure la responsabilité disciplinaire médicale ? Plus clairement, le phénomène d'intégration progressive des règles déontologiques dans le raisonnement judiciaire est-il de nature à exclure la compétence du juge disciplinaire ? Si la réponse à cette interrogation est assurément négative, la question est liée aux observations d'une partie de la doctrine qui défend l'idée d'une responsabilité professionnelle autonome, détachée de toutes considérations délictuelles et contractuelles et entièrement basée sur la qualité professionnelle[1098].

Il semble à ce jour que ni le législateur ni la doctrine ne soient favorables à la disparition du contentieux disciplinaire. L'idée d'un renoncement à la responsabilité disciplinaire du médecin au profit d'une responsabilité légale parait sans importance. Telle est d'ailleurs la position de la jurisprudence qui considère que la faute civile et la faute disciplinaire n'ayant pas le même fondement, cette dernière ne peut qu'être sanctionnée par l'autorité habilitée. Par ailleurs, la jurisprudence considère que *« les règles de déontologie médicale, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et leur violation ne justifie pas à elle seule l'octroi de dommages-intérêt à celui qui s'en plaint* »[1099].

L'apport de la déontologie médicale dans le renforcement de la responsabilité légale est aussi clairement établi par la consécration d'une jurisprudence basée sur la violation d'une obligation aux origines déontologiques. En effet, par l'intermédiaire de la loi Kouchner[1100], le législateur a entendu faire de l'obligation médicale d'information du patient une obligation légale basée sur une responsabilité de même nature. Il a été précisé que l'obligation d'information à la charge du médecin est issue de la déontologie médicale, de sorte que sa consécration législative

---

[1095] Nous soulignons, le législateur commence par rappeler l'existence d'un régime de responsabilité sans faute.
[1096] Art. L. 1142-1 CSP.
[1097] La dualité de compétence juridictionnelle reste toutefois admise. V. Coelho J., « Responsabilité médicale : réflexion sur l'unification des règles de compétence juridictionnelle », *RGDM*, n° 13, 2004, pp. 153-168.
[1098] Serlooten P., « Vers une responsabilité professionnelle ? », *Mélanges Hebraud*, 1981, p. 805.
[1099] Cass. civ. 1re, 4 mai 1982 inédit, *D.*, 1983, IR p. 378, obs. Penneau J.
[1100] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

s'analyse nécessairement comme un besoin législatif d'opérer une transformation de la responsabilité civile médicale[1101].

Par ailleurs, l'intégration progressive de la déontologie médicale participe à un phénomène récent impulsé par la jurisprudence et consacré par le législateur, celui d'une affirmation des droits du patient. La déontologie médicale, traditionnellement corporatiste, devient également celle du patient, voire du citoyen. Les nouvelles orientations législatives en matière de protection des droits du patient marquent également la déontologie médicale dans ce sens. Celle-ci s'apprécie désormais en « *termes de droits et libertés des patients* » et favoriserait dès lors sa prise en compte dans le raisonnement judiciaire, pouvant laisser penser à une appropriation des règles de déontologie par les pouvoirs publics.

258. L'appropriation de la règle déontologique par l'État. Si la déontologie médicale est prise en compte par les pouvoirs publics, se pose alors la question de l'affaiblissement de ces règles. Les hypothèses d'affaiblissement de la déontologie médicale sont liées à l'idée d'un abandon progressif de son image corporatiste. Selon M. Kerléo, la situation actuelle est telle que la déontologie « *perd sa dimension corporatiste au profit d'une conception moralisatrice des rapports entre les professionnels et les patients intégralement assurée par le législateur* »[1102]. Dans ce cas, l'appropriation de la règle déontologique par les pouvoirs étatiques pourrait se justifier doublement.

259. La justification traditionnelle de l'appropriation. Traditionnellement les règles de déontologie médicale sont issues du monde professionnel. Édictées par le CNOM, qui en a reçu l'habilitation par le législateur, les règles déontologiques sont ensuite « *récupérées* » par le droit commun de la responsabilité civile. Dans cette hypothèse, l'origine corporative des règles de déontologie médicale a fortement contribué à son éloignement du droit commun. Néanmoins, le rapprochement s'est fait progressivement par la pratique médicale. En effet, la déontologie médicale et le droit tendent l'un et l'autre à régir des comportements humains, les deux règles partagent un « *même fait générateur de la norme* »[1103].

[1101] Sur ce point V. n° 141 sv.
[1102] Kerléo J.-F., « Déontologie et santé publique en droit constitutionnel », *Médecine & Droit*, 2016, p. 157.
[1103] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, coll. Thèses, p. 55.

260. La justification subjective de l'appropriation. L'appropriation étatique de la règle déontologique pourrait s'analyser subjectivement. On retrouve ici un argument de M. Libchaber selon lequel, « *la déontologie pourrait être prise en compte par le droit étatique en raison de considérations subjectives* ». L'auteur explique que l'appropriation des règles de déontologie médicale par les pouvoirs étatiques leur donnerait une légitimité auprès des tiers, permettant aux contrats conclus entre praticiens et non praticiens d'être plus confiants[1104]. Le non professionnel considèrerait les règles déontologiques « *effectivement* » obligatoires pour le professionnel en raison de leur origine étatique. L'auteur ajoute que lorsqu' « *un corps de règles déontologiques est exigé par le droit étatique, quand il émane substantiellement d'un ordre professionnel réglementé par l'État, quand il fait l'objet d'un contrôle par le Conseil d'État puis d'une véritable publication par décret, insérée au Journal officiel, on ne voit pas comment les tiers ne considèreraient pas les règles déontologiques comme constituant des engagements proprement juridiques, pesant sur les professionnels avec lesquels ils contractent* »[1105].

Cependant, la règle déontologique « *étatisée* » a-t-elle vocation à demeurer professionnelle et n'intéresser que le droit disciplinaire ou, au contraire, trouve-t-elle dans cette nouvelle nature un nouveau domaine de compétence ? Si la question est formulée ainsi, c'est en raison de l'influence que peuvent avoir les règles de déontologie médicale sur la responsabilité civile médicale, puisqu'il a été reconnu qu'une règle de déontologie médicale pouvait entrainer des sanctions civiles pour le médecin[1106].

Il semble que la réponse ne peut être que nuancée. Il s'agit d'apprécier le degré d'appropriation de la règle déontologique. En effet, c'est de son infiltration dans l'appareil normatif étatique que dépend la variabilité de son influence sur la responsabilité civile médicale. Dès lors, plus l'appropriation de la règle est grande, plus les risques d'affaiblissement de la règle professionnelle et de confusion avec celle du droit commun de la responsabilité civile sont avérés. En revanche, dès lors que l'appropriation de la règle de déontologie médicale est maîtrisée, en ce sens qu'elle est limitée et contrôlée, les risques de confusion sont moins fondés. Sans doute est-ce disproportionné de dire qu'il n'existe entre la déontologie et le droit aucune séparation, mais on peut constater que pour certaines règles déontologiques[1107], la confusion entre source déontologique et source étatique peut entrainer certaines erreurs aussi bien pour les professionnels que pour les non professionnels.

[1104] Libchaber R., « Déontologie et droit étatique », *RTD civ*., 1998, p. 218.
[1105] Libchaber R., *ibid*.
[1106] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, Audat, *Bull. civ*. I, n° 99, R. 1997, p. 273.
[1107] À l'exemple de l'obligation d'information et notamment au contenu de cette information.

L'appropriation de la déontologie médicale peut également révéler les rapports de subordination de l'ordre professionnel à l'égard du pouvoir étatique. Pour Mme Decoopman, l'appropriation de la déontologie médicale par l'État « *marque (...) la dépendance de l'ordre juridique professionnel à l'égard de l'ordre juridique étatique* »[1108]. L'État exerce sur le CNOM (en principe producteur des règles de déontologie médicale) un pouvoir légitime d'appréciation et de contrôle qui contribue à la prise en compte des règles déontologiques. De plus, les risques de contradictions liés à l'existence de deux déontologies, l'une « purement » professionnelle et indépendante du pouvoir étatique et l'autre « étatisée », sont trop importants, de sorte que l'appropriation étatique des règles de déontologie se justifie.
Par ailleurs, les scandales sanitaires de ces dernières années ont considérablement terni l'image de la profession médicale et par la même occasion celle de la déontologie médicale. À ce stade, les interrogations fusent, à l'exemple de celle d'une possible implication de la déontologie dans le tourisme médical[1109], l'idée d'une appropriation étatique de la déontologie médicale n'en serait que légitimée. Bien que l'appropriation étatique de la règle déontologique ne suffise pas à elle seule à éradiquer les scandales sanitaires[1110], l'interventionnisme étatique se justifie par l'incapacité de certaines professions à s'autoréguler[1111]. Dès lors, il s'en suit un effacement progressif de la déontologie médicale au profit d'une intégration dans le système juridique[1112].

Ces mouvements de prise en compte jurisprudentiel de la déontologie médicale ne peuvent s'analyser à sens unique. En effet, si la déontologie médicale a aujourd'hui été reconnue par les pouvoirs étatiques, le risque d'un affaiblissement de la déontologie est par ailleurs mis en avant.

[1108] Decoopman N., « Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulation », *in Les Usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, Paris, 1989, p. 90.
[1109] Davier C., et Vialla F., « Brèves réflexions sur les possibles implications déontologiques du tourisme médical », *in La déontologie médicale :* Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en Provence (1-2 décembre 2006, 2007, pp. 177-189.
[1110] Sur cette question V. Thierry J.-B., « Les catastrophes sanitaires en matière médicale : état des lieux et perspectives », *AJ pénal*, 2014, p. 392.
[1111] Kerléo J.-F., « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'Etudes benthamiennes*, 13/2014, p. 26.
[1112] Kerléo J.-F., *ibid*. p. 36.

B. LES CONSÉQUENCES RELATIVES DU DÉCLIN DE LA DÉONTOLOGIE

261. Atténuation des conséquences du déclin. L'hypothèse théorique d'une appropriation de la déontologie médicale qui finirait par l'affaiblir et à terme de la faire disparaître est toutefois à relativiser pour des raisons qu'il convient de mettre en lumière.

262. L'impossible détachement de la médecine de la déontologie médicale. Il semble impossible que la médecine puisse se défaire de sa morale professionnelle puisque les deux entretiennent une relation de dépendance l'une envers l'autre. La médecine compte parmi les professions qui exigent des professionnels qu'ils soient de bonne moralité. La conviction du Dr Max Simon selon laquelle, « *S'il est une profession qui impose à ceux qui l'exerce l'obligation d'une morale sévère, c'est sans contredit celle du médecin. Arbitre (...) de la vie de l'homme, qui dans la maladie lui confie le soin du rétablissement de sa santé, il peut par la moindre négligence apportée dans l'observation de la marche du mal, par une simple préoccupation théorique même, compromettre la vie la plus précieuse. Cette grave responsabilité, que le médecin assume dans le périlleux sacerdoce, dont il est revêtu, ne se borne point à quelques circonstances solennelles de sa vie, elle est de tous les jours, de tous les instants* »[1113] est partagée. De ce fait, l'exercice de la médecine fait appel aux notions telles que la morale et le devoir. La déontologie se situe au centre de l'art médical, elle contribue à la construction et l'exercice de la profession. Elle est l'élément qui permet d'ériger la profession en institution[1114]. Elle représente les devoirs moraux de la profession qui sont le fil conducteur de son organisation et de sa pérennité.

La déontologie médicale en tant que règle d'organisation de la profession engage le professionnel non seulement à l'égard de sa profession mais aussi à l'égard de l'ensemble de la société qui est représentée par le patient.

263. L'engagement moral du médecin envers sa profession. La morale professionnelle du médecin l'engage doublement, il s'engage personnellement mais également collectivement à respecter les règles professionnelles. La déontologie personnelle du médecin fait appel dans ce cas à la morale, la sienne. La déontologie médicale tient aux engagements moraux du médecin sur l'ensemble des règles professionnelles. Dès lors, la déontologie

---

[1113] Simon M., *Déontologie médicale, ou des devoirs et droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, éd. Baillières, 1845, p. 1.

[1114] Jaunait A., « La médecine est-elle toujours morale ? », *Les tribunes de la santé,* 2010/1 n° 26, p. 97.

médicale est la règle de proximité des praticiens et elle permet de définir en permanence l'objet de la médecine, tout autant qu'elle fixe « *les limites de sa responsabilité et les frontières de son autonomie* »[1115].

Certains manquements déontologiques, en dépit de leur caractère pénal ou civil, ne manquent pas d'intéresser davantage la déontologie médicale eu égard aux conséquences de l'acte considéré. Il en est ainsi de l'euthanasie qui fait appel à la morale individuelle du médecin mais également à celle plus générale de la société.

De la même manière, les scandales sanitaires ne sont considérés ainsi qu'en raison de leur caractère attentatoire à la morale sociétale mais également à celle que chacun peut légitimement s'imaginer et attendre de l'ensemble de l'institution professionnelle et de chacun des médecins.

Par ailleurs, il convient de remarquer que l'existence de la déontologie médicale n'est pas exclusivement attachée à celle du CNOM. Les revendications de suppression[1116] ou de réorganisation de l'ordre tel qu'il existe actuellement n'auront pas pour conséquences de supprimer également la déontologie médicale.

264. L'engagement moral du médecin envers le patient. L'engagement moral du médecin doit également transparaître devant le patient. Le médecin dans la pratique de son art doit « *être constamment mu par le sentiment du devoir* »[1117]. Cette transparence de bonne moralité du médecin entretient le lien indispensable de confiance dans la relation médicale. La déontologie sert dans ce cas de lien entre l'activité médicale en tant que science et la société profane. De plus, les évolutions sociétales sont également celles de la règle déontologique. La déontologie médicale contemporaine participe à la redéfinition d'une confiance médicale ébranlée. Elle a permis d'intégrer des notions nouvelles qui lorsqu'elles étaient évoquées ne l'étaient que sommairement[1118]. Dès lors, la nouvelle déontologie médicale exige davantage de prendre en considération les revendications sociétales pour les ériger en tant que règles déontologiques obligatoires pour l'ensemble des professionnels. Puisque l'exercice de la médecine est avant tout une entreprise personnelle, il s'agit d'une profession dont la confiance occupe une place de choix. Il est nécessaire d'avoir confiance en son médecin pour le laisser prendre soin de sa santé. Dans ce cas, la déontologie médicale joue un rôle primordial en

[1115] Jaunait A., *ibid*., p. 101.
[1116] Le Syndicat des médecins d'Aix et de la région revendiquait en 2012 la suppression du CNOM à la suite des nouvelles dispositions relatives au plafonnement des dépassements d'honoraires et à la régulation des installations.
[1117] Simon M., *Déontologie médicale, ou des devoirs et droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, éd. Baillières, 1845, p. 54.
[1118] On peut penser bien évidemment aux dispositions relatives aux droits du patient désormais intégrées dans le code de déontologie médicale.

s'assurant d'une part, de la bonne moralité des praticiens et d'autre part, met en place des devoirs que ces derniers doivent respecter.
De plus, la déontologie médicale a acquis une notoriété publique par la codification. Toutefois, en dépit de cette notoriété post codification, la déontologie médicale n'est vouée ni à l'échec ni à l'effacement. En effet, la déontologie médicale précède le code, elle a toujours existé, aussi longtemps que l'art médical. Si la déontologie se rapproche de plus en plus du droit, elle a pourtant été originellement clairement distinguée de celui-ci. À ce sujet, Jeremy Bentham écrivait que, « *la ligne qui sépare le domaine du législateur et celui du déontologiste est suffisamment distincte et visible. Là où les récompenses et les punitions légales cessent d'intervenir dans les actions humaines, là viennent se placer les préceptes moraux et leur influence* »[1119]. La déontologie et le droit ne poursuivent pas la même finalité et à ce titre n'ont pas le même champ de compétence. Dès lors, la forme actuelle de la déontologie médicale, propice aux rapprochements entre ces deux sciences, n'est le résultat que d'une adaptation aux mœurs sociétales actuelles qui était devenue nécessaire, elle ne lui retire en rien le mérite d'une existence en dehors de toute codification. L'absence de formalisme de la déontologie inclut-elle son non-respect ou son inexistence ? Une réponse négative est possible car la codification de la déontologie a favorisé son expansion sans pour autant être le critère de son existence.

L'intégration de la déontologie médicale dans le droit étatique lui a permis d'acquérir une normativité beaucoup plus importante. En abandonnant la forme de préceptes[1120], la déontologie médicale est devenue une véritable règle de droit. L'idée d'un détachement entre la médecine et la déontologie médicale paraît chimérique d'une part, au regard de leurs liens traditionnels, et d'autre part, au regard de la tendance actuelle propice au développement de la déontologie dans tous les domaines, ce qui constitue un indicateur favorable au maintien de la déontologie médicale.

265. Conclusion du chapitre. La déontologie médicale entendue comme l'ensemble de règles régissant une profession, se rapproche de plus en plus des règles du droit commun de la responsabilité civile sous l'influence de la jurisprudence et des pouvoirs publics. Partant du constat que certaines règles déontologiques ont été consacrées et élevées au rang d'obligations légales pour le médecin, certaines conséquences doivent être mises en évidence. Cette

[1119] Bentham J., « Déontologie ou science de la morale », revu, mis en ordre et publié par John Bowring, traduit sur le manuscrit par Benjamin Laroche, deux tomes, Charpentier, 1834, p. 36.
[1120] Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, coll. Thèses, p. 89 et sv.

consécration jurisprudentielle des règles déontologiques poursuit une finalité protectionniste des droits du patient qui devrait s'analyser comme un effet miroir des avancées législatives et jurisprudentielles dans ce sens. En effet, il serait difficile d'une part, d'admettre et de reconnaitre au patient des droits tendant à revaloriser sa personne et d'autre part, le limiter dans les techniques et outils juridiques à sa disposition lorsqu'il invoque devant le juge civil une atteinte auxdits droits. Chaque patient victime de dommage médical devrait pouvoir disposer des sanctions disciplinaires éventuelles pour fonder sa demande en indemnisation devant le juge civil. C'est dans ce contexte que la responsabilité civile se retrouve influencée par la sanction disciplinaire. Dès lors, si on considère que les règles déontologiques « *constituent souvent des instruments de traduction et d'explication des lois* » elles le sont *a fortiori* lorsqu'elles émanent des « *professions organisées en ordres professionnels, qui prennent la forme d'actes réglementaires qui ne peuvent contredire la loi* »[1121]. C'est notamment ce que rappelle le CNOM, par le biais de sa commission nationale permanente, lorsqu'il précise que plusieurs articles du code de déontologie médicale ont nécessité une adaptation à la loi[1122].

Néanmoins, en raison de sa finalité, professionnelle, la prise en compte jurisprudentielle de la déontologie médicale doit être maîtrisée. Les conséquences d'une prise en compte « *aveugle* » de la déontologie médicale pourraient entrainer une transformation majeure tant au niveau de la règle de droit que de la déontologie médicale. En effet, il n'est pas souhaitable que la déontologie médicale disparaisse au profit d'une « *déontologisation* » de la loi comme certains l'ont avancé[1123]. Par ailleurs, l'identification des règles professionnelles pouvant influencer la responsabilité civile se révèle plus aisée lorsque ces dernières ont reçu une consécration par une autorité juridique. En revanche, elle se révèle plus délicate lorsqu'il s'agit d'apprécier cette influence au regard de la finalité de la règle professionnelle transgressée.

[1121] Moret-Bailly J., Et Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 127.

[1122] Notamment les articles 4, 8, 12, 15, 16, 17, 18, 21, 45, 46, 52, 53, 77, 83, 84, 85, 87, 99 et 103, Rapport de la commission nationale permanente du CNOM « La déontologie médicale et son environnement juridique » 19 juin 2004, p. 2.

[1123] Kerléo J.-F., « Déontologie et santé publique en droit constitutionnel », *Médecine & Droit*, 2016, p. 155 ; Moret-Bailly J., « La déontologie médicale, de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale) », *RDSS*, 2012, p. 1074.

CHAPITRE 2. L'IDENTIFICATION DES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES SUSCEPTIBLES D'INFLUENCER LA RESPONSABILITÉ CIVILE

266. Quelles règles influencent la responsabilité civile ? La déontologie médicale, ensemble de règles et devoirs qui régissent la profession médicale, a vu certains de ses principes consacrés par le Conseil constitutionnel comme étant des principes fondamentaux[1124]. Cette consécration a eu pour effet de reconnaitre un statut distinct de celui des autres règles professionnelles n'ayant pas été reconnue à valeur constitutionnelle.

Toutes les règles déontologiques n'ont pas vocation à influencer la responsabilité civile du médecin. Alors que certaines conservent leur caractère exclusivement professionnel, d'autres sont considérées par le Conseil constitutionnel comme relevant d'un « *principe fondamental* », ou encore participent à la réalisation de missions de service public. D'où l'intérêt de procéder à l'identification des règles professionnelles susceptibles d'être appréhendées par le juge judiciaire pour fonder sa décision d'engager ou pas la responsabilité civile d'un praticien.

L'identification de ces règles doit-elle nécessairement tenir compte de leur statut et leur contenu ? À ce stade de l'étude, il semble possible d'admettre que les règles professionnelles qui régissent les activités participant aux missions de service public, sont davantage susceptibles d'être prises en compte par le juge judiciaire sur une question de responsabilité civile médicale. En effet, certaines règles déontologiques sont « purement » professionnelles et ne se rattachent aucunement à l'exercice d'une mission de service public, à l'exemple des règles tenant aux rapports entre praticiens et les autres professionnels de santé. Les règles déontologiques qui régissent les rapports des praticiens avec les tiers, le public, sont qualifiées comme participant aux missions d'intérêt général. La distinction et l'identification des règles professionnelles pouvant influencer la responsabilité civile médicale doit, de ce fait, s'opérer selon que la règle professionnelle violée bénéficie d'une valeur juridique certaine (**section 1**) ou incertaine (**section 2**).

[1124] V. *supra* n° 46 sv.

SECTION 1. LES RÈGLES PROFESSIONNELLES À VALEUR JURIDIQUE CERTAINE

267. Valeur juridique de la règle déontologique. La déontologie médicale se caractérise par ses sources et ses formes diverses. Jadis orale, transmise par la pratique à travers les générations, la déontologie a acquis une valeur plus importante par l'écrit. En effet, sous sa forme écrite, la déontologie « *connait un nouvel élan sur le plan normatif en raison de la prolifération des codes de déontologie* »[1125]. La codification de la déontologie médicale lui a permis d'acquérir le statut de règle juridique, puisqu'en principe « *toute norme a positivement vocation à devenir une règle de droit, il suffit qu'elle devienne obligatoire et que l'on puisse lui donner une sanction en cas de non-respect* »[1126]. Cependant, l'identification des règles professionnelles susceptibles d'influencer la responsabilité civile du médecin doit-elle se limiter aux règles déontologiques qui ont cette valeur fondamentale ou peut-elle résulter d'autres types de règles professionnelles n'ayant pas cette valeur ? Si la réponse semble négative, c'est parce que la seule valeur fondamentale reconnue par le Conseil constitutionnel à certaines règles déontologiques ne suffit pas à y répondre. En effet, toutes les règles déontologiques ne bénéficient pas d'une valeur fondamentale reconnue par le Conseil constitutionnel.

La déontologie étant une règle obligatoire pour les médecins dont les manquements sont sanctionnés par un droit spécifique, elle est devenue juridique et susceptible d'influencer la responsabilité civile médicale. D'une part, l'accent est mis sur les règles professionnelles dont la valeur juridique certaine a été acquise par leur consécration (I), et d'autre part, celles dont l'impérativité est déduite de l'exigence du respect de l'ordre public (II).

I. LES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES AYANT REÇU UNE CONSÉCRATION

268. Consécration des règles déontologiques. Le passage de l'oralité à l'écriture des règles déontologiques leur a permis d'intégrer plus facilement le raisonnement judiciaire et doctrinal. À titre de rappel, la période de rédaction du premier code de déontologie médicale révèle qu'en dehors des enjeux sociaux et professionnels d'un tel code, les enjeux politiques

[1125] Canivet G., et Joly-Hurard J., *La déontologie du magistrat*, éd. Dalloz, 2e édition, coll. Connaissance du droit, p. 9.
[1126] Riot C., « L'exercice « subordonné » de l'art médical », *D.*, 2006, p. 111.

peuvent également être considérés comme ayant eu un impact sur sa rédaction. Le statut juridique de la règle déontologique est un parfait indicateur de son évolution. Élaboré et préparé par le CNOM, le code de déontologie est ensuite validé par décret en conseil d'État[1127], lui donnant force réglementaire. Pourtant, la question du statut des règles de déontologie continue de se poser. Il semblerait pour certains que le statut réglementaire de ces règles professionnelles ne suffit pas à leur donner force juridique[1128]. Si une partie des règles déontologiques a reçu une valeur constitutionnelle, et l'autre une consécration légale, le code de déontologie bénéficie d'une valeur règlementaire certaine (A). Ces mêmes règles ont par la suite été consacrées par la jurisprudence (B).

A. LA CONSÉCRATION LÉGALE ET RÉGLEMENTAIRE

269. Des usages à la codification. Une approche historique de la pratique médicale révèle qu'elle est pionnière en matière de déontologie. D'abord pratiquée et transmise sous forme d'usage, elle a ensuite perduré à travers les générations et s'est progressivement formalisée. Initialement sous forme de préceptes et maintenant sous forme de règles et devoirs, la déontologie médicale a acquis une valeur plus importante par la codification en droit français. Cette dernière lui a également permis d'être intégrée au raisonnement jurisprudentiel.

270. Le renforcement de la déontologie par la codification. Le terme de codification est porteur d'un double sens, il désigne à la fois le processus et le résultat. La codification désigne, d'une part, l'ensemble des méthodes d'élaboration de la règle de droit et d'autre part, la concrétisation de celle-ci dans un ensemble législatif[1129]. Il s'agit d'un processus qui vise à réunir, dans un même code, des dispositions diverses afin de les organiser en un système cohérent, rationnel et normalisé[1130]. Si la codification est perçue comme un moyen efficace pour l'organisation d'un système, c'est aussi parce qu'elle permet de la rendre plus

---

[1127] Art. L. 4127-1 CSP « *un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État* ».

[1128] Libchaber R., « Déontologie et droit étatique », *RTD civ*., 1998, p. 218, l'auteur s'interrogeant sur cette question admet que le statut juridique des règles déontologiques n'est pas facile à fixer au regard du droit français, « les règles déontologiques nous confrontent à un statut intermédiaire, impossible à préciser avec assurance » ; V. également Decoopman N., « Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulation », *in Les Usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, Paris, 1989, p. 87-105.

[1129] Lascoumes P., et Martin G., « Des droit épars au code de l'environnement », *Droit et société*, 30-31, 1995, p. 324.

[1130] Le petit Larousse 2016.

cohérent, plus lisible et plus visible. Cette codification a permis qu'une discipline, qui n'existait que sous forme d'usages transmis entre générations par la pratique mais surtout marquée par l'oralité, devienne une règle écrite, formelle et organisée. En effet, la déontologie considérée comme le fruit d'une tradition très ancienne, est longtemps restée non écrite, ou alors couchée dans des documents internes sans véritable portée juridique[1131]. Le passage à l'écrit, notamment par la codification, a permis de mettre en avant la déontologie médicale et de la faire évoluer aussi bien au sein de la profession qu'en dehors de celle-ci. La déontologie médicale a longtemps été critiquée, elle l'est d'ailleurs toujours dans une moindre mesure, et soupçonnée d'opacité.

Si les critiques d'opacité à son égard ont pu se justifier, elles sont aujourd'hui moins générales à l'égard de la déontologie médicale et se concentrent sur certains aspects. La codification de la déontologie médicale a-t-elle largement contribué à l'atténuation voire à la disparition de certaines de ces critiques. Par le biais de la codification, la déontologie médicale est devenue une règle créatrice de droits et devoirs. Elle a inclus le patient dans sa règlementation en lui consacrant des droits propres[1132], tout en conservant une part importante de devoirs professionnels.

Cependant, la codification de la déontologie médicale n'est pas sans effet sur son processus d'élaboration et encore moins sur ses fondements. Selon Mme Koubi, l'objectif de la codification est « *de renforcer la puissance publique* »[1133]. Dès lors, la déontologie médicale acquiert un statut différent lorsqu'elle est codifiée par le législateur. Elle n'est plus considérée uniquement comme une règle professionnelle privée, mais également une règle qui peut protéger des intérêts autres que ceux des professionnels de santé. Ce qui permet de mettre en évidence deux conséquences directes et/ou indirectes liées à la codification de la déontologie médicale.

271. La codification comme moyen d'enregistrement. Si le mot déontologie est relativement récent[1134] la déontologie médicale est pourtant plus ancienne et remonte aux origines de la pratique médicale[1135]. La déontologie médicale est passée de l'oralité à l'écrit,

---

[1131] Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 83.

[1132] À titre d'exemple le code de déontologie reconnait au patient le droit à l'information, le droit à un consentement éclairé ou encore le droit au respect de sa vie privée par la protection de ses données de santé.

[1133] Koubi G., « code et codification : du civil à l'incivil », *Droit et cultures*, 48, 2004, 2, p. 137.

[1134] Le mot est attribué à Bentham découvert dans son ouvrage posthume « *Déontologie ou science de la morale* » en 1834.

[1135] Le Serment d'Hippocrate 440-360 av. J.-C., traduction Littré E., est l'un des plus anciens recueils de règles de déontologie médicale.

symbole marquant d'une évolution dont elle continue d'être le sujet. Sur ce point, Mme Cabrol écrit que la déontologie médicale « *a traversé les âges grâce à une mise par écrit des principes qu'elle contient. Cependant, elle n'a que récemment pris une forme juridique précise* »[1136]. La codification de la déontologie médicale, telle qu'elle abordée, résulterait de deux hypothèses éventuelles.

La première hypothèse de codification se rapporte à un sentiment de méfiance envers la déontologie médicale eu égard à son origine professionnelle et corporatiste. Dans cette hypothèse, la codification de la déontologie s'inscrit dans une logique de contrôle du législateur sur toutes les autres micros-formes d'organisations dont il pourrait craindre le développement. La codification intervient pour mieux contrôler l'essor d'une règle privée professionnelle. Dans ce cas, l'État « conscient » de l'intérêt de la déontologie peut décider de la codifier pour appréhender son contenu. Cela pourrait être considéré comme une démarche préventive. Cette hypothèse présente toutefois quelques limites, car elle constitue un obstacle au raisonnement à mettre en évidence, celui d'un renforcement de la déontologie par la codification et non le contraire. Une telle hypothèse impliquerait que la déontologie médicale détienne une entière indépendance à l'égard du droit. Or, à ce stade du développement, l'idée selon laquelle la spécificité de la règle déontologique pourrait combler certaines lacunes du droit est largement défendue, notamment en matière de responsabilité civile médicale[1137]. Les deux règles, même indépendantes l'une de l'autre, entretiennent tout de même des rapports.

La seconde hypothèse de codification de la déontologie est liée à la nécessité de codifier à la suite des scandales sanitaires qui ont terni l'image de la profession médicale. La déontologie médicale se révèle parfois incompétente et inadaptée pour rétablir la confiance des patients envers la profession. Cette hypothèse est davantage en adéquation avec le raisonnement présenté, car elle met en évidence l'idée de nécessité et d'utilité de la codification de la déontologie médicale. En effet, si elle a été saisie par le droit dans un processus de codification au même titre que la règle de droit c'est parce qu'elle a inconsciemment suscité l'intérêt du législateur. Dès lors, l'idée d'une influence de la déontologie médicale sur la responsabilité civile est à combiner avec celle de la nécessité de la codification. La déontologie médicale

[1136] Cabrol V., « La codification de la déontologie médicale. L'exemple de l'introduction du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique », *RGDM*, n° 16, 2005, p. 105.
[1137] Kerléo J.-F., « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'études benthamiennes* [En ligne], 13 | 2014, http://etudes-benthamiennes.revues.org/774.

semble avoir elle-même légitimé l'intervention du législateur. Partant de ce constat, une interrogation survient, quels seraient, pour la déontologie médicale, les intérêts liés à cette codification ? Pourquoi la codification de la déontologie est-elle devenue une nécessité ?
La réponse à cette interrogation entraîne la seconde conséquence de la codification de la déontologie médicale.

272. La codification, un moyen de publicité de la déontologie médicale. M. Bourdieu rappelle que la codification a permis au législateur d'enregistrer une déontologie médicale qui n'existait « *qu'à l'état incorporé (...) dont les produits sont cohérents, mais d'une cohérence partielle* »[1138]. Cet enregistrement de la déontologie médicale par la codification lui a permis de se montrer sous une autre forme, nouvelle et distincte de celle dont elle fait l'objet de critiques et de méfiance. La publicité invoquée ne renvoie pas uniquement à l'idée de faire connaître ces règles, elle est davantage liée au caractère public de la déontologie médicale, par la codification désormais connue de tous[1139]. La déontologie, en tant que discipline interne à une activité professionnelle, n'est plus exclusivement consacrée à l'organisation et la gestion de la profession ; en ce sens, qu'elle n'est plus le reflet d'une « *idéologie professionnelle* »[1140] qui lui a valu tant de critiques. Force est de constater que depuis les évolutions législatives sur la relation médicale et l'abandon du paternalisme, la déontologie médicale a considérablement évolué au point de s'intéresser à des notions qui lui étaient fondamentalement totalement étrangères[1141].

Au cours d'une réunion trimestrielle du CNOM en 2002, à la question de savoir à quoi servait la déontologie aujourd'hui, le CNOM avait répondu que la déontologie « *s'impose aujourd'hui à l'ensemble du corps social, transcendant la diversité des problématiques professionnelles. En cela, elle constitue un enjeu majeur pour notre société* »[1142]. En effet, la déontologie médicale ayant vu son rôle considérablement évoluer, elle ne peut plus se contenter des questions relatives à la gestion et l'organisation de la profession, et peut, au contraire,

---

[1138] Bourdieu P., « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en science sociale*, Vol. 64, septembre 1986. De quel droit, p. 41.
[1139] Le robert illustré 2016.
[1140] Moret-Bailly J., « La déontologie médicale, de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale) », *RDSS*, 2012, p. 1074.
[1141] L'exemple de la démarche « qualité » qui a été presque imposée au corps médical afin que ce dernier participe à l'objectif national de maitrise des dépense publiques. À cet effet la HAS édicte des recommandations aux médecins en soumettant des outils et des méthodes qui poursuivent le double objectif d'amélioration de la qualité de la prise en charge du patient et de maîtrise des dépenses publiques. Chaque décision prise par un médecin est susceptible d'avoir une incidence en matière de santé publique.
[1142] CNOM rapport du « Quatorzième jeudi de l'ordre, à quoi sert la déontologie aujourd'hui ? » 24 janvier 2002, www.conseil-national.medecin.fr/.

s'imprégner de toutes les dimensions personnelles et relationnelles du soin, ce qui inclut nécessairement le respect de la personne humaine et de sa dignité. Le président[1143] du CNOM de l'époque avait affirmé que la déontologie médicale a « *pour objectif de mettre au service de l'intérêt des patients une bonne médecine* »[1144].

La codification de la déontologie médicale lui confère une valeur beaucoup plus importante puisqu'il s'agit d'un « *ordonnancement systématique de règles auxquelles l'estampille du gouvernant donne une légitimité et une force particulière* »[1145]. La codification de la déontologie procède également d'une codification de la responsabilité civile médicale. Dans ce sens, le législateur, en institutionnalisant la déontologie médicale, a rendu l'activité médicale procédurale et formalisée, permettant que les manquements à ce formalisme soient susceptibles d'engager la responsabilité du médecin. À titre d'exemple, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique précise à la fois quels types d'informations doivent être délivrées au patient et dans quel cadre le patient les reçoit[1146]. L'information doit être délivrée au cours d'un entretien individuel. Le médecin doit également prendre en compte la capacité de compréhension du patient afin de lui permettre de donner un consentement libre et éclairé. Les juges disciplinaire et judiciaire le rappellent fréquemment, comme dans cette affaire où, un chirurgien esthétique avait gravement manqué aux exigences légales et déontologiques en ne donnant pas « *lui-même une quelconque information sur la nature exacte de cette intervention, ses suites et ses risques possibles* »[1147]. La codification a propulsé la déontologie médicale au centre des débats doctrinaux[1148]. Le formalisme qui lui faisait défaut jusque-là a été rompu et a fait naître des questionnements relatifs à ce nouveau statut dont le législateur lui fait bénéficier. Par conséquent, était-ce une nécessité de codifier la déontologie médicale ?

[1143] Pr. Hoerni Bernard élu en 2001, dont on peut par ailleurs apprécier le grand intérêt pour les questions médicales à en juger par l'abondance d'ouvrages scientifiques et pédagogiques, Hoerni B., Benezech M., « La relation humaine en médecine », éd. Glyphe, 2010 ; Hoerni B., Benezech M., « Le secret médical, confidentialité et discrétion en médecine », éd. Elsevier-masson, 1997 ; Hoerni B., « Ethique et déontologie médicale », éd. Elsevier-masson, 2000, coll. Abrèges de médecine ; Hoerni B., et Saury R., « Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine », éd. Elsevier-masson, 1998, etc.

[1144] CNOM rapport du « Quatorzième jeudi de l'ordre, à quoi sert la déontologie aujourd'hui ? » 24 janvier 2002, www.conseil-national.medecin.fr/.

[1145] Lascoumes P., et Martin G., « Des droit épars au code de l'environnement », *Droit et société*, 30-31, 1995, p. 327.

[1146] Art. L. 1111-2 CSP « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus …* ».

[1147] Ch. discipl. nat., 3 octobre 2019, n° 13821, interdiction temporaire d'exercer de 6 mois.

[1148] La question ne se limite pas à la seule déontologie médicale V. par exemple Moret-Bailly J., *Les déontologies* », éd. PUAM, 2001 ; Moret-Bailly J., Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit ; Prairat E., *De la déontologie enseignante*, éd. PUF, 2009, coll. Quadrige essais débats ; Albiges C., *Les déontologies des professions du droit, quel avenir ?*, éd. Lamy, 2010 etc.

À la question de la nécessité de codifier la déontologie médicale, un commencement de réponse pourrait résider dans le fait que la société évolue et les techniques scientifiques également. Par ailleurs, on peut considérer qu'« *à l'heure où la société déplore régulièrement un affaiblissement des valeurs morales, le législateur tend à les remettre sur le devant de la scène de manière incitative, par le biais d'une déontologie publiée* »[1149]. Il s'agit pour les pouvoirs publics de retrouver la confiance perdue par une société consumériste dont les patients sont considérés comme des consommateurs de soins[1150]. Cette conception paternaliste de l'intérêt porté à la relation médecin-patient, à ce « *colloque singulier* » a transformé le monde médical, laissant le soin au législateur de protéger le « *faible consommateur ignorant* » devant le « *professionnel averti et avide d'exploiter la vulnérabilité de son cocontractant* »[1151]. La codification de la déontologie médicale lui a permis d'être publiquement plus accessible. Elle a également favorisé une précision qui lui faisait défaut, oubliant les maladresses propres à l'oralité de la transmission des usages professionnels, et laissé place à la précision inhérente à l'écrit.

Les effets de cette codification se sont d'abord fait ressentir au sein de la profession. En effet, la profession médicale est désormais organisée conformément aux dispositions du code de déontologie médicale, contenu dans le code de la santé publique. Ceci permet d'éviter les divergences qui pouvaient exister dans l'organisation et la gestion de la profession avant la réglementation. La codification de la déontologie médicale a permis une uniformisation de l'exercice de l'art médical. La déontologie étant entièrement précisée dans un code, elle est mise en lumière et surtout la codification de la déontologie médicale a entériné l'autonomie de la déontologie par rapport au droit, en distinguant clairement les deux règles. Ensuite, la codification de la déontologie médicale l'a rendue accessible aux patients qui sont désormais considérés comme des « *acteurs de santé* » depuis la loi dite HPST[1152]. Cette accessibilité aux règles de déontologie médicale participe à l'objectif du législateur d'affirmation des droits du patient et que de leur autonomie et indépendance dans les relations qu'ils entretiennent avec leurs médecins et autres professionnels de santé.

[1149] Mallet-Bricout B., « Déontologie, morale et droit : un triptyque revivifié », *RTD civ*., 2016, p. 694.
[1150] Cass. crim., 15 mai 1984 n° 84-90.252, dans cette affaire la cour décide que « *les personnes avec lesquelles un médecin conclut un tel contrat (en l'espèce un contrat médical) doivent être considérés, au sens de l'article 46 susvisé, comme consommateurs desdits services* ».
[1151] Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 303.
[1152] Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires dite HPST.

La codification de la déontologie médicale n'a pas été le seul moyen mis en œuvre par les pouvoirs publics pour exercer un contrôle sur la profession médicale. De façon plus directe, le législateur renforce la déontologie médicale en l'intégrant expressément dans un code législatif. Les règles professionnelles contenues dans le code de déontologie bénéficient également d'une consécration par d'autres acteurs de droit. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le juge judiciaire l'intègre directement ou non dans son raisonnement, ou encore lorsque le Conseil constitutionnel reconnait à certaines d'entre elles une valeur fondamentale.

B. LA CONSÉCRATION JURISPRUDENTIELLE

273. La valeur jurisprudentielle des règles déontologiques. La consécration des règles déontologiques permet de justifier, si besoin, leur prise en compte par la jurisprudence. La prise en compte de la déontologie médicale s'est également exercée par la force jurisprudentielle. En effet, « *la jurisprudence est une source importante du droit médical en ce qu'elle permet de pallier les insuffisances législatives d'un droit relativement récent* »[1153]. C'est à partir des années 1950 que « *les règles de droit privé propres à l'activité médicale* »[1154] font leur apparition. À la suite des insuffisances du droit commun de la responsabilité civile, « *les tribunaux ordinaires ont reconnu peu à peu la juridicité* » des règles déontologiques et des « *usages professionnels* »[1155]. Clairement, l'hypothèse de la récupération des règles de déontologie médicale par la jurisprudence s'expliquerait par les insuffisances du droit commun de la responsabilité civile. À l'insuffisance, s'ajouterait la méconnaissance du domaine médical, par le juge judiciaire, qui favoriserait la réception des règles déontologiques dans le droit commun de la responsabilité.

Selon M. Berger, le législateur « *peut s'approprier des règles qui lui sont à l'origine étrangères et intégrer dans le système juridique des valeurs sociales ou éthiques sous forme de norme qualitatives et de concepts flexibles, sous le contrôle de l'interprète et du juge* »[1156]. Il y a une intégration lente et progressive des règles de déontologie médicale dans le droit commun de la responsabilité civile. C'est ce que résume M. Sargos lorsqu'il écrit que, « *les normes déontologiques ne sont plus appréciées dans le seul cadre étroit du contentieux disciplinaire*

[1153] Picard A., *Les influences sur la pratique et les sources du droit médical et biomédical*, th., 2018, p. 353.
[1154] Leca A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, éd. LEH, 2012, p. 43.
[1155] Leca A., *ibid*. p. 43.
[1156] Bergel J.-L., « Du concept de déontologie à sa consécration juridique », *Droit et déontologies professionnelles*, Université Aix-en-Provence, 1997, p. 17.

ordinal, mais irriguent beaucoup de décisions dans les litiges de droit commun, et notamment de responsabilité »[1157].

La récupération législative des règles de déontologie médicale ne se limite pas à l'intégration formelle dans le code de la santé publique, au contraire les règles de déontologie médicale selon qu'elles soient codifiées ou non peuvent faire l'objet d'une récupération jurisprudentielle.

274. Les règles professionnelles non codifiées : l'arrêt Milhaud. Partant du postulat d'une part, que la déontologie médicale englobe toutes les règles d'origine professionnelle ou non relatives à l'exercice de la profession, et d'autre part, que cette dernière dans son ensemble ne peut être maintenue dans un code, on comprend que le juge puise dans une déontologie non formalisée des obligations déontologiques assorties d'un caractère juridique. Cela a notamment été le cas du célèbre arrêt Milhaud[1158] qui, au travers de la question de l'expérimentation sur un sujet en état de mort cérébrale, a reconnu que le respect de la personne humaine constituait un « *principe déontologique fondamental* » que la mort ne saurait écarter.

L'originalité de l'arrêt réside dans la reconnaissance de « *principes fondamentaux relatifs à la personne humaine* », lesquels ont un rapport étroit avec la déontologie. Une question qui n'avait pas encore été abordée en droit, ni par le législateur ni par les juges judiciaires ou disciplinaires. Par cette décision, le juge administratif met en lumière une règle déontologique qui n'était pas expressément consacrée. À ce sujet, M. Gutmann a fait remarquer que le Conseil d'État a reconnu une obligation dont aucun critère formel ne permettait de reconnaitre le caractère juridique. Il ajoute que l'absence de précédent sur cette question constituait un manque pour la haute juridiction lui permettant d'intégrer l'obligation déontologique en question dans le système juridique[1159]. Selon M. Lascombe, cette solution s'explique « *essentiellement par le fait que le Conseil d'État estimait qu'il était nécessaire de sanctionner le praticien* »[1160]. Il s'agit précisément de l'idée de nécessité de sanctionner qui, en dépit du silence des textes, se justifiait au regard de la « *moralité professionnelle* » propre à la pratique médicale.

[1157] Sargos P., « La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires », *D.*, 2007, p. 811.
[1158] CE ass., 2 juillet 1993 n° 124960, Milhaud, *Lebon* 194, concl. Kessler.
[1159] Gutmann D., « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives phil. dr.*, 2000, *op. cit.* p. 122.
[1160] Lascombe M., « Les ordres professionnels », *AJDA*, 1994, p. 885.

En effet, les dispositions du code de déontologie médicale de l'époque ne s'appliquaient qu'aux personnes considérées vivantes. En l'espèce, le patient était considéré comme en état de mort cérébrale, les règles déontologiques étaient, en conséquence, inapplicables. Par cet arrêt, le Conseil d'État admet la notion de « *principes déontologiques fondamentaux* » qui s'appliquent, même lorsque qu'ils ne sont pas expressément prévus par le code de déontologie médicale, dans les relations médicales. La consécration jurisprudentielle des règles de déontologie médicale a également fait naître en droit le débat relatif à la juridicité desdites règles. Par ailleurs, la jurisprudence a eu l'occasion de se saisir de règles de déontologie médicale codifiées.

275. Les règles professionnelles codifiées : l'arrêt Audat. L'utilisation des règles de déontologie médicale par la jurisprudence s'est parfois révélée à travers les difficultés d'interprétation législative. Pourtant, cette intégration progressive des règles déontologiques n'est pas sans influence sur la déontologie médicale elle-même. Les difficultés relatives à la qualification d'une faute civile ont favorisé l'emprunt à la déontologie médicale lorsque celle-ci semblait plus adaptée pour la résolution du litige.

La jurisprudence avait, dans un premier temps, admis la sanction d'un manquement aux dispositions du code de déontologie médicale, à condition que ce manquement soit également constitutif d'une violation à une règle juridique du droit commun de la responsabilité civile. Cela a été le cas en 1992 lorsque la Cour de cassation a décidé sur le fondement des articles 23 du code de déontologie médicale et 1382[1161] (ancien) du code civil qu' « *en ayant recours à des procédés de publicité contraires à la déontologie médicale, les praticiens avaient nécessairement favorisé le développement de l'exercice de leur activité au détriment de leur confrères et qu'il y avait donc eu détournement ou tentative de détournement de clientèle* »[1162].

La Cour de cassation a ensuite admis que le manquement à une disposition du code de déontologie des sages-femmes entrainait la mise en cause de sa responsabilité[1163].

La consécration jurisprudentielle des règles issues de la déontologie médicale a été plus clairement affirmée en 1997 lorsque la Cour de cassation a décidé que *« la méconnaissance des dispositions du code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une*

[1161] Devenu 1240 du code civil.

[1162] Cass. civ. 1re, 4 novembre 1992, n° 89-21.899, association SOS médecin Rennes et autres, *Gaz. Pal*. 1994, note Dorsner-Dolivet A.

[1163] Cass. civ. 1re, 30 octobre 1995, *Bull. civ*. I, n° 383 « *L'indépendance professionnelle dont jouit la sage-femme dans l'exercice de son art, conformément au code de déontologie des sages-femmes, n'est pas incompatible avec le lien de subordination résultant de l'existence d'un contrat de travail avec une clinique ; qu'il s'ensuit que l'existence d'un tel contrat ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité professionnelle de la sage-femme soit recherchée à raison des fautes personnelles qu'elle a commises* ».

action en dommages-intérêts dirigée contre un médecin, et il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle »[1164]. Cette jurisprudence marque un pas franc dans la prise en compte des règles déontologiques comme le proposait M. Sargos dans son rapport : « *la chambre pourrait donc saisir l'occasion de ce litige pour affirmer nettement que la méconnaissance des dispositions du code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages et intérêts dirigée contre un médecin* »[1165].

Rappelons aussi que cette jurisprudence a également été l'occasion pour le juge civil de se déclarer « *compétent pour apprécier le comportement des médecins intéressés comme étant constitutifs d'un manquement à la loyauté que se doivent les professionnels libéraux* » et de reconnaitre que « *le code de déontologie médicale qui constitue un règlement régulièrement publié étant à ce titre impératif et constituant une règle de droit* »[1166].
Par cette décision, la déontologie médicale est retirée de son domaine professionnel pour être affirmée sur le domaine de la décision judiciaire. C'est l'affirmation claire et générale que « *les normes de déontologie n'étaient pas limitées au domaine disciplinaire quant à leur portée mais constituaient un élément d'appréciation de la responsabilité civile, et même pénale, des médecins tant entre eux que vis-à-vis de leurs patients* »[1167].

Par ailleurs, et sans qu'il soit besoin d'insister, l'article 4 du code civil pose l'obligation du juge de statuer. En effet, l'article 4 du code civil dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Cela signifie clairement que le juge doit tout mettre en œuvre pour rendre justice. Le juge peut recourir à des règles professionnelles, telles que la déontologie, pour interpréter un texte et statuer en conséquence. Ceci interroge sur le rôle du juge dans l'intégration des règles de déontologie médicale dans le raisonnement juridique[1168].

La question de l'intégration jurisprudentielle de la déontologie médicale relance le débat doctrinal de la fonction créatrice de droit de la jurisprudence. En raison du principe fondamental de la séparation des pouvoirs, le juge n'a, en principe, pas le droit de créer du droit. Si certains

---

[1164] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, n° 95-12.576, Audat, *Bull. civ*. I, n° 99, R. 1997, p. 273.
[1165] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, rapp. Sargos P., *JCP* 1997, II, n° 22829, n° 14.
[1166] V. arrêt CAA Poitiers 21 septembre 1994, décision confirmée par la Cour de cassation.
[1167] Bergoignan-Esper C. et Sargos P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, éd. Dalloz, 2010, coll. Grands arrêts, p. 338.
[1168] Ce rôle étant différent selon que la règle déontologique considérée est d'ordre public ou non V. *supra* n° 164 et 278.

considèrent la jurisprudence comme étant une simple autorité qui « *influe sur la décision, sans jamais l'imposer en droit* »[1169], et mettent en avant le code civil[1170], d'autres, au contraire, considèrent que *« le contenu de branches entières du droit est principalement jurisprudentiel. Ainsi, en va-t-il du droit administratif et du droit international privé* »[1171].
Dans tous les cas, sans qu'il soit nécessaire de remettre en question ces « *éminentes critiques fondées sur des règles indiscutables* »[1172], M. Mémeteau considère que : « *la jurisprudence a su jusqu'à présent, avec l'aide de la doctrine, combler, pour ne pas dire créer, le droit médical…* »[1173]. En effet, la jurisprudence participe à la prise en compte de la déontologie médicale et à la mise en place de nouvelles obligations médicales. Les règles professionnelles considérées comme du droit « *mou* »[1174], le droit disciplinaire, vont être intégrées au droit « *dur* », le droit commun de la responsabilité civile du médecin, par le rôle d'interprète de la loi du juge. Autrement dit, l'origine privée des règles déontologiques ne fait pas entièrement obstacle à ce qu'elles soient prises en compte par le juge judiciaire.

Par la suite, il est possible de constater que la prise en compte jurisprudentielle des règles déontologiques s'est accrue lorsqu'il s'est agi d'apprécier l'existence ou non d'une faute civile[1175], notamment lorsqu'elles sont matériellement impératives.

II. LES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES MATÉRIELLEMENT IMPÉRATIVES

276. L'impérativité des règles déontologiques. La déontologie médicale a été contestée en raison de son origine corporative, elle continue de l'être pour certains auteurs et par une partie de l'opinion publique[1176]. Pourtant, l'étude du contenu des règles déontologiques

---

[1169] Carbonnier J., *Droit civil, Introduction*, éd. PUF, 26e édition, 1999, coll. Thémis, n° 48, p. 283.
[1170] Article 5 « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».
[1171] Gridel J.-P., *Introduction au droit et au droit français,* éd. Dalloz, 2e édition, 1994, coll. Mémentos, p. 299.
[1172] Dosdat J-C., *«* Les normes nouvelles de la décision médicale *», op. cit.* p. 151.
[1173] Mémeteau G., *Cours de droit médical*, éd. Les cours de droit, Litec, 1996, p. 25.
[1174] Comme le souligne Mme Thibierge, les manifestations de droit mou, (*soft law*), se multiplient en droit français, paradoxalement au fait que la notion elle-même ne soit pas définie. L'auteure ajoute que la notion de droit « mou » ne figure pas en tant que telle dans les manuels de droit ni dans les lexiques juridiques, d'autant plus qu'elle n'a pas fait l'objet de recherche synthétique propre à en dégager l'unicité et surtout à la situer par rapport au droit ; Thibierge C., « Le droit souple », *RTD civ*., 2003, p. 599.
[1175] V. *infra* n° 248 (la faute disciplinaire à l'appui de la faute civile).
[1176] En commentaire de l'article 56 du CDM qui aborde la question de la confraternité, le CNOM précise que « *le médecin est au regard de la médecine l'élément d'un corps qui le rend dépendant des autres membres auxquels le rattachent des liens indispensables, confraternels* ». Cette vision participe à l'idée selon laquelle la profession médicale est une corporation centrée exclusivement sur ses propres intérêts.

révèle le détachement et l'abandon du corporatisme[1177]. La déontologie ne pouvant plus être considérée comme un droit « *clos* », étant donné qu'elle ne se limite plus à l'énoncé de simples règles professionnelles. L'abandon du corporatisme, manifesté par la prise en compte des intérêts du patient, permet à la déontologie de mettre en évidence une autre portée de ses règles. Selon Mme Decoopman, « *pour éviter sans doute un excès de corporatisme, certaines institutions professionnelles élargissent le cercle des intervenants lors de l'élaboration des règles de déontologie* »[1178]. Cette pratique s'étend également à la prise en compte d'intérêts différents de ceux de la profession médicale. Les règles déontologiques matériellement impératives sont celles qui s'imposent aux médecins en raison de leur portée autre que professionnelle. Dès lors, il convient de s'intéresser au contenu des règles déontologiques (A) pour distinguer celle ayant conservé un caractère exclusivement professionnel (B).

A. L'IMPÉRATIVITÉ JUSTIFIÉE PAR LA SUBSTANCE DE LA RÈGLE DÉONTOLOGIQUE

277. Précisions. L'impérativité en droit s'entend comme étant la capacité d'une règle à s'imposer de manière absolue, une règle qui exige de l'obéissance avec un caractère de commandement. Il convient présentement de mettre en évidence l'impérativité de la règle déontologique.

278. Le contenu des règles déontologiques. Sans vouloir paraître tautologique, il convient de faire remarquer l'utilisation d'un même argument, celui de la protection de l'humain invoqué précédemment[1179], pour une illustration différente. Précédemment, il s'agissait de démontrer qu'en raison de leur valeur, en l'occurrence la protection de la santé de l'humain qui est contenue dans le préambule de la Constitution de 1946, certaines règles déontologiques sont susceptibles d'influencer la responsabilité civile médicale. Actuellement, il s'agit de démontrer, non plus en raison de leur valeur mais en raison de leur contenu, l'influence de ces règles déontologiques sur la décision du juge judiciaire.

[1177] Selon le dictionnaire Robert, le corporatisme est une attitude qui vise à défendre exclusivement les intérêts d'une catégorie professionnelle donnée.
[1178] Decoopman N., « Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulation », *in Les Usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, Paris, 1989, p. 87-105.
[1179] V. *supra* n° 50 sv.

S'il est vrai que le code de déontologie médicale régit l'activité professionnelle et les rapports des professionnels entre eux, ce dernier n'est « *plus* »[1180] exclusivement consacré à l'organisation et la gestion de la profession médicale. En effet, de nombreuses dispositions traitent des rapports entre le médecin et son patient. Dès lors, il y a, comme le qualifie M. Moret-Bailly, une influence directe de la déontologie sur la relation médicale[1181].
Le code de déontologie médicale ne se limite pas à l'énoncé de dispositions relatives à l'organisation et la gestion de la profession. Il détient également des dispositions relatives à l'ordre public telles que la protection de la vie ou le libre choix du médecin qui sont des principes essentiels de la reconnaissance des droits du patient. Ces droits reconnus au patient, au nom du principe de dignité, ont favorisé dans la déontologie médicale une multiplication de règles visant à protéger le patient.

Considérant que la dignité est une notion polyphonique[1182], inspirée par la philosophie et la religion, elle a connu en droit un élan contestataire et controversé[1183] (en raison du caractère « *fourre-tout* » de la notion). Pourtant ancienne[1184], la notion de dignité a connu en droit français un destin qualifié de glorieux. Elle est aujourd'hui considérée à la fois comme précédant et justifiant les normes juridiques, comme la norme à « *l'aune de laquelle se mesurent les défis éthiques* » ou encore comme « *valeur interrogeable de la civilisation juridique* »[1185]. Après avoir intégré le débat juridique français, la notion de dignité a ensuite intégré la déontologie médicale. Elle se retrouve au fondement de plusieurs règles déontologiques dont le contenu ne fait pas transparaître le caractère professionnel de ces règles.

[1180] Toutefois, on peut considérer que les préoccupations relatives à la protection du patient ont toujours existé dans la déontologie médicale, mais que leur existence a malheureusement été trop souvent noyée dans un magma de règles professionnelles ne leur laissant finalement qu'une place résiduelle et symbolique.
[1181] Moret-Bailly J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001, p. 77.
[1182] Sur la polyphonie de la notion de dignité, Gaboriau S. et Pauliat H., « Justice éthique et dignité : Actes des colloques organisés à Limoges les 19 et 20 novembre 2004 », éd. Presses universitaires de Limoges, 2006, coll. Entretiens d'Aguesseau, p. 15 et sv.
[1183] V. par exemple sur la nature juridique controversée de la notion, Viriot-Barrial D., « Dignité de la personne humaine », *Rep. Droit pénal et proc. pénale*, juin 2014 (actualisation : janvier 2016). Sur le recours à la dignité en droit français, Cossalter P., « La dignité de la personne humaine en droit public français : l'ultime recours », *RGD*, 2014, n° 4, www.Revuegeneraledudroit.eu.
[1184] Décret d'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises du 27 avril 1848 dit décret Schoelcher « Considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ».
[1185] Martens P., « La dignité humaine : bonne à tout faire des cours constitutionnelles ? », *in* Gaboriau S. et Pauliat H., Justice éthique et dignité : Actes des colloques organisés à Limoges les 19 et 20 novembre 2004 », éd. Presses universitaires de Limoges, 2006, coll. Entretiens d'Aguesseau, p. 143 et sv.

Parmi les 112 articles du code de déontologie médicale, au moins 35[1186] d'entre eux, dont 28 contenus dans le titre traitant des devoirs des médecins envers les patients, sont directement liés à la protection du patient, de ses intérêts et de ses droits. Ces articles sont de ce fait, en raison de leur contenu, susceptibles d'influencer la responsabilité civile médicale. C'est-à-dire permettre au juge judiciaire d'engager ou pas la responsabilité civile d'un praticien. Dès lors, l'utilisation des devoirs déontologiques contenus dans ces articles par le juge civil aux fins de qualification d'une faute civile s'en trouve justifiée.

C'est par exemple le cas de l'article 2 du code de déontologie médicale qui dispose que « *Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort* ». La mention « *au service de l'individu* » démontre clairement l'orientation de la déontologie médicale vers une finalité qui n'est plus uniquement professionnelle mais au contraire davantage orientée vers le patient. D'ailleurs, il faut remarquer que l'article 2 est chronologiquement le premier de ceux énonçant les devoirs déontologiques du médecin puisque l'article premier est consacré à l'énoncé du domaine de compétence de l'ordre des médecins et du code de déontologie médicale.

C'est également le cas de l'article 4 du code de déontologie médicale relatif au secret professionnel qui rappelle que le secret professionnel est « *institué dans l'intérêt des patients* ». Il s'agit d'un devoir déontologique pour le médecin et d'un droit pour le patient. À ce titre, l'obligation de tenir secrètes les informations relatives à la santé du patient doit également être assurée par tous ceux qui assistent le médecin. L'article 72 énonce que « *Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment. Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle* ». Cet article vise tous les collaborateurs du médecin placés sous sa responsabilité, il s'agit aussi bien de la secrétaire médicale, de l'infirmière, des techniciens de laboratoires d'analyse que les agents hospitaliers avec lesquels le médecin collabore au quotidien pour la prise en charge du patient.

Prenons également le cas de l'article 12 du code de déontologie médicale qui rappelle que « *Le médecin doit apporter son concours à l'action sanitaire. Il participe aux actions de*

[1186] Les articles 2, 4, 6, 8, 9, 10, 12, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 37-1, 37-2, 37-3, 37-4, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 62, 68 et 77 sont clairement davantage orientés vers la protection du patient et de ses droits. Il s'agit d'articles du code de déontologie dont l'influence sur la responsabilité civile médicale serait plus marquée car ils ne servent pas une finalité professionnelle.

vigilance sanitaire. La collecte, l'enregistrement, le traitement et la transmission d'informations nominatives ou indirectement nominatives sont autorisés dans les conditions prévues par la loi ». En s'attachant uniquement à son contenu, il est difficile de reconnaitre une quelconque finalité professionnelle à cet article en dépit de son caractère déontologique. Le patient est clairement le destinataire et bénéficiaire de cet article, il est placé au centre de ce devoir de concourir à l'action sanitaire.
Les règles relatives à la protection de l'humain contenues dans le code de déontologie médicale sont nombreuses. Elles démontrent l'intérêt porté au patient par l'ensemble de la profession. Cependant, les règles « purement » professionnelles, au sens de l'organisation et la gestion de la profession ne poursuivent *a priori* pas cette finalité. Ces articles ne servent pas la finalité professionnelle de la déontologie médicale mais au contraire s'inscrivent dans celle plus générale de protection de la santé publique et de respect des droits du patient.

Cependant, la déontologie médicale, en tant que règle régissant les comportements des membres d'une même profession, est également un ensemble de règle dont la finalité professionnelle ne fait aucun doute.

B. L'IMPÉRATIVITÉ DES RÈGLES PROFESSIONNELLES AYANT EXCLUSIVEMENT UN CARACTÈRE PROFESSIONNEL

279. La contrainte professionnelle. Le CNOM exerce une mission « *conservatrice* »[1187] de la profession par le biais de la déontologie puisque « *l'histoire des déontologies est étroitement liée à celle des ordres professionnels* »[1188]. Selon M. Moret-Bailly, la déontologie médicale en tant que règle matricielle de la profession se compose toujours de « *principes défendant une certaine conception de la médecine et de la pratique libérale des professions de santé* »[1189]. Celle-ci n'aurait pas de raison d'exister si elle venait à perdre son caractère professionnel puisqu'elle ne saurait se détacher de la médecine[1190]. Dans ce cas, le code de déontologie médicale continue, depuis le serment d'Hippocrate, de mettre à la charge des médecins des règles de morale professionnelle.

[1187] Moret-Bailly J., et Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 177.
[1188] Leonard J., « La médecine entre les pouvoirs et les savoirs, Histoire intellectuelle et politique de la médecine au XIXe siècle », cité par Moret-Bailly J., et Truchet D., *Droit des déontologies*, p. 177.
[1189] Moret-Bailly J., et Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 175.
[1190] V. *supra* n° 262 (l'impossible détachement de la médecine à la déontologie médicale).

C'est dans ce contexte que le code de déontologie régit la profession médicale depuis la création de l'ordre des médecins. Ce code renferme à la fois des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et la gestion de la profession. C'est également un code « complet », car il ne traite pas uniquement des droits et devoirs des médecins mais aussi de ceux du patient en plus de régir les rapports des praticiens avec les autres professionnels de santé non soumis au code de déontologie médicale.

Le code de déontologie médicale compte actuellement 112 articles, nombreux d'entre eux ont une consonance exclusivement tournée vers la protection des intérêts professionnels. Ce qui vaut d'ailleurs au CNOM la critique d'être un organisme « *conservateur, voire réactionnaire* »[1191] ayant favorisé le maintien d'un rapport déséquilibré de la relation médicale illustrée par l'idée du paternalisme médical.

280. Les règles professionnelles orientées vers et pour la profession. À titre d'illustration, les règles déontologiques relatives à l'indépendance professionnelle, à l'obligation de non-concurrence et à la confraternité pour n'en citer que quelques-unes. L'indépendance professionnelle du médecin est un principe fondamental, un « *soubassement traditionnel* »[1192] de la déontologie médicale. Il revient au CNOM d'« *assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale* (…) »[1193].

L'indépendance professionnelle figure à l'article 5 du code de déontologie médicale rappelant dans des termes très généraux que « *Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit* ». L'indépendance professionnelle « protège » d'une part, les médecins contre le pouvoir de l'employeur et d'autre part, le contrôle des organismes d'assurance maladie sur leur activité.

L'obligation de non-concurrence entre praticiens est également rappelée par le code de déontologie médicale. Cette obligation constitue une entrave la liberté commerciale. Toutefois, l'article 19 du code de déontologie médicale dispose que « *la médecine ne doit pas être exercée comme un commerce* ». En matière médicale, les règles de non-concurrence entre praticiens s'articulent autour de la prohibition visant le « *détournement ou la tentative de détournement de clientèle* »[1194], le « *partage d'honoraires* »[1195], le « *compérage* »[1196]. Les règles

[1191] Moret-Bailly J., et Truchet D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit, p. 177.
[1192] Moret-Bailly J., et Truchet D., *ibid*. p. 178.
[1193] Art. L. 2141-2 CSP.
[1194] Art. 57 CDM.
[1195] Art. 22 CDM.
[1196] Art. 23 CDM.

anticoncurrentielles s'intéressent également à l'installation des praticiens[1197], au cumul d'activités[1198], aux actes de publicité[1199] et au libellé des plaques professionnelles[1200].
La confraternité est le socle de l'organisation ordinale car elle induit le renforcement des liens entre praticiens en raison d'une appartenance commune à une même profession. Cela implique nécessairement l'idée d'une solidarité entre professionnels telle que les problèmes rencontrés par chacun dans l'exercice de leur profession soient également ceux de l'ensemble de l'organisation et inversement. C'est d'ailleurs au nom de cette solidarité confraternelle que le CNOM s'exprime pour l'ensemble du groupe. À ce titre, le code de déontologie médicale dispose que « *les médecins doivent entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité », qu'en cas de conflits ils doivent privilégier la voix de la « conciliation »,* qu'ils *« se doivent assistance dans l'adversité* »[1201]. Il s'agit d'une question principale pour le CNOM aux enjeux économiques importants pour les praticiens à en juger par la proportion importante du contentieux disciplinaire[1202].

De manière générale, l'ensemble des règles relatives aux rapports des professionnels vis-à-vis de l'ordre, entre eux, et avec les autres professionnels sont ici considérées comme des règles « purement » professionnelles au sens où leur finalité n'est en principe pas tournée vers le patient. Ces règles ont pour finalité l'organisation et la gestion de l'exercice de la profession et des comportements des professionnels. Leur influence sur la responsabilité civile médicale est alors limitée, le non-respect de ces règles entraine une responsabilité en principe de type disciplinaire. Il serait en effet difficile, sinon inutile, de reconnaitre une quelconque influence sur la responsabilité civile médicale à l'obligation faite à chaque professionnel de s'acquitter de sa cotisation annuelle auprès de l'ordre[1203]. Les cotisations annuelles à l'ordre constituent une obligation légale pour tous praticiens, peu importe que le praticien soit ou non amené à

[1197] Art. 86 et 90 CDM relatifs à l'installation après remplacement et à l'installation dans le même immeuble qu'un confrère.
[1198] Art. 26 CDM.
[1199] Art. 19 CDM.
[1200] Art. 81 CDM.
[1201] Art. 56 CDM.
[1202] Une analyse de la jurisprudence disciplinaire mise à disposition sur le site internet du CNOM révèle au total 933 décisions sur la question de la confraternité contre 494 pour celle des honoraires, 171 pour celle de l'abus d'actes techniques, 79 pour celle de la non-concurrence ou encore 66 pour celle du compérage.
[1203] Art. L. 4122-2 CSP.

prescrire, consulter ou suivre des patients[1204], mais le non-respect de cette obligation n'entraine de sanction disciplinaire que si un comportement fautif est reproché au praticien[1205].

En revanche, certaines règles déontologiques, eu égard à leur caractère professionnel, présentent également un intérêt considérable pour le patient.

281. Les règles professionnelles orientées vers la profession et le patient. L'argumentation est de dire que, même lorsqu'une règle déontologique est considérée comme « purement » professionnelle, elle n'est pas pour autant dénuée d'intérêts pour le patient. Il s'agit de considérer ces règles comme poursuivant une finalité « humaine » et non plus uniquement professionnelle. À titre d'illustration, l'obligation de confraternité, qui est en principe portée vers une finalité professionnelle a pourtant un intérêt pour le patient. En effet, si les médecins doivent entretenir entre eux des relations de bonne confraternité, le CNOM précise qu'« *il ne s'agit pas d'une manifestation de corporatisme mais d'une solidarité et d'une entraide nécessaire à l'accomplissement de la mission médicale* »[1206]. Cette confraternité entre les médecins s'analyse comme une complémentarité aussi bien au chevet du patient, mais également dans le domaine de la prévention et la reconnaissance des droits de leurs patients respectifs. Dès lors, ces règles peuvent être identifiées comme pouvant influencer la responsabilité civile médicale en raison de leur finalité. Il s'agit d'une identification objective de la règle déontologique s'opposant à une analyse subjective de la règle déontologique émanant d'un organisme supposé étranger aux questions de la protection des patients et de leurs droits. En effet, l'origine corporatiste et privée de la règle déontologique ne saurait fonder le rejet de l'influence de certaines règles déontologiques sur la responsabilité civile médicale.
La règle déontologique étant codifiée sous forme décrétale, si elle peut être prise en compte par le juge judiciaire dans sa décision permettant d'engager la responsabilité civile d'un médecin, alors cette influence doit s'analyser en conséquence.

[1204] Cass. civ. 1re, 29 juin 2016, n° 15-21.468, chron. Casson Ph., 2018, n° 6, pp. 5-14, *JurisData* n° 2016-012780.
[1205] Ch. discipl. nat., 5 septembre 2013 n° 11501, « *Le défaut de versement de cotisations, même pendant une période prolongée, n'est pas en lui-même de nature à justifier une sanction disciplinaire, sauf dans le cas où le médecin adopterait envers les instances ordinales un comportement fautif par lui-même en raison de sa désinvolture. En l'espèce, non seulement le praticien n'a pas acquitté ses cotisations pendant de très longues périodes, mais a manifesté, par son refus obstiné de répondre aux sollicitations du conseil de l'ordre et par le caractère récidiviste de son comportement, une désinvolture à l'égard du conseil départemental ainsi qu'à l'égard de ses confrères qui s'astreignent à payer leurs cotisations* ».
[1206] Commentaire du CNOM au sujet de l'article 56 CDM, https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/rapport-medecins-membres-professions-sante-art-56-68-1/article-56-confraternite.

Tels sont les cas des règles déontologiques qui ont trait à l'organisation de la continuité[1207] et à la permanence des soins[1208], à la liberté de prescription[1209], à l'obligation de porter assistance à une personne en danger[1210], au développement professionnel continu[1211] ou encore au caractère personnel de l'exercice de la médecine[1212]. Ces règles poursuivent une double finalité, à la fois professionnelle et humaine, elles présentent davantage la probabilité d'être plus « facilement » saisies par le droit et d'être interprétées par le juge judiciaire afin d'engager la responsabilité d'un praticien[1213]. En revanche, d'autres règles déontologiques sont rédigées en des termes généraux ne facilitant pas leur catégorisation, c'est pour cette raison que l'éventuelle influence de ces dernières sur la responsabilité civile médicale est plus difficile à démontrer.

Cependant, les règles déontologiques se caractérisent par leur transversalité au sens où elles peuvent à la fois relever de la profession et des droits du patient. En effet, comme démontré précédemment, certains articles du code de déontologie médicale, par leur contenu, ne laissent pas transparaître un intérêt direct pour la protection du patient et de ses droits. Or, en pratique, plusieurs d'entre eux sont également tournés vers cet objectif. C'est en cela qu'une règle considérée comme « purement » professionnelle peut aussi poursuivre une finalité de protection du patient et de sa santé. Par conséquent, les droits du patient et les devoirs déontologiques « professionnels » du médecin convergent vers une seule et même finalité.

Il en est ainsi lorsque les règles professionnelles transgressées bénéficient, au regard de leur statut juridique ou de leur substance, d'une légitimité non remise en question. Certaines règles professionnelles ne bénéficient pas directement de cette positivité ; or, elles jouent un rôle indispensable pour la pratique médicale. Dans ce cas, ces règles, bien qu'importantes, ne bénéficient pas d'une valeur juridique certaine, leur influence sur la responsabilité civile étant de ce fait davantage discutée.

[1207] Art. 47 CDM « *Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée* ».
[1208] Art. 77 et 78 CDM.
[1209] Art. 8 CDM la liberté de prescription est limitée par la loi et les données acquises de la science.
[1210] Art. 9 CDM.
[1211] Art. 11 CDM.
[1212] Art. 69 CDM.
[1213] Cass. civ. 1re, 27 novembre 2008, n° 07-15.963, *Bull. civ*. I, n° 273, *D*., 2008, p. 3085 ; *D*., 2009, p. 1304, obs. Penneau J., *RLDC* 2009/57, n° 3296, note Bugnicourt J.-Ph.

SECTION 2. LES RÈGLES PROFESSIONNELLES À VALEUR JURIDIQUE INCERTAINE

282. Incertitude de la valeur juridique. L'identification des règles déontologiques susceptibles d'avoir une influence sur la responsabilité civile médicale peut également se faire à travers leur valeur juridique. En effet, si le code de déontologie médicale bénéficie d'une valeur réglementaire certaine, conférant une valeur juridique à ses règles, certaines ne bénéficient pas du même statut. D'une part, la responsabilité du médecin est conditionnée au strict respect des données acquises de la science (I). Ces données constituent le critère d'appréciation du comportement déviant du praticien dont la responsabilité est poursuivie. D'autre part, les progrès scientifiques de ces dernières années ont favorisé la mise en place de dispositifs dans le but d'encadrer et orienter la pratique médicale. Les praticiens et professionnels de santé reçoivent de la Haute Autorité de Santé des recommandations de bonne pratique. Ces recommandations qui fixent le comportement adéquat en fonction des cas que le professionnel de santé rencontre, bénéficient d'un statut juridique marginal (II) sur lequel il convient d'insister compte tenu de l'impact qu'elles peuvent avoir en cas de mise en cause de la responsabilité d'un praticien.

I. LA RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE CONDITIONNÉE AUX DONNÉES ACQUISES DE LA SCIENCE

283. Les données acquises en science médicale. Il ressort de l'arrêt Mercier[1214] et de l'article 32[1215] du code de déontologie médicale que la responsabilité du médecin est conditionnée à la méconnaissance des données acquises de la science. Il s'agit d'une condition permettant d'apprécier la responsabilité au moment des faits reprochés et d'analyser le comportement du professionnel de santé conformément aux règles de l'art en vigueur. En revanche, la formulation « *données acquises de la science* » n'a pas été préalablement définie. La jurisprudence n'ayant pas pris soin de préciser ce qu'étaient ces données acquises, cela a

[1214] Cass. civ. 1re, 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ*. 1936, p. 691, obs. Demogue.

[1215] Art. 32 CDM « *Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* » ; Canselier G., *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, th., 2006.

laissé transparaître une incertitude sur la notion, notamment sur ce qu'il fallait entendre par données acquise de la science (A). Les précisions apportées après la controverse entre données « *actuelles* » et données « *acquises* » de la science ont permis *a minima* de fixer leur cadre juridique. Pour autant, ce cadre juridique ne suffit pas à écarter toutes les incertitudes liées à l'acquisition et l'interprétation que peuvent en faire les professionnels de santé (B).

A. LA NOTION DE « DONNÉE ACQUISE DE LA SCIENCE »

284. Origine prétorienne. Les données acquises de la science ont été affirmées par la jurisprudence Mercier[1216]. Depuis cette date, il est régulièrement fait mention de cette exigence dans les décisions judiciaires et disciplinaires. Les données de santé sont essentielles pour l'appréciation de la faute du médecin. Elles permettent au juge d'apprécier le comportement du praticien en conformité avec les standards de référence élaborés par la communauté scientifique. Pour certains, les données acquises de la science constituent la « *clef de voûte* »[1217] d'appréciation de la responsabilité civile du médecin. Pourtant, la notion n'est pas clairement définie, elle renvoie à une conception générale et scientifique de la pratique médicale sans toutefois être enfermée dans une définition classique. Pour appréhender la notion de donnée acquise de la science, il est fait mention de leur conformité et de leur constance.

285. La conformité renvoie essentiellement à une pratique de l'art médical qui respecte les référentiels approuvés par la communauté scientifique. Il s'agit également pour le praticien de maîtriser les obligations auxquelles il est soumis. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler plusieurs fois cette exigence. C'est ainsi qu'un chirurgien-dentiste n'engage pas sa responsabilité pour les conséquences, même fatales, de la victime lorsqu'au moment des faits l'acte litigieux a été jugé conforme aux données acquises de la science[1218].

[1216] Cass. civ. 20 mai 1936 « Mercier » ; *DP* 1936, I, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E.P ; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. Demogue.

[1217] Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 461.

[1218] Cass. civ. 1re, 4 janvier 2005, n° 03-14.206, « (…) *qu'en 1989 la prescription par M. X... de l'anti-inflammatoire Apranax était conforme aux données acquises de la science, qu'il avait été attentif à l'évolution de l'état de son patient et l'avait adressé dès son aggravation à M. Z..., qu'il ne pouvait lui être reproché de faute dans le diagnostic d'une infection exceptionnelle, très insidieuse et extrêmement rapide dans son développement et qu'aucun retard dans l'hospitalisation d'Emmanuel Y... et l'intervention nécessitée par son état n'était imputable à M. Z... ; qu'elle a pu en déduire que la responsabilité de ces praticiens n'était pas engagée ; qu'il s'ensuit que les moyens ne peuvent être accueillis* ».

286. La constance des données est liée à la pérennité dans le temps de la pratique médicale. Une donnée est considérée constante lorsqu'elle a été suffisamment éprouvée, sur une période donnée. En effet, tant que la donnée scientifique n'a pas été remise en cause par d'autres, plus récentes, elle continu d'être la norme et de s'appliquer pour les professionnels de santé.

287. Consécration de la notion. Telle qu'énoncée, la formulation a eu pour principale conséquence d'enfermer les faits reprochés à une application temporelle de l'art médical. La responsabilité est appréciée de façon temporelle et casuistique. C'est à travers l'article 32 du code de déontologie médicale de 1995 que la notion de données acquises de la science a intégré la jurisprudence de la responsabilité civile médicale. L'article dispose que « *dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* ». La notion de données acquises de la science est comparable à celle de « *règles de l'art* » en matière de déontologie médicale.

Plus tard, la notion a également été consacrée par le législateur, par la loi du 4 mars 2002[1219]. Il est, en effet, fait mention de la nécessité de donner « *la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées* »[1220]. Le législateur a fait le choix de ne pas reprendre textuellement l'arrêt Mercier en privilégiant les « *connaissances médicales avérées* ». Ce choix peut s'expliquer par la controverse qu'avaient pu faire naître certaines décisions qui faisaient référence aux « *données de la science* », trop général[1221]. Dans un arrêt du 6 juin 2010, les hauts magistrats avaient estimé la notion de données actuelles « *erronées* », en réaffirmant celle des données acquises de la science[1222]. Pour certains, cette formulation conforte l'interprétation souveraine des juges de l'efficacité thérapeutique et des impératifs de sécurité sanitaire[1223]. Le caractère « *avéré* » de la donnée symbolise son caractère « *acquis* » en matière scientifique.

Peu importe la formulation adoptée, la conformité aux données acquises de la science ou les connaissances médicales avérées, la responsabilité civile du médecin est conditionnée par la méconnaissance de ces données. Il s'agit des références permettant d'apprécier le

---

[1219] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[1220] Art. L. 1110-5 al. 1 CSP.
[1221] Initialement CA de Paris, 20 février 1946, V. Harichaux M., « L'obligation du médecin de respecter les données de la science (A propos du cinquantenaire de l'arrêt Mercier : Bilan d'une jurisprudence) », *La Semaine Juridique* G., n° 47, 1987, p. 3306.
[1222] Cass. civ. 1re, 6 juin 2000, n° 98-19.295, *Bull. civ*. I, n° 176 ; *RDSS* 2000, p. 730, obs. Dubouis L.
[1223] Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p. 466.

comportement du médecin. Dans cette condition, le juge a souvent recours à une expertise médicale afin de vérifier, au regard de ces données acquises, si le praticien poursuivi a agi en respectant les règles de l'art. Il est primordial que les données auxquelles se réfère l'expert médical soient celles qui s'appliquaient au jour des faits reprochés. Or, en matière scientifique, les données sont par nature évolutives, elles sont susceptibles de ne plus être d'actualité au jour du rapport d'expertise et du prononcé de la décision judiciaire.
Cette situation peut conduire à une interrogation sur les données applicables au moment des faits.

B. L'INCERTITUDE DE L'ACQUISITION DES DONNÉES

288. Interrogations. Les données sont-elles considérées acquises par le professionnel au moment de l'acte médical ou le sont-elles préalablement ? Il convient d'apprécier au regard des évolutions scientifiques, l'impact du caractère acquis d'une donnée.

289. L'évolution des données. Les données de santé sont en principes évolutives, elles sont étroitement liées à l'évolution de la technique médicale. Les hauts magistrats ont eu l'occasion de préciser que ces données peuvent être appréciées en fonction de la communauté scientifique pour laquelle elles s'appliquent. Dans une affaire, de complication liée à la pose d'un plâtre sur une jambe fracturée, il a été rappelé que seules les données ayant été validées par la communauté scientifique française sont prises en compte pour l'appréciation de la responsabilité du médecin. La Cour de cassation avait estimé que « *la nécrose ischémique a été décrite par Volkmann comme s'attaquant aux muscles de l'avant-bras, que celle du mollet n'a donné lieu à aucune publication en France avant le congrès de la société française d'orthopédie de 1973* », ajoutant que « *la connaissance en France de telles lésions n'entrait aucunement dans les données acquises de la science* ». Dans cette affaire, la responsabilité du praticien n'a pas été engagée car il ne pouvait lui être reproché de n'avoir pas appliqué les données acquises de la science[1224].
L'opinion scientifique chargée de valider les données doit être nécessairement celle du pays où le droit s'applique. Or, en matière scientifique, notamment en science médicale, rien n'est figé, les principes scientifiques sont souvent l'objet de controverse, même lorsqu'ils ont été

[1224] Cass. civ. 1re, 12 novembre 1985, n° 83-17.061, *Bull. civ*. I, n° 299 ; *JCP* 1986, IV p. 40.

approuvés[1225]. Le Doyen Carbonnier considérait qu'« *une donnée médicale n'est une donnée de la science qu'autant qu'elle est reçue par la partie la plus considérable de l'opinion scientifique* »[1226]. En conséquence, ces données doivent avoir fait l'objet d'une « publication » et bénéficier d'une pertinence pour être considérées comme données acquises de la science[1227]. Cette publicité s'entend nécessairement comme celle de la communauté scientifique, plus précisément médicale, habilitée à les valider et les rendre opposables aux praticiens.

Par ailleurs, la constance d'une donnée scientifique s'entend paradoxalement par rapport au caractère évolutif et changeant de la science. En effet, une donnée scientifique peut avoir été considérée comme acquise et ne plus l'être par la suite, les données scientifiques sont par conséquent susceptibles de se transformer. Il convient de se référer à l'usage technique de la pratique pour apprécier la constance et la conformité de la donnée scientifique. Cette notion englobe à la fois le savoir et la pratique médicale pour que soit apprécié à un moment donnée le comportement du praticien poursuivi.

L'opinion scientifique majoritaire, chargée de valider les données scientifiques ou de les rassembler comme la HAS, a le pouvoir d'ignorer certaines expérimentations menées par une minorité scientifique même si ces dernières sont prometteuses. De même, en cas de doute ou de désaccord scientifique, la communauté scientifique ne valide pas le procédé expérimental ou médical comme étant une donnée acquise. La responsabilité du médecin, plus tard recherchée, est nécessairement enfermée dans le temps. Ce temps correspond à la période de validité de la donnée scientifique dans la pratique.

290. La temporalité. Le critère essentiel d'appréciation de la responsabilité du médecin est lié à la temporalité des données scientifiques. Ces dernières ne sont considérées admises qu'à la seule condition qu'elles aient été, au moment des faits reprochés, validées par la communauté scientifique. La Cour de cassation prend soin de le rappeler de façon régulière et constante. Dans une affaire, dont les faits dataient de 1989, les juges du fond avaient admis, après avis du rapport d'expertise, la responsabilité d'un praticien en considérant qu'il aurait dû procéder à une césarienne pour éviter une dystocie des épaules à la victime. L'arrêt a été cassé, les hauts magistrats ont estimé « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, quelles étaient les données acquises de la science à la date de l'accouchement,*

[1225] Harichaux M., « L'obligation du médecin de respecter les données de la science (A propos du cinquantenaire de l'arrêt Mercier : Bilan d'une jurisprudence) », *La Semaine Juridique G*., n° 47, 1987, p. 3306.
[1226] Note sous CA Montpellier 14 décembre 1954, D.S. 1955, 745.
[1227] Harichaux M., précit. p. 3306.

alors que M. Z… faisait valoir que l'expert, gynécologue-obstétricien, s'était référé à des publications postérieures à 1989 et s'était fondé sur l'état des connaissances à la date de son rapport, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »[1228].

Cette position jurisprudentielle et doctrinale garantit une appréciation circonstancielle de la responsabilité recherchée. Lorsqu'un procédé médical n'est suffisamment éprouvé, la responsabilité du praticien ne peut être engagée. Néanmoins, tout médecin est tenu d'entretenir et de perfectionner ses connaissances dans le respect de l'obligation de développement professionnel continu[1229]. Par conséquent, un praticien doit nécessairement actualiser son savoir et ses compétences professionnelles pour s'adapter à l'évolution des données scientifiques. Le cas échéant, la responsabilité du praticien peut être engagée si ce dernier avait dû savoir que la donnée scientifique sur laquelle il s'appuie est désuète.

De plus, lorsque les données scientifiques ne permettent pas de dire avec certitude si le dommage aurait pu être évité, la responsabilité du praticien ne peut être retenue. Dans une affaire, la Cour de cassation avait rejeté un pourvoi en décidant que « (…) *selon l'expert lui-même, « on ne peut affirmer que les données acquises de la science médicale auraient dû faire choisir l'anesthésie loco-régionale par préférence à l'anesthésie générale* (…) »[1230]. Le doute scientifique est particulièrement topique en matière de vaccination contre l'hépatite B, les données acquises de la science ne permettent pas de conclure à l'existence d'un lien de causalité certain entre le vaccin et la sclérose en plaques. Dans ces conditions, la responsabilité du praticien n'est pas retenue. La jurisprudence a toutefois reconsidéré cette position en admettant un lien de causalité entre la vaccination hépatique et la sclérose en plaques lorsque des présomptions « *graves précises et concordantes* »[1231] permettent d'engager la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques. Dans ce cas, la présomption d'imputabilité pallie le doute

---

[1228] Cass. civ. 1re, 13 juillet 2016, n° 15-20.268, Responsabilité civile et assurances, n° 11, novembre 2016, comm. 316 ; Hocquet-Berg S., « Les données acquises de la science à la date de l'accouchement », *RGD on line*, 2017, n° 25475.

[1229] Art. 11 CDM. Commentant l'article 11 du code de déontologie médicale le CNOM précise que « *la compétence est la première exigence de la morale professionnelle. Elle suppose non seulement un savoir aussi large que possible, mais aussi une bonne adaptation à l'exercice de l'activité médicale* ». Il ajoute que « *la mise en place du développement professionnel continu ne peut se comprendre que si l'on part de la conception de compétence médicale et de son actualisation nécessaire. La validation de cette compétence par l'évaluation des pratiques professionnelles, le développement professionnel continu permettant l'adaptation permanente de cette compétence et la pertinence des pratiques* ». https://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-11-formation-continue-235.

[1230] Cass. civ. 1re, 20 mars 1984, n° 82-16.926, *Bull. civ*. I, 1984, n° 107.

[1231] Cass. civ. 1re, 22 mai 2008, n° 05-20.317, *JCP* 2008, II, 10131, note Grynbaum L. ; *RTD civ*. 2008, 1492, obs. Jourdain ; *RDSS* 2008, 578, obs. Peigne ; *RDC* 2008, 1186, obs. Borghetti ; *RCA* 2008, chron. 8, note Radé C.

scientifique, les données scientifiques n'étant pas considérées comme acquises, il n'y a pas de certitude de causalité.

291. Prise en compte des données scientifiques internationales. Les données scientifiques établies à l'étranger peuvent être transposées en France, elles sont dans ce cas considérées comme acquises par le droit français. Dans le cas contraire, la responsabilité d'un praticien ne peut être engagée si ce dernier refuse de pratiquer un acte médical qui n'a pas été validé par la communauté scientifique française. Or, en matière scientifique, les données ne sont pas toujours les mêmes d'un pays à l'autre. La littérature médicale est par conséquent également internationale. Lorsque le praticien n'a commis aucune faute, sa responsabilité ne peut être engagée, il est possible de rechercher celle du fabricant du produit ayant entrainé le dommage. Dans une affaire, la Cour de cassation a approuvé le raisonnement de la cour d'appel de Versailles qui avait reconnu le caractère défectueux du Médiator en considérant les études internationales qui avaient permis de retirer de la vente le produit litigieux[1232]. Les études internationales peuvent être prises en compte pour apprécier les données acquises de la science sur le territoire français. La conformité et la constance d'une donnée scientifique à l'usage de la médecine en France n'est pas exclusive d'une appréciation des responsabilités mises en cause à l'aune de la littérature médicale internationale.

Les données acquises de la science considérées comme le critère déterminant de l'appréciation du comportement fautif, notamment pour la faute technique, du praticien doivent être déterminées, précisées et diffusées. Bien souvent, elles s'accompagnent de recommandations de bonne pratique qui permettent aux professionnels de santé d'exercer leur art en conformité avec la littérature médicale.

[1232] Cass. civ. 1re, 22 novembre 2017, nos 16-23.808 et 16-24.719, « *Et attendu qu'après avoir retenu le caractère défectueux du Mediator, l'arrêt décrit, par motifs propres et adoptés, les conditions dans lesquelles ont été révélés les effets nocifs de ce produit en raison, notamment, de sa similitude avec d'autres médicaments qui, ayant une parenté chimique et un métabolite commun, ont été, dès 1997, jugés dangereux, ce qui aurait dû conduire la société à procéder à des investigations sur la réalité du risque signalé, et, tout au moins, à en informer les médecins et les patients ; qu'il ajoute que la possible implication du Mediator dans le développement de valvulopathies cardiaques, confirmée par le signalement de cas d'hypertensions artérielles pulmonaires et de valvulopathies associées à l'usage du benfluorex, a été mise en évidence par des* <u>*études internationales*</u> *et a conduit au retrait du médicament en Suisse en 1998, puis à sa mise sous surveillance dans* <u>*d'autre pays européens*</u> *et à son retrait en 2003 en Espagne, puis en Italie ; que, de ces énonciations, desquelles il résulte que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment de la mise en circulation des produits administrés à M. X... entre 2003 et 2009, permettait de déceler l'existence du défaut du Mediator, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, en a exactement déduit que la société n'était pas fondée à invoquer une exonération de responsabilité au titre du dommage subi par M. X... ; que le moyen n'est pas fondé* » ; Dans le même sens, Cass. civ. 1re, 20 septembre 2017 n° 16-19.643, *D.*, 2017, 2284, note Viney ; *JCP* 2017, 1186, note Borghetti.

II. LE RÔLE JOUÉ PAR LES RECOMMANDATIONS DE BONNE PRATIQUE

292. *Quid* des recommandations de bonne pratique. Les recommandations de bonne pratique participent à la détermination de la mise en cause de la responsabilité du médecin. Il s'agit de référentiels largement répandus dans l'exercice de la médecine. Elles sont aujourd'hui considérées comme faisant intégralement partie de la science médicale[1233]. Ces recommandations sont en principe édictées par une autorité compétente afin de leur donner une légitimité auprès des professionnels de santé (A). Les recommandations de bonne pratique ayant reçu une certaine légitimité, cette dernière est-elle de nature à entrainer une responsabilité du praticien qui ne les respecte pas ? Pour répondre à cette interrogation, il conviendra d'analyser le statut juridique de ces recommandations (B) et d'apprécier en conséquence l'impact qu'elles peuvent éventuellement avoir sur la responsabilité du praticien.

A. LA LÉGITIMITÉ DES RECOMMANDATIONS DE BONNE PRATIQUE

293. Les recommandations sont-elles légitimes ? Les recommandations de bonne pratique jouent un rôle essentiel dans l'exercice de l'activité médicale. Elles sont préparées par des collèges d'experts-professionnels à l'attention d'autres professionnels. Les recommandations de bonne pratique se sont développées parallèlement au droit de la santé et à la « *judiciarisation* » de la profession médicale. Aujourd'hui, elles jouent un rôle de référentiels de la pratique médicale dont le statut juridique continue d'interroger du point de vue de la responsabilité civile médicale. Selon la définition proposée par la HAS, les recommandations de bonne pratique sont des « *propositions développées selon une méthode explicite pour aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés dans des circonstances cliniques données* ».

294. Les recommandations émises par la HAS. Dans un premier temps, il convient de préciser l'origine des recommandations de bonne pratique. Les recommandations de bonne pratique sont principalement élaborées par la Haute Autorité de Santé (HAS). Elles sont classées et hiérarchisées en trois grandes catégories. Le grade A signifie que les recommandations reposent sur des bases scientifiques solides, le grade B signifie qu'il ne s'agit

[1233] Krzisch D., « Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS*, 2014, p. 1087.

uniquement que des présomptions scientifiques et enfin le grade C, le plus bas, signifie que les recommandations ne représentent qu'un faible niveau de preuve. Il convient de préciser également la distinction nécessaire entre les recommandations de bonne pratique et les bonnes pratiques médicales, ces dernières ne bénéficient pas du label de la HAS. La HAS, qui a succédé aux anciennes ANDEM[1234] et ANAES[1235], est une autorité administrative indépendante à caractère scientifique[1236] dont les missions sont précisées à l'article L. 161 -37 du code de la sécurité sociale. Elle a notamment pour mission d'élaborer les guides de bon usage de soins ou les recommandations de bonne pratique, procéder à leur diffusion et contribuer à l'information des professionnels de santé et du public dans ces domaines[1237].

Ensuite, il y a également la distinction entre les recommandations de bonne pratique et les références médicales opposables (RMO). Les références médicales opposables ont été instaurées par la sixième convention médicale du 21 octobre 1993[1238]. Alors que les recommandations de bonne pratique constituent pour les praticiens un guide pratique, les références médicales opposables représentaient un guide de ce qu'il ne fallait pas faire dans la pratique. Les RMO renvoyaient à une pratique restrictive des soins jugés inutiles et dangereux par des formulations telles qu'« *il n'y a pas lieu de…* », « *il n'est pas utile de…* ». Eu égard à leur impact mitigé sur les objectifs de maîtrise médicalisée des dépenses escomptés[1239], les RMO ont fini par être largement critiquées et boudées par certains praticiens[1240]. Désormais, elles s'accompagnent de recommandations de bonne pratique et ont perdu presque systématiquement leur forme négative. Elles restent toutefois opposables par la CPAM qui, dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle des dépenses de santé et la lutte contre les prescriptions abusives, peut intenter une action disciplinaire à l'encontre du praticien déviant.

295. Les recommandations émises par les sociétés savantes. Par ailleurs, certaines recommandations émanent de sociétés savantes, plus précisément de groupes de professionnels

---

[1234] Agence Nationale pour le Développement de l'Evaluation Médicale dissoute au profit de l'ANAES en 1997. Elle avait pour principale mission de contribuer à l'élaboration, la validation et à la mise en œuvre des méthodes et expérimentations nécessaires, ainsi qu'à l'évaluation des résultats.

[1235] Agence Nationale de l'Accréditation et de l'Evaluation en Santé dissoute en 2004 au profit de la HAS. Elle avait pour mission d'évaluer l'utilité médicale de l'ensemble des actes, prestations et produits de santé pris en charge par l'assurance maladie et de formuler des recommandations et avis indépendants afin d'éclairer les pouvoirs publics sur les décisions de remboursement des produits et soins médicaux.

[1236] Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

[1237] Art. L. 162-37 al. 2 CSS.

[1238] Convention signée par la Confédération des syndicats médicaux français (CSMF) et le syndicat de la médecine libérale (SML).

[1239] Cavalie Ph., « Les références médicales opposables : quel impact sur la consommation des médicaments ? », *Economie et statistique*, 1998, pp. 85-99.

[1240] Peltier C., « Des références médicales à la qualité des soins », *Bull.* ordre médical, janvier 2002, p.8.

spécialisés dans un domaine précis ayant des centres d'intérêt communs. C'est le cas par exemple des sociétés françaises d'ophtalmologie, de cardiologie, de radiologie ou encore de dermatologie, qui contribuent efficacement à faire évoluer les règles de l'art dans leurs spécialités médicales. Ces sociétés savantes bénéficient d'une certaine autorité, elles participent aux progrès scientifiques dans leurs domaines et à la diffusion de ces connaissances tant au niveau de la recherche que celui de l'enseignement. Elles participent également au maintien et à l'amélioration des compétences techniques professionnelles grâce à la formation professionnelle. En France, ces sociétés savantes sont très actives, elles constituent non seulement un lieu de rencontres et de production mais sont également à l'origine de nombreuses recherches cliniques, de recommandation de bonne pratique, d'enseignement et formation continue par le biais de conférences et congrès ou encore en publiant des revues et bulletins concernant le progrès des techniques médicales. Les recommandations de bonne pratique élaborées par les sociétés savantes bénéficient du label HAS. Une fois labélisées, ces recommandations ont en principe la même valeur que celles de la HAS.

296. La pertinence des recommandations. Le législateur a prévu un mécanisme d'abrogation des recommandations lorsqu'elles ne sont plus en conformité avec les données acquises de la science. Il est en effet prévu qu' « *à défaut d'actualisation, les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale peuvent, dans l'intérêt de la santé publique, après consultation de la HAS ou de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) dans leur domaine de compétence respectif, demander aux parties à la convention concernée d'abroger une référence opposable dont le maintien en l'état n'est plus justifié ; en l'absence d'accord des parties, constaté deux mois après leur saisine, un arrêté des mêmes ministres peut procéder à cette abrogation* »[1241]. Une recommandation de bonne pratique est en moyenne valable jusqu'à cinq ans après son élaboration, au-delà, elle est remise en cause au regard de son obsolescence par rapport aux évolutions scientifiques. La pertinence des recommandations de bonne pratique est étroitement liée à leur mise à jour régulière, leur ancienneté impacte progressivement leur validité ainsi que leur caractère probatoire. Au sujet de la mise à jour des recommandations de bonne pratique, certains ont fait remarquer la lenteur des procédures, qui pourrait à terme faire douter de leur valeur contraignante[1242].

La pertinence des recommandations de bonne pratique est non seulement liée à leur véracité scientifique mais aussi à leur adaptation aux progrès scientifiques. Dès lors que les

[1241] Art. L. 162-12-15 al. 7 du CSS issu de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.
[1242] Dosdat J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses, p.489.

recommandations de bonne pratique se confondent aux données acquises de la science, leur influence sur la responsabilité civile du médecin est elle aussi attachée à une certaine temporalité.

Depuis plusieurs années déjà, l'activité médicale s'est accommodée de ces recommandations de bonne pratique, leur importance s'est presqu'imposée dans l'exercice de la médecine. Dès lors, si l'utilité des recommandations de bonne pratique n'est plus à démontrer, les questions de leur influence sur la responsabilité civile du médecin et de leur statut juridique intéressent.

B. LE STATUT JURIDIQUE DES RECOMMANDATION DE BONNE PRATIQUE

297. Quelle juridicité ? La question du statut juridique des recommandations de bonne pratique émises par la HAS a suscité l'intérêt des juristes mais aussi des professionnels de santé concernés. L'intérêt des recommandations n'étant pas souvent remis en question, c'est davantage la question des conséquences en cas de non-respect que le juge a dû trancher. Les recommandations sont appréhendées différemment par les juges disciplinaire, judiciaire et administratif.

298. Statut des recommandations devant le juge disciplinaire. Le juge disciplinaire a plusieurs fois sanctionné un praticien en cas de non-respect des recommandations de bonne pratique. En effet, un praticien a été radié de l'ordre des médecins pour avoir posé des anneaux gastriques sur des enfants ou adolescents sans avis collégial ni lien avec une équipe pédiatrique, dans un établissement non habilité pour cette pratique, en méconnaissance des recommandations de la HAS[1243]. Un autre praticien a été interdit d'exercer pendant une durée de trois mois car il n'avait pas respecté les recommandations de la HAS en matière de cancérologie imposant un avis émis lors d'une réunion de concertation pluridisciplinaire (RCP). Dans cette affaire, la patiente avait subi une hystérectomie alors que l'utérus prélevé ne présentait aucun caractère de malignité[1244].

[1243] Ch. discipl. nat., 06 octobre 2014, n° 12059, radiation ; V. également une radiation 30 mars 2011, n° 11137, pour non-respect des recommandations relatives à la posologie et aux durées de traitement chez l'enfant, ou encore 22 mars 2011, n° 10326 pour le même motif.
[1244] Ch. discipl. nat., 11 juin 2012, n° 11127, interdiction temporaire d'exercer de trois mois avec sursis.

Parallèlement, le juge disciplinaire a plusieurs fois rappelé que « *si les recommandations de bonnes pratiques édictées par la HAS doivent être prises en compte par les médecins dans la détermination des soins à apporter à leurs patients, elles ne s'imposent pas à eux de façon contraignante. Les médecins sont ainsi habilités à recourir à d'autres techniques ou pratiques, dont ils peuvent, en conscience, estimer qu'elles apportent les mêmes résultats ou garanties, dès lors qu'ils maîtrisent ces techniques ou pratiques et qu'ils ne font courir à leurs patients aucun risque injustifié* »[1245]. Dans cette affaire, le praticien avait eu recours à une cœlioscopie pour la prise en charge d'un cancer du rectum. Le juge a considéré que le chirurgien mis en cause avait prodigué à la patiente des soins consciencieux et fondés sur les données acquises de la science, lui évitant de courir un risque injustifié.

Une analyse minutieuse de la jurisprudence disciplinaire du CNOM révèle que la question du non-respect des recommandations de bonne pratique est principalement traitée par la section des assurances sociales. Cette juridiction particulière au sein des ordres professionnels est chargée de sanctionner les fautes, abus et fraudes commis à l'occasion des prestations servies à des assurés sociaux. Elle est compétente pour infliger des sanctions professionnelles et des sanctions financières aux praticiens déviants. Dans une affaire, un praticien a reçu un avertissement en guise de sanction pour abus d'acte thérapeutique, non-conformité aux recommandations et tenu au remboursement de sommes litigieuses car il avait pratiqué des radiographies des os propres du nez alors que les recommandations de la HAS stipulaient qu'en présence d'une fracture cliniquement évidente, il n'y a pas de raison médicale de réaliser un examen d'imagerie[1246]. Dans une autre affaire, un praticien ayant facturé des actes pour des traitements endodontiques, non conformes aux recommandations de la HAS et aux données acquises de la science, a été interdit de donner des soins aux assurés sociaux pendant une durée de quatre mois avec sursis avec une sanction financière de 11567 euros en remboursement à la caisse[1247]. Un autre praticien a été interdit de donner des soins aux assurés sociaux pour une durée de six mois avec sursis parce qu'il a pratiqué des actes contraires aux recommandations de la HAS et du médecin traitant, des actes jugés inutiles et fautifs. Le juge disciplinaire a décidé qu'il « *a réalisé des actes ne correspondant pas à des nécessités liées à la pathologie: radiographie pulmonaire effectuée sur un patient pour lequel un diagnostic de pneumothorax avait déjà été porté, radiographie panoramique pratiquée sur un patient adressé par le médecin*

[1245] Ch. discipl. nat., 27 octobre 2015, n° 12319, rejet de la plainte.
[1246] Section des assurances sociales CNOM, 21 novembre 2013, n° 5029, avertissement et remboursement de la somme de 1953 euros à la CPAM Héraut.
[1247] Section des assurances sociales CNOM, 17 mars 20016, n° 5130, interdiction temporaire de donner des soins aux assurés sociaux pendant 4 mois et 11567 euros de remboursement à la CPAM du Rhône.

traitant pour une échographie cervicale pour recherche d'une récidive thyroïdienne, radiographie du poignet pour un kyste synovial, ensemble de radiographies des chevilles et du pied pratiqué sur des patients souffrant de fractures d'un orteil, radiographie pléthorique (six actes) pour une patiente suivie en rhumatologie pour polyarthrite. Répétition de radiographies à quelques jours ou quelques semaines d'intervalle »[1248].

Les recommandations de bonne pratique émises par la HAS bénéficient d'une certaine légitimité lorsqu'il s'agit d'apprécier techniquement les faits reprochés à un praticien. Alors que le juge disciplinaire reconnait d'emblée que les recommandations de bonne pratique ne lient pas le praticien dans son activité, les sanctions financières infligées par les sections d'assurances du CNOM s'y réfèrent systématiquement. En matière disciplinaire, il semble nécessaire de distinguer les recommandations de bonne pratique ayant un enjeu financier tendant à la maîtrise médicalisée des dépenses. Eu égard à leur impact économique, certaines recommandations de bonne pratique se doublent d'une sanction professionnelle.

299. Statut des recommandations devant le juge administratif. Le Conseil d'État s'est prononcé pour la première fois en 2005 lorsqu'il a érigé les recommandations de bonne pratique au rang de données acquises de la science sans toutefois leur reconnaître un caractère impératif. En l'espèce, « (…) *M. X n'avait pas tenu compte pour dispenser ses soins à ses patients des données acquises de la science, telles qu'elles résultent notamment des recommandations de bonnes pratiques* (…) » Dans cette affaire, un praticien avait été sanctionné pour n'avoir pas respecté les recommandations de bonne pratique concernant le dépistage du cancer du col de l'utérus. Le Conseil d'État approuve le caractère fautif de ce manquement justifiant la sanction disciplinaire[1249]. Dans une deuxième affaire similaire, le Conseil d'État a réitéré sa position considérant que les données acquises de la science peuvent être constituées par les recommandations de bonne pratique. En 2010, le Conseil d'État a approuvé la décision des juridictions de fond en considérant qu'« *en jugeant que M. A n'avait pas tenu compte pour dispenser ses soins à ses patients des données acquises de la science, telles qu'elles résultent notamment des recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé en prescrivant un traitement à des*

[1248] Section des assurances sociales CNOM, 24 septembre 2014, n° 5022, interdictions de donner des soins aux assurés sociaux pendant six mois avec sursis et 24271 euros à rembourser à la CPAM Rhône-Alpes.
[1249] CE 12 janvier 2005, n° 256001, Kerkerian, *AJDA* 2005, p. 1008, note Markus J.-P. ; *RDSS* 2005, p.496, obs. Moret-Bailly J.

doses ne respectant pas celles de la posologie d'entretien, la section des assurances sociales, qui a pris en compte l'ensemble des données acquises de la science, notamment ces recommandations, et ne s'est pas estimée tenue par elles, n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'elle n'était pas tenue de répondre à tous les arguments présentés devant elle par le requérant à l'appui de ses moyens et n'a dès lors, pas entaché sa décision d'insuffisance de motivation »[1250].

Le Conseil d'État a davantage précisé sa position par une décision remarquée en 2011 lorsqu'il a considéré que les recommandations de bonne pratique pouvaient être regardées « *comme des décisions faisant griefs susceptibles de faire l'objet de recours pour excès de pouvoir* »[1251]. Cette décision, faisant penser que les recommandations de bonne pratique bénéficient d'une valeur normative contraignante, doit toutefois être relativisée. En effet, dans son étude annuelle de 2013[1252] consacrée au « *droit souple* », le Conseil d'État a précisé le statut juridique de ces recommandations. L'étude souligne qu'il est nécessaire de faire une distinction entre la possibilité de recourir à un « *instrument de droit souple* », le cas des recommandations émises par la HAS, et l'inviolabilité de ces recommandations en tant que norme. Elles ont été classées dans la catégorie d'instrument de « *droit souple* » car elles ne sont pas directement créatrices d'obligations, pis encore elles se classent dans une sous-catégorie « *droit souple bénéficiant sous diverses formes d'une reconnaissance par le droit dur* ». Le tableau de synthèse présenté fait état de « *droit souple bénéficiant sous diverses formes d'une reconnaissance par le droit dur (prévu par un texte, homologué par une autorité publique susceptible de recours devant le juge, pris en compte par le juge) n'allant pas jusqu'à leur conférer une portée obligatoire* ». Le Conseil d'État a réaffirmé cette position en 2013 dans une affaire de contestation d'une recommandation par le laboratoire Servier[1253]. Dans cette affaire, le laboratoire tenait à faire annuler pour excès de pouvoir une lettre de recommandation tendant à restreindre l'usage d'un produit pharmaceutique à une catégorie de patient, sa demande a été rejetée.

En dépit de leur valeur non contraignante et de leur catégorie de « *droit souple* », le rapporteur prend soin de préciser qu'« *en pratique, les professionnels de santé courent un risque important à s'en écarter et doivent, si c'est le cas, être en mesure de contrer la présomption dont bénéficient ces recommandations dans le raisonnement du juge*

[1250] CE 4 octobre 2010, n° 326231, H. Hamm, *AJDA* 2010, p. 2388.
[1251] CE 27 avril 2011, n° 334396, Association pour une formation médicale indépendante, *Lebon*, *AJDA* 2011, p. 1326, concl. Landais C., *RDSS* 2011, p. 483, note Peigne J, *D*., 2011, p. 2565, obs. Laude A.
[1252] Rapport annuel CE, *Le droit souple,* 2013 p. 69 et sv.
[1253] CE 4 octobre 2013, n° 356700, *AJDA* 2013, p. 2349, *RDSS* 2013, p. 1078, note Peigne J.

disciplinaire »[1254]. Cette position montre bien la délicate position dans laquelle peuvent se retrouver les praticiens de santé. Dès lors que la valeur des recommandations n'est pas contraignante du point de vue du droit, mais considérée comme telle par le juge disciplinaire, elles sont par conséquent susceptibles d'influencer la sanction prononcée par le juge.

300. Statut des recommandations devant le juge judiciaire. La question de la responsabilité civile d'un praticien en cas de non-respect d'une recommandation s'est également posée devant le juge judiciaire. À la question de savoir si « *leur normativité scientifique, à la supposer certaine d'abord, est-elle, ensuite, transformée de plein droit en normativité juridique, ce qui constituerait une confusion entre deux ordres d'impératifs* ? »[1255], M. Mémeteau répond qu'« *une réponse positive n'est pas à écarter mais ne s'impose pas non plus impérativement* »[1256]. Autrement dit, la normativité scientifique n'est pas systématiquement la normativité juridique. Le juge n'est pas contraint par les recommandations de bonne pratique. Il convient de faire remarquer que la position du juge judiciaire est également celle de la nuance et de l'appréciation circonstanciée des faits lorsqu'il est question de recommandations de bonne pratique. Si le non-respect de ces dernières peut être un facteur déterminant dans l'appréciation de la responsabilité d'un praticien, la Cour de cassation a également eu l'occasion de préciser qu'inversement, un praticien peut se désengager de sa responsabilité en prouvant qu'il a respecté les recommandations de bonne pratique[1257]. Cette position jurisprudentielle est celle qui consiste à ne pas reconnaître aux recommandations de bonne pratique un caractère contraignant. La cour d'appel de Versailles a eu l'occasion de le rappeler. En effet, dans une affaire, une patiente ayant subi de lourdes complications à l'issue d'une gastrectomie pratiquée le 26 janvier 2009 a reproché au praticien de ne pas avoir suivi les recommandations en matière de chirurgie bariatrique publiées par la HAS en janvier 2009. La victime a été déboutée de ses demandes au motif qu' « *il ne peut être reproché au Docteur M. de n'avoir pas strictement appliqué ces préconisations, d'une part, parce qu'elles ont été publiées concomitamment à l'intervention, et qu'il pouvait donc ne pas les connaître, et d'autre part et surtout parce qu'elles ne constituent que des règles non contraignantes de bonne pratiques, et ne font pas obstacle à l'adoption par le médecin de solutions différentes, dans le cadre de son appréciation propre du traitement le plus adapté au cas précis de son patient. Au*

[1254] Landais C., concl. CE 27 avril 2011, n° 334396, préc.
[1255] Mémeteau G. et Girer M., *Cours de droit médical*, éd. LEH, 5e édition, 2016, p. 231.
[1256] *Ibid*.
[1257] Cass. civ. 1re, 4 janvier 2005, n° 03-14.206, précit.

demeurant, elles ont été respectées dans leur esprit »[1258]. Les juges du fond admettent la possibilité qu'un praticien ne puisse connaître l'existence d'une recommandation dès lors que cette dernière est récente et non encore diffusée par la HAS. Les juges du fond rappellent également l'indépendance des praticiens, soit la possibilité qui leur est laissée de pouvoir apprécier le bien-fondé de l'application d'une recommandation.

Par ailleurs, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Montpellier d'avoir admis la faute d'un médecin n'ayant pas suivi les recommandations de bonne pratique. En l'espèce, la responsabilité d'un médecin généraliste avait été engagée pour non-respect des recommandations de bonne pratique émises par l'AFSSAPS concernant la prescription et la délivrance de médicament à un nourrisson ayant entrainé pour partie son décès[1259]. Le moyen tentait pourtant à remettre en cause le rapport d'expertise sur lequel les juges du fond s'étaient appuyés, lui-même inspiré des recommandations de l'AFSSAPS. Il a toutefois été rejeté au motif « *qu'elle (la cour d'appel) a pu en déduire, le principe de liberté de prescription ne trouvant application que dans le respect du droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés à son âge et à son état, conformes aux données acquises de la science et ne lui faisant pas courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté* ».
Plus récemment, la Cour de cassation a jugé qu'un praticien pouvait se fonder sur des recommandations de bonne pratique émises postérieurement aux faits reprochés pour se désengager de sa responsabilité[1260]. Les hauts magistrats précisent toutefois « *qu'il incombe, alors, à des médecins experts judiciaires d'apprécier, notamment au regard de ces recommandations, si les soins litigieux peuvent être considérés comme appropriés* ». Dans cette affaire, il était reproché aux juges du fond de n'avoir pas recherché la pertinence de ces recommandations au regard des faits reprochés. Commentant la décision, M. Vialla fait remarquer qu'une première interprétation de la décision aurait pour conséquence de faire renaître le débat entre données acquises et données actuelles de la science. Selon lui, « *il peut s'agir d'une remise en cause de l'approche traditionnelle dans laquelle les données acquises de la science ne s'apprécient stricto sensu qu'au jour de l'acte, en excluant toute possibilité d'anticipation de la part du praticien* ». L'auteur fait également remarquer une seconde interprétation de l'arrêt, qu'il convient de privilégier, selon laquelle des recommandations de

[1258] CA Versailles, 26 janvier 2017, n°14/09204.
[1259] Cass. civ. 1re, 14 octobre 2010, n° 09-68.471, *Bull. civ*. I, n° 201, *RTD civ*. 2011, p. 135, obs. Jourdain ; *Gaz. Pal*. 2010. 2. p. 3453, note Siranyan et Locher ; *Gaz. Pal*. 2011. 1. P. 584, note Aubert.
[1260] Cass. civ. 1re, 5 avril 2018, n° 17-15.620, *D*., 2018, p. 1156, obs. Vialla ; *RTD civ*. 2018, p. 684, obs. Jourdain.

bonne pratique, non encore publiées, peuvent légitimement être prises en compte par anticipation par un praticien. Dans ce cas, « *le respect des données considérées comme acquises au jour de l'acte l'exonère, l'anticipation ne le condamne pas* »[1261]. La responsabilité reste conditionnée par la faute, laquelle peut être écartée si le praticien apporte la preuve du respect des règles de l'art.

Les recommandations de bonne pratique constituent des règles de l'art et caractérisent pour partie les données acquises de la science. Par conséquent, elles peuvent être prises en compte pour l'appréciation de la responsabilité du praticien, notamment lorsqu'elles sont antérieures aux faits reprochés, postérieurement sous certaines conditions. Le Conseil d'État admet que les recommandations de bonne pratique sont nécessaires pour *« les besoins de standardisation et la liberté inhérente à l'exercice de la médecine* »[1262]. La position du juge judiciaire rejoint celle du Conseil d'État[1263] et de la doctrine qui considère que les recommandations de bonne pratique ont pour seul objet de « *guider les professionnels de santé dans la définition et la mise en œuvre des stratégies de soins* »[1264]. Il s'agit d'un instrument d'aide à la pratique et à la décision médicale[1265], qui ne lie pas le praticien[1266]. Néanmoins, si les recommandations ne lient pas le juge, celui-ci est enfermé dans les données acquises de la science depuis l'arrêt Mercier. Il est par conséquent lié par les données scientifiques, lesquelles constituent par ailleurs « *des outils utiles, contribuant à l'objectivation des données de la sciences* »[1267].

301. Conclusion du chapitre. *In fine*, l'influence des règles professionnelles sur la responsabilité civile médicale est largement dépendante du statut de ces règles par rapport au droit. Le constat selon lequel la responsabilité civile du médecin peut être influencée par d'autres types de règles, notamment professionnelles considérée comme du « *droit souple* », interroge sur la place donnée à ces règles. Depuis qu'elles ont acquis une « *valeur juridique*

[1261] Cass. civ. 1re, 5 avril 2018, n° 17-15.620, *D.*, 2018, p. 1156, obs. Vialla F ; *RTD civ*. 2018, p. 684, obs. Jourdain.
[1262] Rapport CE, *Le droit souple*, La documentation française, août 2013, p. 10.
[1263] CE 27 avril 2011, n° 334396, préc. « *les recommandations de bonnes pratiques élaborées par la Haute Autorité de santé sur la base de ces dispositions ont pour objet de guider les professionnels de santé dans la définition et la mise en œuvre des stratégies de soins à visée préventive, diagnostique ou thérapeutique les plus appropriées, sur la base des connaissances médicales avérées à la date de leur édiction* ».
[1264] Savonitto F., « Les recommandations de bonne pratique de la haute autorité de santé », *RFDA*, 2012, p. 471.
[1265] Callu M.-F., « Les recommandations de bonne pratique confrontées au droit de la responsabilité médicale », *Revue. Droit & Santé*, 2007, n°15, p. 29 et sv. « *Un médecin doit non seulement conserver sa liberté de ne pas suivre une recommandation encore valable parce qu'il en va de l'intérêt d'un patient mais encore qu'il doit être en mesure de juger si une recommandation, même homologuée par le Haute Autorité de Santé, est devenue obsolète en fonction des publications scientifiques récentes* », spéc. p. 36.
[1266] Markus J.-P., « La faute du médecin et les bonne pratiques médicales », *AJDA*, 2005, p. 1008.
[1267] Vialla F. (dir.), *Les grandes décisions de droit médical*, éd. LGDJ, 2014, coll. Les grandes décisions p. 225.

autonome »[1268], leur permettant d'intégrer le raisonnement judiciaire, du moins pour certaines, leur influence cachée ou assumée trouve davantage d'échos dans la doctrine juridique. À la question de savoir si ces règles sont susceptibles d'entrainer la responsabilité civile d'un praticien, il convient de rappeler que nombre de ces règles ne bénéficient pas d'une valeur contraignante et qu'elles sont laissées à la souveraine appréciation des juges du fond.

Les recommandations de bonne pratique ne bénéficient pas d'un statut juridique stable, elles sont non seulement dépendantes du texte fondateur mais aussi de leur grade. Ne bénéficiant pas d'une force contraignante dans la pratique médicale, leur influence sur la responsabilité civile du médecin est par conséquent soumise à l'appréciation et l'interprétation du juge. Il n'y a pas de rapport d'automaticité entre la violation d'une recommandation et la sanction prononcée. En revanche, certaines règles professionnelles, en raison des intérêts qu'elles protègent, sont légitimement intégrées par le juge dans son raisonnement lorsque ce dernier doit se prononcer sur le comportement déviant d'un praticien.

[1268] Markus J.-P., « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales », *AJDA*, 2005, p. 1008.

CONCLUSION DU TITRE I

302. La responsabilité du médecin influencée. La responsabilité civile médicale peut être influencée par la prise en compte d'une règle déontologique à la condition que cette dernière puisse être clairement identifiée. Si le critère formel ou institutionnel ne se suffit pas à lui seul pour l'identification des devoirs déontologiques susceptibles d'influencer la responsabilité civile médicale, le contenu de la règle déontologique en question aide davantage à les isoler. Il est possible de considérer que « *les normes déontologiques disposeraient d'une nature particulière qui déterminerait automatiquement leur qualification* »[1269] et justifierait leur influence sur la responsabilité civile médicale. Il convient de constater que l'influence des devoirs déontologiques sur la responsabilité civile médicale dépend de leur valeur. En effet, les devoirs déontologiques bénéficiant d'une consécration constitutionnelle, légale ou règlementaire, sont davantage saisis par le droit et leur influence sur la responsabilité civile médicale s'en trouve justifiée.

Par ailleurs, la déontologie médicale est riche de ses diverses sources. Plusieurs règles déontologiques d'origine législative ont fini par intégrer le code de déontologie médicale pour être qualifiées de règles « professionnelles ». Dans ce sens, certaines lois ont transformé la pratique médicale de sorte que l'évolution et la création des règles déontologiques se sont « légitimement » imposées. Pour le CNOM, ces ajouts ou extensions législatifs « *sont venus mettre l'accent sur les aspects collectifs, sanitaires et sociaux de la profession médicale suscitant un débat permanent* »[1270].

[1269] Kerléo J.-F., « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'Etudes benthamiennes*, 13/2014, p. 31.

[1270] Rapport de la commission nationale permanente du CNOM : *La déontologie médicale et son environnement juridique*, 19 juin 2004, p. 2, www.conseil-national.medecin.fr.

TITRE II. L'AFFIRMATION D'UNE IDENTITÉ DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE

303. Les fautes civile et déontologique confondues. La déontologie médicale devient une préoccupation sociale, elle ne se limite plus à la régulation professionnelle mais tend davantage à intéresser les tiers qui ne lui sont pourtant pas soumis. Le phénomène tendant à la fois à la codification et à l'intégration de la déontologie médicale dans la décision judiciaire s'accompagne d'un mouvement plus général orchestré par l'autorité judiciaire. En effet, dès lors qu'il est admis que la faute disciplinaire peut être invoquée par un patient au soutien de sa demande d'indemnisation, le juge intègre la faute disciplinaire sur un nouveau domaine. L'idée d'une assimilation entre la faute civile et la faute déontologique correspond d'une part, à la volonté de l'intégrer définitivement dans la décision judiciaire[1271] et d'autre part, à celle de mettre en lumière le détournement de son orientation initiale pour une utilisation au profit d'un intérêt supérieur. Dans ce cas, le juge joue un rôle actif dans la prise en compte de la déontologie médicale. L'analyse de la jurisprudence en matière de responsabilité civile médicale met en évidence que la déontologie médicale s'immisce progressivement dans la décision judiciaire. Cette situation ne limite pas les réserves faites à l'endroit de cette règle professionnelle dont certains auteurs continuent de mettre en avant l'intérêt d'une prise en compte mesurée. L'affirmation d'une identité des deux fautes correspond à une hypothèse formelle et substantielle dans le but de répondre à un besoin juridique mais également aux préoccupations sociétales nouvelles. À ce stade de l'étude, il est opportun de considérer qu'une assimilation partielle et systématique des fautes civile et déontologique est possible (**chapitre 1**) avant d'aborder les conséquences juridiques liées à cette assimilation (**chapitre 2**).

Chapitre 1. L'assimilation partielle et systématique des fautes civile et déontologique.
Chapitre 2. Les conséquences de l'assimilation des fautes civile et déontologique.

[1271] V. définitions du Robert illustré 2016, récupérer : intégrer quelqu'un (chose) en le reclassant ou détourner de l'orientation initiale pour utiliser à son profit (sens politique) p. 1615.

CHAPITRE 1. L'ASSIMILATION PARTIELLE SYSTÉMATIQUE DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE

304. Définition. Du latin *assimilare*, le verbe assimiler au sens premier signifie rendre semblable, l'assimilation est l'action de rendre semblable deux choses qui à l'origine ne le sont pas. Dans un autre sens, l'assimilation désigne une action par laquelle un phénomène communique un ou plusieurs de ses traits à un phénomène voisin. Ce sens correspond parfaitement au sujet du présent chapitre. Il faut noter qu'à ce jour, toutes les tentatives jurisprudentielles d'assimilation des fautes civile et déontologique n'ont pas été très bien accueillies. En effet, elles ont fini par être abandonnées, faute de trouver dans la doctrine un appui favorable et bienveillant quant à l'opportunité qu'elles pouvaient représenter.

305. État des lieux doctrinal et jurisprudentiel. Alors que certains continuent de défendre l'autonomie des fautes civile et déontologique en estimant que l'assimilation était « *inexpliquée, isolée et contradictoire* ». Ils constatent tout de même la nécessité que le juge continue, dans une optique pédagogique, de prendre en compte une règle professionnelle pour qualifier la faute civile[1272]. C'est sur cette nécessité qu'il convient particulièrement d'insister pour justifier que la violation d'une règle professionnelle puisse, non plus uniquement qualifier, mais aussi s'assimiler à la faute civile.

À ce jour, il est vrai que le débat de l'assimilation des fautes civile et déontologique semble clos. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation qui avait amorcé une assimilation, fut-ce-t-elle contradictoire, des fautes civile et déontologique, est revenue à une position plus nuancée, respectueuse de l'autonomie et de la souveraineté du juge[1273]. Or, ce retour jurisprudentiel interroge. Est-il la conséquence d'un malaise de la haute cour à se saisir de ces règles professionnelles, ou au contraire est-il la démonstration d'un rejet affirmé de toute assimilation entre ces règles et celles du droit commun de la responsabilité ? Autant d'interrogations qui suscitent le désir d'y voir plus clair.

[1272] Brigant J.-M. « Faute civile et faute déontologique : l'autonomie c'est maintenant ! », note sous com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaire*, n° 49, 2013, p. 1676.

[1273] Cass. com. 10 septembre 2013 n° 12-19.356, *Bull. civ*. IV, n° 128 ; *D*., 2013. AJ 2165, obs. Chevrier E. ; *D*., 2013. P. 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Serra Y. ; *D*., avocats 2013. p. 359, obs. Dargent L. ; *D*., avocats 2013. p. 417, Pan. Obs. Piau D. ; *JCP* 2013. p. 1203, note Brigant J.-M. ; *JCP E* 2013. p. 1676, note Brigant J.-M. ; Mouillard, rapp. *RJDA* 2013, p. 819.

306. Objectifs. La clarté à laquelle il faut aspirer est d'une part, celle qui met l'accent sur l'identification des règles professionnelles, dont il n'est absolument pas souhaitable qu'elles aient une influence sur la faute civile, entrainant leur assimilation, et d'autre part, sur celle dont l'influence est admise à des fins pédagogiques sans toutefois justifier l'assimilation. Après avoir identifié les règles susceptibles d'influencer la responsabilité civile, il avait été conclu à la double finalité des règles déontologiques[1274]. C'est cette double finalité qui est mise en avant par l'étude. L'hypothèse présentée est celle d'une assimilation partielle[1275] entre faute civile et faute déontologique en fonction de la finalité de la règle déontologique transgressée. L'assimilation partielle entre faute civile et faute déontologique pourrait se justifier par l'intérêt protégé par la règle déontologique (**section 1**). Inversement, lorsque la règle déontologique tend exclusivement à la protection d'un intérêt purement professionnel, l'assimilation des fautes civile et déontologique ne se justifierait pas (**section 2**).

SECTION 1. L'ASSIMILATION DES FAUTES JUSTIFIÉE PAR L'INTÉRÊT PROTEGÉ

307. Justifications. La responsabilité civile, même si elle se manifeste de diverses manières, est en principe fondée sur le fait personnel[1276], en raison de la place prépondérante qu'occupe la faute en matière délictuelle[1277]. Ce régime exclut toute hiérarchie dans la réparation du préjudice, tout au plus une catégorisation[1278] de ce dernier est admise. En principe, tous les intérêts et tous les droits sont protégés de la même manière par le droit français. C'est sous cet angle de protection générale admise en droit que l'hypothèse de l'assimilation des fautes civile et déontologique est abordée. L'hypothèse présentée a pour principal objectif de mettre en évidence la nécessité d'une assimilation entre faute civile et faute déontologique dont le critère d'appréciation est l'intérêt protégé par la règle transgressée[1279].

[1274] V. *supra* n° 220, 280, 281.
[1275] Le mot est ici employé pour désigner une catégorie de règle déontologique pouvant s'assimiler à la faute civile.
[1276] Art. 1240 C. civ. « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».
[1277] La décision du Conseil constitutionnel n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, (*D.*, 1983. p. 189, note Luchaire F.), Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, admet une protection constitutionnelle indirecte à la responsabilité pour faute.
[1278] À titre d'exemple, le préjudice des victimes directes et celui des victimes indirectes. Il peut être d'ordre patrimonial, corporel, esthétique, moral, sexuel ou encore d'agrément pour ne citer que quelques-uns.
[1279] Sur cette question V. Jourdain P., obs. sous Cass. civ. 1re, 6 octobre 1998, *RTD civ*. 1999, p. 117 : la faute disciplinaire « *ne s'identifierait à la faute civile qu'à la condition que la finalité de la règle déontologique transgressée corresponde aux objectifs poursuivis par le juge lorsqu'il définit les devoirs dont il entend faire assurer le respect* ».

À ce stade de l'hypothèse, se pose le principal problème de la détermination de l'intérêt à protéger (I). En effet, pour que ce dernier puisse être considéré comme critère d'admission de l'assimilation des fautes civile et déontologique, il doit pouvoir être clairement identifié. Il n'existe pas d'intérêt protégé identique. L'intérêt protégé tel qu'identifié par la responsabilité civile, même s'il trouve un écho favorable dans un autre droit, ne peut correspondre à celui du droit pénal. À cette difficulté, il faudrait rajouter celle liée à la notion même d'intérêt protégé sur laquelle planent autant d'incertitude que de fantasme. S'interrogeant sur sa fulgurance et les dangers qu'il peut représenter, Mme Dugué a fini par admettre que l'intérêt protégé présente un fort potentiel réformateur pour la responsabilité civile[1280]. Ce potentiel réformateur de la notion d'intérêt protégé est au centre de l'argumentation. C'est pourquoi après avoir déterminé l'intérêt à protéger, il sera question d'identifier le titulaire de cet intérêt (II).

I. LA DÉTERMINATION DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER

308. Approche prudente de l'intérêt protégé. Le régime français de la responsabilité est en principe fondé sur la faute, élément déclencheur de responsabilité civile. Entendue largement, cette dernière engage la responsabilité de son auteur en cas de dommage. Si tout fait quelconque de l'homme est susceptible de l'engager, cette responsabilité s'étend en principe sur la protection de tous les droits et tous les intérêts de la victime. L'intérêt protégé de la victime est à son tour entendu largement, puisqu'il est inutile d'envisager la protection d'un unique intérêt par la responsabilité civile. En revanche, dans la démonstration actuelle, les premières difficultés naissent dans la détermination de l'intérêt à protéger (A), cette difficulté conduit à une approche générale de l'intérêt à protéger (B) qui semble plus appropriée.

A. LES DIFFICULTÉS DE DÉTERMINATION D'UN SEUL INTÉRÊT À PROTÉGER

309. Notion d'intérêt[1281]. Pour mettre en lumière les difficultés liées à la détermination de l'intérêt à protéger, il convient au départ de tenter une approche de la notion d'intérêt. La notion d'intérêt est omniprésente en droit, elle est abordée dans divers domaines

[1280] Dugué M., *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile,* th. p. 7.
[1281] Pour une analyse plus complète de la notion d'intérêt V. Gérard Ph., Ost F., Van de Kerchove V., (dir.) « Droit et intérêt », *Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles*, coll. Droit, vol. 1, 2002.

du droit de façon diverses. Selon certains, la notion d'intérêt est dite « *passe partout* » et « *semble réellement douée d'ubiquité* »[1282]. L'intérêt peut être de différents ordres, par exemple, les grands concepts juridiques tels que l'intérêt général, l'intérêt social ou encore les intérêts fondamentaux de la Nation. Il peut s'agir également de l'intérêt de l'enfant, l'intérêt pour agir, l'intérêt de la loi, le conflit d'intérêt, l'intérêt légitime, les dommages et intérêts ou encore l'intérêt protégé etc. Plusieurs catégories d'intérêts existent. Or, la notion d'intérêt n'est quant à elle nulle part définie[1283], étant appréhendée différemment en fonction des catégories dans lesquelles elle a vocation à s'appliquer. Dans sa thèse consacrée à « *la notion d'intérêt en droit administratif français* » Mme Sibiril, constatant également l'omniprésence de la notion, fait état de l'ambiguïté de la notion qui ne se laisse définir que de manière opératoire. L'auteure ajoute au sujet de la notion d'intérêt que « *plusieurs fonctions lui sont prêtées, créatrice d'une part, limitative d'autre part ou encore régulatrice* »[1284].

Dans le même sens, Cornu et Foyer avaient observé que « *l'intérêt est une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, qu'on qualifie (personnel, légitime), qu'on classe (moral, patrimonial), mais qu'on ne définit pas* »[1285]. La confusion qui entoure la notion d'intérêt est doublement problématique. D'abord, parce qu'aucune définition retenue ne saurait véritablement convaincre de façon certaine sans que celle-ci ne fasse à son tour naître d'autres interrogations. Ensuite, parce qu'il y a fondamentalement dans la notion d'intérêt un critère d'opportunité qui favorise l'interprétation subjective qu'on peut en faire.
Selon le dictionnaire de l'Académie française, l'intérêt est « *ce qui importe ou ce qui convient à l'utilité d'une personne, d'une collectivité, d'une institution, en ce qui concerne soit leur bien physique ou matériel, soit leur bien intellectuel ou moral, leur honneur, leur considération* »[1286]. Là encore, il faut remarquer la souplesse avec laquelle la notion est définie. Cette souplesse ne devrait pas être interprétée négativement, au contraire cela lui permet de s'adapter et d'être appréhendée différemment qu'il s'agisse d'une personne, d'une collectivité ou d'une institution.

[1282] *Ibid*., introduction, p. 9 sv.
[1283] Le Centre national des ressources textuelles et lexicales définit l'intérêt de façon générale comme étant « ce qui importe à quelqu'un ».
[1284] Sibiril K, *La notion d'intérêt en droit administratif français,* th. 2012, p. 3.
[1285] Cornu G. et Foyer J., Procédure civile, Paris, 1958, p. 296.
[1286] Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd. Fayard, Paris, 2005, consultable en ligne, https://academie.atilf.fr/9/consulter/intérêt.

310. L'intérêt protégé ou le droit subjectif protégé ? L'intérêt protégé ou le droit subjectif protégé sont intimement liés en ce qu'ils renvoient à une même acception de la notion d'intérêt. Pour certains auteurs, « *à la base des droits subjectifs se trouvent des intérêts, c'est-à-dire des biens ou valeurs reconnus par la loi comme appartenant en propre à l'intéressé* »[1287]. Le critère d'appréciation étant la finalité recherchée, aussi bien par le législateur que les individus. À ce propos, Mme Lacaze met en évidence que la théorie finaliste des intérêts est une lutte fondamentale car « *le monde social est peuplé d'individus qui agissent pour satisfaire leurs intérêts, ce qui conduit à des heurts inévitables* »[1288]. La finalité de la règle, en ce qu'elle tend à la protection de certains intérêts au détriment d'autres, présente une opportunité sur laquelle il est possible de se fonder pour envisager l'hypothèse d'une protection commune d'un même intérêt par différentes règles. Dans le cadre de cette étude, l'opportunité offerte par la notion d'intérêt est celle de sa fonction régulatrice, voire utilitariste. En effet, si la jurisprudence s'est récemment prononcée en défaveur de l'assimilation entre faute civile et faute déontologique[1289], il est toutefois à noter qu'elle n'interdit pas que la violation d'une règle déontologique puisse être invoquée à l'appui d'une action en dommages et intérêts. En se prononçant ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation reconnait l'utilité de la règle déontologique dans la qualification de la faute civile, plus exactement de la faute civile médicale. Lorsque la règle déontologique et la règle du droit commun de la responsabilité civile ont pour finalité la protection d'un même intérêt, cette identité de finalité devrait favoriser la confusion des deux fautes.

311. Tentative de définition de l'intérêt protégé. D'une particulière complexité, la notion d'intérêt interpelle également par sa souplesse. Dès lors que celle-ci ne peut être enfermée dans une catégorie juridique qui risquerait de la systématiser[1290], sa définition ne saurait également être rigoureusement précise. La notion d'intérêt protégé a été mise en avant par la jurisprudence de 1930 à 1970, comme condition d'octroi des dommages et intérêts aux victimes qui démontraient la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé[1291]. Elle a

---

[1287] Sibiril K, *La notion d'intérêt en droit administratif français*, th., Brest. 2012, p. 13. Cette approche de la notion d'intérêt correspond à celle présentée par Ihering.

[1288] Lacaze M., *Réflexions sur le bien juridique protégé par le droit pénal*, éd. Fondation Varenne, 2011, coll. Thèses, p. 55.

[1289] Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, *Bull. civ*. IV, n° 128 ; *D*., 2013. AJ 2165, obs. Chevrier E. ; *D*., 2013. P. 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Serra Y. ; *D*., avocats 2013. p. 359, obs. Dargent L. ; *D*., avocats 2013. p. 417, Pan. Obs. Piau D. ; *JCP* 2013. p. 1203, note Brigant J.-M. ; *JCP E* 2013. p. 1676, note Brigant J.-M. ; Mouillard, rapport *RJDA* 2013, p. 819.

[1290] Tribes A., *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, th., Paris, 1975, p. 7.

[1291] Cass. civ. 27 juillet 1937, arrêt *Méténier*, *S*. 1938, 1, 321, note Marty G., *D*., 1938, 1, 5 (4e espèce), note Savatier R., *JCP* G 1937, II, 466, note Dallant, *RGAT* 1938, p. 317, note Picard et ch. mixte, 27 février 1970, *Bull*.

ensuite été abandonnée pour réapparaitre ces dernières années dans les débats doctrinaux, largement inspirés par le droit allemand comme condition de recevabilité de l'action en justice. Cette notion est mentionnée à l'article 122 du code de procédure civile qui dispose que « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt*[1292]*, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ».
Se référant à certains auteurs, pour les besoins de l'illustration, trois critères susceptibles d'étayer l'approche de l'intérêt protégé ont été retenus.

312. La relativité de la notion d'intérêt protégé comme premier critère. La relativité de la notion d'intérêt protégé est employée présentement comme une conséquence directe de la souplesse dont elle peut faire preuve. En effet, l'intérêt, parce qu'il est catégoriel, modulable au gré des domaines et des sujets sur lesquels il est susceptible de s'appliquer, il est à l'évidence appréhendé et défini différemment. Selon M. Ost, « *le flou dont il [l'intérêt] s'entoure lui permet de se tenir au plus près de la réalité, d'en épouser les particularités et d'en suivre les transformations* »[1293]. Les intérêts protégés ne sont pas les mêmes d'une matière à l'autre, d'une institution à l'autre encore moins d'un sujet de droit à l'autre. La notion d'intérêt protégé est à la fois politique, économique et juridique. Dans le cadre de cette étude, il s'agit des intérêts protégés en commun par la règle déontologique et la responsabilité civile qu'il importe de mettre en évidence ; de sorte que les critères dégagés peineraient à s'appliquer en dehors de l'hypothèse présentée.

313. Le sens commun[1294] de la notion d'intérêt protégé comme deuxième critère. Le sens commun de la notion d'intérêt renvoie aux considérations de la réalité sociale, ce sens correspondant à la conviction sociale générale des intérêts qui ont vocation à être protégés. Dans ce cas, l'intérêt protégé est variable subissant en même temps que la société, les changements de la structure sociale et des mœurs. Le problème qui se pose avec le sens commun de l'intérêt protégé, est qu'il ne garantit pas l'unanimité de la conviction sociale. Par exemple,

---

crim. n° 1 ; *D*., 1970, p. 201, note Combaldieu R. ; *Gaz. pal*., 1970, 1, p. 163 ; *JCP G* 1970, II, 16305, concl. Lindon R., note Parlange.
[1292] Nous soulignons.
[1293] Ost F., *Droit et intérêt : Entre droit et non-droit, l'intérêt : essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, éd. Faculté universitaire de Saint Louis, 1990, p. 12.
[1294] Sur ce point Mme Tribes écrit que la notion d'intérêt « *apparaît bien davantage comme un appel direct à l'évidence, au sens commun, autorisant celui qui l'invoque à faire l'économie d'une démonstration logique* », Tribes A., « Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile », *op. cit*., p. 6.

la question de l'intérêt de l'enfant ne fait pas l'unanimité dans les décisions judiciaires en droit de la famille. L'interprétation personnelle de l'intérêt protégé, en ce qu'elle peut se partager avec un groupe social, n'est pas forcément partagée par toute la société. En revanche, la société entière s'accorde à dire que seul l'intérêt de l'enfant doit être privilégié sans toutefois en préciser les contours. En matière de responsabilité civile, le dispositif législatif, les réformes et les projets de réformes de ces dernières années visant à protéger le patient et ses droits laissent penser qu'il y a au sein de la société une conviction sur la nécessité de protéger ses intérêts[1295].

314. La fonction de la notion d'intérêt protégé comme troisième critère. La notion d'intérêt est abordée ici dans sa fonction révélatrice de l'influence de la faute déontologique sur la faute civile lorsque toutes deux tendent vers la protection d'un même intérêt. L'efficacité de la notion d'intérêt protégé comme critère d'appréciation de l'assimilation des fautes civile et déontologique réside dans sa capacité à délimiter la sphère d'influence de la règle déontologique sur la responsabilité médicale. Il s'agit d'un critère déterminant parce qu'il permet également d'exclure toute assimilation des fautes civile et déontologique en dehors d'une protection commune d'intérêt. Considérant que l'intérêt puisse induire un « *nouveau mode de production juridique* »[1296], la notion d'intérêt semble correspondre à l'idée de la réalité de l'évolution de la responsabilité civile médicale. Cette réalité, à la fois diverse et variable, bouscule les pratiques jurisprudentielles pourtant bien établies mais dont l'intemporalité est désormais remise en question.

In fine, après avoir retenu des critères d'appréciation de l'intérêt protégé présenté, il est possible de remarquer également l'impossibilité de donner une définition stricte. La finalité de l'hypothèse est de mettre en évidence, non pas son essence, mais la fonction de la notion. À l'épineuse question de savoir quels sont les intérêts dont la violation devrait être protégée par la responsabilité civile, il convient de répondre prudemment en considérant que doivent être protégés tous les droits subjectifs au sens où ils constituent des « *intérêts juridiquement protégés* » conformément à la conception de Ihering[1297].

[1295] La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires pour l'accès à des soins de qualité ; la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé pour la consécration de l'obligation d'information et son corollaire le consentement libre et éclairé.

[1296] Ost F., *Droit et intérêt : Entre droit et non-droit, l'intérêt : essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, éd. Faculté universitaire de Saint Louis, 1990, p. 13.

[1297] Ihering, *Du droit romain*, 3e éd. traduit de la 3e éd. par De Meulenaere O., 2e éd., éd. Marescq A., Paris, 1880, T. IV, p. 326.

L'argumentation est celle de la pertinence de la notion d'intérêt protégé comme outil d'appréciation et d'acceptation, non seulement de l'influence de la déontologie sur la responsabilité civile médicale, mais aussi et surtout, de l'assimilation partielle entre faute civile et faute déontologique. Selon Mme Tribes, « *tout ce qui fait de l'intérêt un mauvais concept au sens où la démarche idéaliste ou empiriste l'entend, accroît son rôle opérationnel : son imprécision ouvre à celui qui l'invoque les registres de ses multiples acceptions ; sa neutralité donne leur souplesse aux constructions qu'il sous-tend ; son ambiguïté enfin confère à la notion sa dynamique propre. C'est bien dans le rôle joué par la notion d'intérêt qu'il faut rechercher la spécificité de son concept* »[1298]. La notion d'intérêt détient le rôle de révéler la nécessité d'assimiler les fautes civile et déontologique, dès lors qu'elles sont toutes les deux dans son champ d'application. Ce rôle est nécessairement attaché à celui de la jurisprudence dans son rôle d'interprétation de la finalité des normes légales, et autrement lorsque devant le silence des lois, le juge se trouve contraint d'orienter le sens de celles-ci en faisant d'un intérêt particulier le principe de sa décision[1299].

Après avoir constaté l'impossibilité de définir strictement la notion d'intérêt, il est possible de constater également qu'elle peut se confondre avec la notion de finalité de la norme. Cette confusion, non loin de desservir dans la démonstration actuelle, permettra d'aborder la nécessité d'une approche générale de la notion d'intérêt afin de mettre en avant la santé comme intérêt protégé nécessitant une assimilation des fautes civile et déontologique.

B. L'APPROCHE GÉNÉRALE DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER : LA SANTÉ

315. L'impossible approche unitaire de l'intérêt à protéger. Après avoir cerné la difficulté de définir et déterminer un seul intérêt à protéger, il convient de mettre en évidence l'intérêt à protéger en matière de responsabilité civile médicale. L'une des caractéristiques principales de la notion d'intérêt réside dans sa multiplicité et sa variété de sens possible. Même lorsqu'elle est appréhendée par le droit, elle ne désigne pas une même finalité. La notion manque de définition précise. Le constat est complété par l'absence de définition, tant par les dictionnaires spécialisés que par les lexiques juridiques, qui font une énumération classique des

[1298] Tribes A., *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, th., Paris, 1975, p. 13.
[1299] V. par ex. l'hypothèse du mandat d'intérêt commun, Cass. com., 20 février 2007, n° 05-18.444, note Respaud J.-L., *« Qu'est-ce qu'un mandat (d'intérêt commun) ? »*, *JCP E*, 2008, pp. 26-27 ; V. également lorsque l'intérêt de l'enfant justifie la rupture de visite entre une fille et son père, Cass. civ. 1re, 4 juillet 2018 n° 17-14.955.

différentes acceptions du terme sans toutefois le définir. Le Larousse, par exemple, donne six sens différents du mot intérêt[1300] qui peuvent être regroupés en deux catégories, les intérêts personnels et les intérêts économiques. L'impossibilité de déterminer les intérêts à protéger est directement liée aux difficultés de définir la notion d'intérêt elle-même. En effet, comment peut-on citer précisément et exhaustivement les intérêts susceptibles de légitimer l'assimilation entre la faute civile et la faute déontologique sans courir le risque de l'imprécision, de la maladresse et pire encore, de l'indécision à choisir entre tel intérêt plutôt que tel autre ? La réponse réside sans doute dans le constat que plusieurs auteurs font de la notion d'intérêt, celle de sa souplesse, de sa variabilité et de sa dangerosité, justifiant une approche générale. Partant de la conception de Jean Dabin selon laquelle « *l'intérêt n'est pas un droit par cela qu'il est protégé mais qu'il est protégé parce qu'il est déjà un droit* »[1301], dresser une liste exhaustive de tous les droits susceptibles d'être juridiquement protégés est utopique.

316. L'approche générale de l'intérêt à protéger. L'approche générale de l'intérêt protégé est celle d'une approche fonctionnelle, l'intérêt à protéger étant celui qui est juridiquement protégé par l'État. Cette approche correspond au fondement de la responsabilité civile qui appréhende de façon générale tous les faits susceptibles d'engager la responsabilité de son auteur. Les articles 1240 et 1241 du code civil posent le principe général d'une responsabilité civile pour « *tout fait quelconque de l'homme* » dès lors qu'il cause un dommage à autrui, oblige le responsable à le réparer. Les dommages causés à autrui peuvent entrainer plusieurs catégories de préjudices réparables. En matière de responsabilité civile médicale une attention particulière sera portée sur les préjudices atteignant la santé physique et mentale du patient. Sur ce point certains auteurs ont mis en avant que « *l'intégrité de la personne humaine est le principal des intérêts protégés* »[1302]. L'intérêt à protéger du patient est celui de son droit à la protection de sa santé, un droit reconnu par le constituant[1303], il est énoncé à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution en ces termes : la Nation « (…) *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* (…) »[1304]. Par ailleurs,

[1300] Ce qui importe ; ce qui retient l'attention ; le sentiment de curiosité à l'égard de quelque chose ; l'attachement exclusif à ce qui est avantageux pour soi ; Les capitaux qu'une personne détient dans une affaire et enfin la somme que le débiteur paie au créancier en rémunération de l'usage de l'argent prêté, Le petit Larousse illustré 2016.
[1301] Dabin J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007, p.69.
[1302] Borghetti J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle » *in*, « Etudes offertes à Geneviève Viney », *LGDJ*, 2008, pp. 145-171.
[1303] Le droit à la protection de la santé a été plusieurs fois affirmé par le Conseil constitutionnel v. par exemple décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 ; 90-283 du 8 janvier 1991 DC ; 99-416 DC du 23 juillet 1999 ; 2001-453 du 18 décembre 2001.
[1304] V. *supra* n° 55 sv.

les efforts législatifs de ces dernières années tendant à une meilleure protection de la santé au sens large, notamment par la mobilisation et la sensibilisation à la protection environnementale. Pour exemple, celui de l'article L. 511-1 du code de l'environnement qui mentionne de façon générale la santé comme un intérêt protégé[1305].

L'hypothèse est clairement posée, le droit à la protection de la santé, parce qu'il revêt un caractère fondamentalement humaniste, justifie que lui soient accordées toutes les techniques juridiques pouvant concourir à son effectivité. La santé est considérée comme l'intérêt à protéger par excellence en matière de responsabilité civile ce qui justifie l'hypothèse d'une assimilation entre la faute civile et la faute déontologique dans une action en réparation d'un dommage résultant d'un fait médical. Comme l'a constaté Jacques Moreau, la protection de la santé en droit public français comporte un autre volet qui s'appelle « *intérêt de la santé publique* », dont il revient au juge de la légalité et au juge de la responsabilité de vérifier l'adéquation des décisions prises à leurs motifs et de tirer les conséquences d'éventuels abus[1306]. Par ailleurs, c'est l'occasion de rappeler le rôle important du juge dans la prise en compte des règles déontologiques dans l'action civile en responsabilité médicale[1307].

Toutefois, il faut noter qu'au nombre des missions confiées au conseil national de l'ordre des pharmaciens, le législateur attribue à ce dernier la mission d'accueillir « *toutes les communications et suggestions des conseils centraux et leur donne les suites qui concilient au mieux les intérêts normaux de la profession et les intérêts supérieurs de la santé publique* »[1308]. Entre les intérêts normaux de la profession et ceux de la santé publique, il existe une priorité accordée à ceux de la santé publique qui sont considérés comme supérieurs, de sorte que la conciliation entre eux se trouve toujours en faveur des intérêts de la santé publique. Dans ce cas, le législateur attribue au conseil national de l'ordre des pharmaciens une mission protectrice de la santé publique au détriment de ses propres intérêts. Cette mission n'est pas sans incidence sur l'hypothèse d'assimilation des fautes civile et déontologique qu'il convient de soutenir[1309].

[1305] Art. L.511-1 code de l'environnement « *Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage,* ***soit pour la santé****, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique* ».

[1306] Moreau J., « Le droit à la santé », *AJDA*, 1998, p. 185.

[1307] V. *supra* n° 161 et sv.

[1308] Art. L. 4231-2 al. 5 CSP.

[1309] V. *supra* n° 327 sv. (l'exclusion de l'hypothèse dans le cadre d'une procédure disciplinaire).

Le recours à l'intérêt protégé dans la démonstration actuelle vise une finalité pédagogique d'acceptation de l'assimilation partielle des fautes civile et déontologique. Si comme le considère Ihering, les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés[1310], celui du droit à la santé, consacré par le constituant, occupe dès lors une place de choix. En cela, il faut comprendre dans la notion d'intérêt protégé invoquée, l'utilité primordiale du renforcement de la protection du patient à laquelle s'évertue depuis plusieurs années déjà le législateur, aidé de la jurisprudence. Les diverses acceptions de la notion d'intérêt, c'est-à-dire sa grande souplesse, ne doivent pas empêcher la finalité que représente l'hypothèse d'une assimilation des fautes civile et déontologique. D'ailleurs, au sujet de la diversité d'acception de l'« *intérêt* », M. Stirn explique que « *cette diversité même et ces évolutions sont révélatrices de la portée d'un concept qui, sans doute parce qu'il exprime des liens entre l'homme et la règle, entre le droit et l'action, se situe au cœur de la réflexion juridique* »[1311].

À ce stade de l'étude, il est possible de dire que la difficulté d'isoler uniquement un intérêt à protéger est étroitement liée, à la variété d'intérêts protégés par la responsabilité civile. Inversement, il y a moins d'hésitations à déterminer le titulaire de l'intérêt protégé.

II. LA DÉTERMINATION DU TITULAIRE DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER

317. Difficultés. Présentement envisagé comme le critère d'appréciation de la nécessité d'une assimilation partielle entre faute civile et faute déontologique, l'intérêt à protéger pose également le problème de la détermination de son titulaire (A). Le titulaire de l'intérêt à protéger ne peut être envisagé qu'en la personne du patient victime d'un dommage médical. Ensuite il conviendra de s'interroger sur l'éventualité d'une hiérarchie dans les intérêts protégés du patient (B).

A. LE PATIENT TITULAIRE PRIVILÉGIÉ DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER

318. L'intérêt de l'assimilation des fautes civile et déontologique. Selon les propos de Mme Tribes qui, pour lever l'ambiguïté qui entoure la notion d'intérêt, distingue deux

[1310] Ihering, *L'esprit du droit romain*, Paris 1877, t. IV, n° 70.
[1311] Stirn B., « intérêt », *in* Alland D. et Rials S., *Dictionnaire de la culture juridique*, 1re éd., Lamy, PUF, 2003.

hypothèses : « *celle dans laquelle le législateur ou le juge prend effectivement en considération la protection d'un intérêt, quel que soit l'instrument technique qu'il choisit pour y parvenir, et celle dans laquelle il prend expressément en considération la notion d'intérêt* »[1312]. Les deux hypothèses présentées correspondent en tout point à la démonstration actuelle. En effet, lorsque le juge prend en considération l'intérêt protégé par une loi en matière de responsabilité civile médicale, la technique utilisée peut résider dans l'utilisation pure et simple de la règle déontologique pour éclairer et appuyer sa décision. Or, rien n'empêche frontalement que cet éclairage et cet appui se fassent systématiquement en faveur de la protection de la partie lésée qui se trouve souvent être le patient. En revanche, l'assimilation des fautes civile et déontologique se justifierait d'autant plus lorsque les intérêts protégés du patient sont expressément nommés tant par la règle déontologique que la règle du droit commun de la responsabilité civile.

319. Le titulaire de l'intérêt protégé est nécessairement le patient. Encore une fois, la souplesse de la notion d'intérêt permet d'identifier le patient comme le titulaire de l'intérêt protégé, lorsqu'il est en relation de soin avec un professionnel de santé. Mme Tribes fait le constat selon lequel « *le législateur, comme le juge, associe volontiers la prise en considération formelle d'un intérêt à la volonté de le promouvoir en l'individualisant* »[1313]. Aborder la notion d'intérêt commande nécessairement de déterminer le titulaire de cet intérêt afin que celui-ci puisse être protégé. L'intérêt à protéger peut résider chez un enfant, une famille, une personne aliénée ou encore chez un groupe de personne et même chez une personne morale. Dès lors, en principe, tout sujet de droit est susceptible de bénéficier de la protection d'un intérêt lorsque « *l'apparition de la notion d'intérêt s'inscrit dans un souci de personnalisation et exprime presque toujours l'émergence d'un sujet de droit* »[1314].
Les réformes successives sur l'évolution du respect des droits du patient démontrent la volonté certaine du législateur d'inverser définitivement la relation déséquilibrée qui prévalait entre le médecin et son patient afin d'atteindre un équilibre souhaitable. M. Sargos, en caractérisant la « *révolution éthique* » des codes de déontologie, fait remarquer que « *les droits des patients sont devenus l'objet majeur de ces codes* » autrefois marqués par le sceau du paternalisme[1315]. Dans le sujet actuel, il convient de relever que la relation de soins qui lie le patient et le praticien

[1312] Tribes A., « Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile », *op. cit*., p. 11.
[1313] Tribes A., *ibid*., p. 16.
[1314] Tribes A., *ibid*., p. 16.
[1315] Sargos P., « La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires », *D*., 2007, p. 811.

demeure le point de départ de l'appréciation de la responsabilité civile médicale. En raison des devoirs et obligations auxquels sont soumis les praticiens à l'égard des patients, leur responsabilité reste-t-elle soumise à la violation de cet ensemble de règles. La nature juridique de la règle transgressée n'est prise en compte que pour apprécier le fondement de la responsabilité.

Le patient, en sa qualité de titulaire de l'intérêt protégé, est à l'évidence mis au centre des devoirs déontologiques. C'est le cas de l'article 4 du code de déontologie médicale qui l'expose clairement : « *Le secret professionnel, institué dans **l'intérêt des patients**[1316], s'impose à tout médecin dans les mêmes conditions établies par la loi* ». À l'évidence, la déontologie médicale n'est pas insensible à la question du respect des droits du patient et à la protection de ses intérêts, consacrant une partie entière aux « *devoirs envers les patients* »[1317]. En effet, le code de déontologie médicale abrite une multitude de dispositions permettant d'assurer le respect et la protection des droits du patient. Il fait référence à « *l'intérêt pour la santé* », à « *l'intérêt du malade* », à « *l'intérêt de la population* » ou encore à « *l'intérêt de la santé publique et des personnes* »[1318]. Dans sa version actuelle, le code de déontologie médicale compte plus d'une trentaine de dispositions qui évoquent clairement le patient ou le malade, ces dispositions ont pour objectif de conserver une relation de confiance avec ce dernier.

Ayant clairement identifié en la personne du patient le titulaire de l'intérêt protégé justifiant que la faute déontologique puisse être assimilée à la faute civile, il convient d'apporter quelques précisions sur la réparation des dommages subis par les tiers.

320. L'intérêt protégé des tiers, victimes par ricochet. L'intérêt des tiers, victimes par ricochet bénéficie d'une protection particulière par la responsabilité civile. L'hypothèse de l'assimilation des fautes civile et déontologique présentée n'a vocation à s'appliquer qu'au bénéfice des victimes directes. Cette exclusion des victimes par ricochet se justifie au regard de la relation singulière et exclusive qu'entretiennent le praticien et son patient. L'action en responsabilité de la victime par ricochet ne peut s'appuyer sur un manquement déontologique pour obtenir réparation de son préjudice dans la mesure où elle n'est pas considérée comme un

[1316] Nous soulignons. V. également l'article 46 CDM « *Lorsqu'un patient demande à avoir accès à son dossier médical par l'intermédiaire d'un médecin, celui-ci remplit cette mission en tenant compte des seuls intérêts du patient et se récuse en cas de conflit d'intérêts* ».
[1317] V. R. 4127-32 et sv. CSP.
[1318] Successivement les articles 21, 58, 68, 65, 85, et 95 du code de déontologie médicale.

patient[1319]. Les règles déontologiques ont vocation à s'appliquer au colloque singulier que forment le médecin et son patient, en dehors l'obligation est vidée de sa substance. Précisons toutefois, que la victime par ricochet conserve toutes les voies juridiques offertes par le droit commun de la responsabilité civile pour obtenir réparation de son préjudice. Autrement dit, une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un praticien ne peut être utilisée par une victime par ricochet au soutien de sa demande en réparation de son propre préjudice devant le juge judiciaire. En outre, le Conseil d'État a admis que l'ONIAM soit tenu d'indemniser toute victime d'un accident médical grave. La victime par ricochet bénéficie d'une réparation de ses préjudices dans les mêmes conditions que la victime principale[1320], sauf à préciser le cas particulier de la réparation des dommages de la victime par ricochet des accidents de la circulation[1321].

Dans le cadre de l'action en réparation des préjudices personnels de la victime par ricochet, une proposition d'attendu susceptible d'être consacrée par la Cour de cassation afin d'exclure le bénéfice de l'assimilation des fautes civile et déontologique pourrait être rédigée comme suit :

« *Attendu que, lorsque l'identité des fautes civile et déontologique est admise dans un litige entre un praticien et son patient, pour la réparation des préjudices subis, cette admission est exclue pour l'action en responsabilité des victimes par ricochet en réparation de leur préjudices propres* ».

321. Présentation de l'hypothèse. L'hypothèse présentée est d'exclure la possibilité d'invoquer le manquement à une règle déontologique au procès en responsabilité civile des victimes par ricochet. En effet, les victimes par ricochet ne sont pas au nombre de celles qui ont la possibilité d'instruire une action disciplinaire dirigée contre un médecin, seul le patient bénéficie de ce droit. Si la jurisprudence admet que la violation d'une règle déontologique ne constitue pas *ipso facto* une faute civile et *vice versa* « *il est tout à fait exacte de relever que*

[1319] CE 5e et 4e chambres réunies n° 327669 du 30 mars 2011.
[1320] CE 5e et 4e chambres réunies n° 391149 du 27 mai 2016, note. Bibal F., « Le terme légal « victime » inclut bien les victimes par ricochet », Gaz. Pal., 20 septembre 2016, n° 32, p. 55 ; note. Hocquet-Berg S., « Les victimes du vaccin contre la grippe de type A (H1N1) », Revue générale du droit on line, 2016, numéro 24232.
[1321] Art. 6 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, « *Le préjudice subi par un tiers du fait des dommages causés à la victime directe d'un accident de la circulation est réparé en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à l'indemnisation de ces dommages* ».

ces textes jouissent en jurisprudence d'une positivité certaine »[1322]. Pour autant, cette positivité ne bénéficie aux victimes par ricochet. En effet, le dommage par ricochet s'entend comme l'ensemble « *des préjudices subis par un tiers, victime du fait du dommage corporel initial dont est directement atteinte la victime immédiate* »[1323]. Les intérêts lésés des victimes par ricochet ne sont pas protégés par les règles déontologiques qui n'ont pour seuls destinataires le praticien et le patient.

De plus, en matière de responsabilité civile médicale, la déontologie médicale est prise en compte par le juge civil pour qualifier la faute, fait générateur de la responsabilité du praticien. En revanche, dans le cas d'une demande en réparation des victimes par ricochet, le recours à la déontologie médicale rend incertain le lien entre la faute et le dommage par ricochet. Bien évidemment, cette restriction de l'usage de la règle déontologique dans le procès civil n'est valable que si les victimes par ricochet agissent en leurs noms, au titre de la réparation de leurs préjudices propres. Dans le cas contraire, l'usage de la règle déontologique par un tiers lors d'une demande en réparation des dommages de la victime directe doit être considéré comme de droit, puisque le tiers agit au nom du patient victime directe. Il s'agit d'une limitation stricte de l'utilisation des règles déontologiques au soutien de leurs demandes en réparation de leurs propres préjudices.

In fine, cette lecture rigoriste de l'influence des règles déontologiques dans le procès en responsabilité civile médicale poursuit une double finalité. D'abord, elle limite l'inflation des mécanismes de réparation en responsabilité civile médicale, c'est-à-dire une limitation de la réception et, par conséquent, de l'influence des règles déontologiques pour le cas des victimes par ricochet. Ensuite, elle a vocation à « rassurer », si besoin, les professionnels eux-mêmes quant aux risques de voir leurs règles disciplinaires sorties de leur contexte professionnel pour être invoquées par des victimes tierces, lesquelles n'étaient fondamentalement ni visées par la protection de la règle professionnelle ni soumises à l'exercice de l'activité litigieuse. En effet, les professionnels se plaignent déjà d'une « *juridicisation* » accrue de leur discipline l'enfermant dans un contexte législatif difficile à concilier au quotidien[1324].

[1322] Pierre P., « La place de la responsabilité objective : Notion et rôle de la faute en droit français » in*, Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation,* éd. IRJS, 2012, pp. 169-186.
[1323] Porchy-Simon S., Lambert-Faivre Y., *Droit du dommage corporel systèmes d'indemnisation*, éd. Dalloz-Sirey, 2011, coll. Précis dalloz.
[1324] Desplats, Favrolt et *al*., « L'influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Quand Esculape craint Thémis », *RGDM* 2008, n° 28, p. 136.

Toutefois, ce mécanisme d'exclusion peut être mal accueilli en l'état actuel du droit commun de la responsabilité civile, c'est pour cette raison qu'il convient de le limiter au seul domaine de la responsabilité civile médicale sur lequel les règles déontologiques ont une influence.

322. Le champ de l'hypothèse. Pour précision, l'hypothèse présentée n'a pas pour but d'exclure la réparation des préjudices subis par les victimes par ricochet résultant d'un manquement à une règle déontologique. Celles-ci sont en effet couvertes par le droit commun de la responsabilité civile dans lequel il est admis que la réparation des dommages par ricochet est de droit aux victimes qui rapportent la preuve de l'existence d'un préjudice personnel, direct, certain et licite.

Par ailleurs, il faut rappeler que le régime juridique de la réparation des dommages par ricochet ne s'est pas construit sans heurts. Dès 1863, la jurisprudence avait admis le principe d'une réparation des dommages par ricochet sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de droit. Cette position jurisprudentielle a été abandonnée en 1937 au profit d'une position plus stricte nécessitant l'existence d'un lien de droit (filiation ou mariage) entre la victime directe et la victime par ricochet, de sorte que seule l'existence d'un « *intérêt légitime juridiquement protégé* »[1325] pouvait donner droit à réparation des dommages par ricochet. En 1970, la Cour de cassation est revenue sur cette position, à l'occasion d'une affaire où la victime par ricochet avait été déboutée de sa demande en réparation parce qu'elle ne démontrait pas l'existence d'un lien de droit. La Cour de cassation a décidé qu'« *en subordonnant ainsi l'application de l'article 1382 à une condition qu'il ne contient pas, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »[1326]. Pour autant, l'arrêt « *Dangereux* » en abandonnant la condition d'un lien de droit fixe tout de même deux conditions, le concubinage doit être stable et non délictueux. Deux ans plus tard, la chambre criminelle de la Cour de cassation est revenue sur ces conditions en abandonnant la condition de licéité du concubinage[1327].

En 2017, Le régime juridique de la réparation des dommages par ricochet avait été étendu à l'indemnisation au titre de la solidarité nationale[1328]. La condition du décès posée à l'article L. 1142-1 II du code de la santé publique a été abandonnée par la jurisprudence. En effet, les

[1325] Cass. civ. 1re, 27 juillet 1937, *DP* 1938, 1 p. 5, note Savatier, « *Attendu que le concubinage demeure, en toute occurrence, quelles que soient ses modalités et sa durée, une situation de fait qui ne saurait être génératrice de droits au profit des concubins et vis-à-vis des tiers* ».
[1326] Cass. mixte 27 février 1970, n° 68-10.276, Dangereux.
[1327] Cass. crim., 20 avril 1972, n° 71-91.750, *Bull*. N 134, P. 333.
[1328] Cass. civ. 1re 8 février 2017, n° 15-19.716, *D*., 2017, p. 406 ; CE 9 décembre 2016, n° 390892, *Lebon*.

victimes par ricochet ne peuvent prétendre, au titre de la solidarité nationale, à la réparation de leurs dommages par ricochet qu'en cas de décès de la victime immédiate. Or, l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique ne conditionne pas la réparation au décès de la victime directe. La Cour de cassation précise que les victimes autorisées à solliciter la solidarité nationale n'étant pas expressément déterminées, ce sont, conformément au droit commun ; toutes les victimes directes ou par ricochet qui doivent pouvoir solliciter une indemnisation dès lors que leur dommage résulte d'une infection nosocomiale[1329].

L'assimilation systématique entre fautes civile et déontologique ne devrait pas remettre en cause la sécurité juridique : qu'en est-il de la possibilité d'une hiérarchisation des dommages réparables pouvant bénéficier de cette assimilation ?

B. LA HIÉRARCHIE DES INTÉRÊTS À PROTÉGER

323. Précisions. Si la victime par ricochet peut être exclue du bénéfice de l'assimilation systématique et partielles entre la faute civile et la faute déontologique, la hiérarchisation des intérêts à protéger est elle aussi exclue.

324. L'impossibilité de hiérarchiser les intérêts. Le principe de la réparation intégrale a été maintes fois consacré en droit français. Il est la conséquence de l'approche indemnitaire de la responsabilité civile, la victime devant être replacée dans la situation antérieure au dommage[1330]. C'est ce qui fait dire à certains que « *le principe de réparation intégrale est l'axiome du droit du dommage corporel. Un axiome, c'est la pièce centrale, la matrice, le fondement apriorique, qui donne toute sa consistance et sa cohérence à une théorie* »[1331]. En effet, l'approche unitaire de la responsabilité civile conduit à la protection de tous les droits et intérêts. Pour de nombreux auteurs « *en matière de responsabilité, l'intérêt ne se distingue pas du dommage* »[1332] et par conséquent, l'action tendant à la réparation de tout

[1329] Jourdain P., « Infection nosocomiale : l'ONIAM doit indemniser les victimes par ricochet, même en cas de survie de la victime directe », *RTD civ*., 2017, p. 412.
[1330] Selon la formule consacrée par la deuxième chambre de la Cour de cassation « *Attendu que le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation ou elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* », Cass. civ. 2e, 25 mai 1960, publié au bulletin.
[1331] Prevost J.-B., « Aspects philosophiques de la réparation intégrale », *Gaz. Pal*., 2010, n° 100, p. 7.
[1332] Desdevises Y., *Le contrôle de l'intérêt légitime (essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action),* th. dactyl. Nantes 1973, n° 49.

préjudice personnel est recevable[1333]. Dans l'hypothèse présentée, il n'est pas souhaitable d'établir une hiérarchie entre les différents dommages susceptibles de bénéficier de l'assimilation des fautes civile et déontologique. Dans le même sens, il est exclu de hiérarchiser les intérêts protégés susceptibles d'entrainer une assimilation entre faute civile et déontologique.

325. Le possible équilibre des intérêts. Si l'idée d'une hiérarchie entre les intérêts protégés du patient est exclue, celle d'un équilibre entre eux ne l'est pas. Le principe de la réparation intégrale ne s'oppose pas à ce que soient privilégiés les préjudices corporels, c'est-à-dire les atteintes à la personne. Pour l'application de l'assimilation des fautes civile et déontologique, la réparation des préjudices corporels seront privilégiés aux préjudices matériels. L'exclusion du préjudice matériel n'est pas rédhibitoire, le bénéfice de l'assimilation entre faute civile et faute déontologique défendue doit être apprécié dans une logique d'ensemble. Il ne semble pas préjudiciable de penser que la réparation de certains dommages, eu égard à leur nature, soit plus impérieuse que d'autre. Il est concevable, dans le souci d'une meilleure réparation des victimes, de privilégier la réparation des préjudices corporels, pour l'application de l'hypothèse présentée. Les dommages matériels, lorsqu'ils sont graves ou qu'ils mettent sérieusement en péril les moyens d'existence du patient victime, peuvent être pris en compte à la libre et souveraine appréciation des juges du fond.

Par ailleurs, il faut préciser que l'intérêt protégé n'est pas utilisé comme critère déterminant du préjudice réparable. Ce n'est pas parce que l'intérêt protégé aura été lésé qu'il sera systématiquement réparable. Néanmoins, si l'intérêt protégé par la règle déontologique et la règle du droit commun de la responsabilité civile est le même, dans ce cas, l'assimilation entre faute civile et déontologique devrait se justifier en privilégiant dans cette hypothèse la réparation des préjudices corporels.

L'assimilation systématique entre faute civile et déontologique présentée est toutefois limitée à la seule protection des intérêts du patient. La distinction entre l'intérêt protégé du patient et l'intérêt professionnel étant délicate, elle n'est pas évidente en pratique. En effet, comment déterminer avec certitude que la règle violée tendait à protéger un intérêt du patient

[1333] Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 « *Mais attendu, en premier lieu, que la recevabilité de l'action exercée par un associé à l'encontre des dirigeants d'une société (...) est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel, distinct de celui subi par la personne morale*, (…) » ; Cass. com., 8 février 2011, n° 09-17.034, *RLDA* 2011, n° 3361.

et inversement, sans courir le risque d'une dénaturation de la règle elle-même. La rédaction du texte transgressé et l'interprétation souveraine qu'en font les juges dans l'exercice de leurs missions peut être une réponse. À l'évidence, la tâche reste ardue.

Dans tous les cas, l'assimilation des fautes civile et déontologique est exclue lorsque seuls les intérêts professionnels sont protégés par la règle transgressée.

SECTION 2. L'ASSIMILATION DES FAUTES LIMITÉE PAR L'INTÉRÊT PROFESSIONNEL

326. L'assimilation des fautes limitée. L'hypothèse présentée est celle d'une assimilation des fautes civile et déontologique qui se justifie dès lors que la règle civile et la règle déontologique ont vocation à protéger un même intérêt, celui du patient, plus exactement celui de la santé du patient. L'intérêt de cette assimilation des deux fautes réside essentiellement dans l'objectif d'une meilleure protection juridique et indemnisation civile des patients victimes de dommages médicaux. Toutefois, l'assimilation entre la faute civile et la faute déontologique ne se justifie pas en dehors de cet intérêt. En effet, si l'esprit de la loi peut être orienté vers la protection de certains intérêts qu'elle a vocation à protéger de la même manière que d'autres types de règle, une interprétation restrictive de ces intérêts conduit à exclure de leur champ les intérêts privés. Lorsque la règle déontologique vise la protection d'un intérêt purement professionnel, la faute qui résulte de la violation de cette dernière ne saurait s'assimiler à la faute civile. Autrement dit, il faut distinguer dans la masse de règles déontologiques celles dont l'intérêt protégé n'est pas celui du patient pour exclure son influence sur la faute civile. L'hypothèse d'une assimilation entre faute civile et faute déontologique est inapplicable dans le procès disciplinaire (I) en considérant la sanction disciplinaire comme exclusivement protectrice des intérêts du groupe (II).

I. L'INAPPLICABILITÉ DE L'HYPOTHÈSE D'ASSIMILATION DES FAUTES AU PROCÈS DISCIPLINAIRE

327. Exclusion du champ d'application de l'hypothèse. L'intérêt protégé, utilisé comme un critère de distinction du type d'influence de la faute déontologique sur la faute civile,

est ici employé pour délimiter le champ d'application de l'assimilation des deux fautes. L'exclusion de l'hypothèse dans le procès disciplinaire se justifie par la particularité de la faute disciplinaire (B). En effet, cette dernière doit pouvoir conserver son autonomie dans le procès disciplinaire (A) de sorte qu'il n'y ait pas influence de la faute civile sur la faute disciplinaire.

A. LE MAINTIEN DE L'AUTONOMIE DE LA FAUTE DÉONTOLOGIQUE DANS LE PROCÈS DISCIPLINAIRE

328. Nécessité du maintien de l'autonomie de la faute déontologique. La faute déontologique conserve son autonomie entière dans le cadre d'une procédure disciplinaire. L'une des caractéristiques principales de la déontologie réside dans sa capacité à s'organiser et exister en dehors du pouvoir juridique étatique. L'existence d'un droit disciplinaire propre aux praticiens de santé inclut également l'existence d'une faute susceptible d'engager leur responsabilité. En effet, la responsabilité d'un praticien n'est pas engagée dans les mêmes conditions devant les juges disciplinaires et judiciaires. Les deux procédures se distinguent par l'appréciation du fait engageant la responsabilité ou donnant lieu à sanction disciplinaire. Dans le cadre d'une action en responsabilité devant le juge judiciaire, la faute susceptible d'engager la responsabilité du praticien est entendue largement, elle réside dans la violation d'une obligation imposée par une loi ou un règlement. En revanche, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, la faute est strictement encadrée par le code de déontologie médicale, en ce qu'elle constitue un manquement aux devoirs que seule la déontologie médicale impose. Elle s'entend comme la violation d'une règle spécifique. Il s'ensuit une autonomie de la faute déontologique. Cette autonomie de la faute déontologique a été plusieurs fois rappelée aussi bien par le juge judiciaire que par le juge disciplinaire. Dans une affaire récente, un praticien a été sanctionné par le juge disciplinaire pour avoir posé un diagnostic sans avoir examiné la patiente en violation des articles 32 et 33 en violation du code de déontologie médicale[1334]. Pensant pouvoir être indemnisés sur ce seul manquement, les ayants droit de la victime décédée demandèrent une réparation et indemnisation de leurs préjudices dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'action civile a été un échec, la cour d'appel d'Aix-en-Provence soutenue par la Cour de cassation, a estimé qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre la faute reprochée et le dommage

[1334] Ch. discipl. nat., 15 novembre 2016, n° 12820, blâme.

subi[1335]. Clairement, une autonomie dans la qualification de la faute disciplinaire par le juge disciplinaire n'entraine pas forcément une faute civile.

L'autonomie de la faute déontologique à l'égard de la faute pénale a été plusieurs fois consacrée par le législateur[1336] et le juge. Précédemment, étaient abordés les rapports qu'elles peuvent entretenir[1337], tout en s'efforçant de s'ignorer[1338]. La faute pénale ne s'entend pas nécessairement comme une faute disciplinaire et inversement. De la même manière, l'absence de faute pénale ne fait pas « *obstacle à ce que la juridiction disciplinaire régulièrement saisie conservât toute latitude pour apprécier les faits reprochés à l'intéressé au regard des textes fixant les obligations déontologiques des médecins* (…) »[1339]. Dans une autre affaire, le Conseil d'État a considéré que « (…) *l'existence d'une ordonnance de non-lieu fondée sur l'absence de charges suffisantes pour engager des poursuites du chef du délit d'escroquerie n'interdisait pas au juge disciplinaire de prononcer une condamnation si les éléments recueillis au dossier étaient propres à établir que les faits reprochés étaient matériellement exacts et de nature à justifier une sanction*, (…) »[1340].

La faute déontologique se distingue de la faute civile, comme cela a été évoqué dans des développements précédents mettant l'accent sur l'opportunité qu'elles puissent s'assimiler dans le cas d'une action en réparation des dommages subis[1341].

L'autonomie de la faute déontologique est l'essence de la sanction disciplinaire et son maintien se justifie à plusieurs égards. Elle permet non seulement de maintenir la procédure disciplinaire à l'encontre des praticiens déviants mais aussi de maintenir le pouvoir souverain du juge disciplinaire.

[1335] Cass. civ. 1re, 1er juillet 2020 n° 19-17.173, inédit.

[1336] Art. L. 4126-6 CSP « *Lorsqu'un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme a été condamné par une juridiction pénale pour tout autre fait qu'un crime ou délit contre la Nation, l'État ou la paix publique, la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre peut prononcer, s'il y a lieu, à son égard, dans les conditions des articles L. 4124-4, L. 4126-1 et L. 4126-2, une des sanctions prévues à l'article L. 4124-*6 ».

[1337] V. n° 324.

[1338] Rubi-Cavagna E., « Faute disciplinaire et droit pénal », *in* Ancel P., Moret-Bailly J., (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, éd. Université de Saint-Etienne, 2007, coll. Droit, p. 215.

[1339] CE 24 juillet 1987, *Frantz*, n° 65675, *Dr. adm.* 1987, comm. 509.

[1340] CE 19 octobre 2001, *Galland*, n° 214112 ; CE 27 juin 2005, *Morilhat*, n° 224192.

[1341] V. n° 322.

B. JUSTIFICATION DE L'EXCLUSION DE L'HYPOTHÈSE DE L'ASSIMILATION DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE AU PROCÈS DISCIPLINAIRE

329. Précisions. La faute déontologique est une faute particulière, spécifique à un domaine d'exercice. Dans le présent sujet, un manquement au code de déontologie médicale est le fait générateur d'une sanction disciplinaire propre à l'activité médicale.

330. Les raisons objectives. La première raison relève de l'évidence. À ce stade de l'étude, l'accent a déjà été mis sur la finalité distincte de la sanction disciplinaire. En effet, alors que la responsabilité civile a une finalité réparatrice du dommage causé, la sanction disciplinaire n'est pas réparatrice du dommage et se rapproche davantage de la sanction pénale en ce qu'elle est essentiellement répressive. Mme Deguergue constate que « *la sanction des manquements à la déontologie comporte un volet intériorisé à la profession médicale en cause et un volet extériorisé où la justice étatique reprend son ascendant* »[1342]. La finalité de la sanction disciplinaire est l'une des raisons pour lesquelles il convient d'exclure l'assimilation des fautes civile et déontologique dans le cadre d'un procès « purement » professionnel. À titre d'exemple, pour les conflits entre professionnels de santé ou entre l'ordre et un praticien, dans la mesure où la victime n'est pas un patient.

Cette situation fait apparaître la deuxième raison, celle de la relativité du manquement déontologique et de la sanction qui lui est prononcée. Dès lors, admettre une assimilation automatique, quelle que soit la finalité de la règle reviendrait à vider la faute déontologique de sa substance et par conséquent, admettre le déclin du juge disciplinaire. Le manquement déontologique est apprécié au regard des devoirs imposés par le code de déontologie médicale. Il s'en suit également une intériorisation de la sanction disciplinaire qui, dans ce contexte, a vocation à protéger l'image de la profession médicale entière. La sanction disciplinaire est soumise à une forme de relativité qui correspond aux attentes de la société envers l'ensemble du groupe professionnel. Prenant en exemple la profession d'expert-comptable, certains auteurs mettent en avant la particularité de la profession qui justifie les exigences supérieures de leur déontologie, de sorte que ce n'est pas uniquement l'individu qui est en jeu en cas de manquement. L'activité exige une éthique particulière, « *l'expert-comptable ne doit jamais*

[1342] Deguergue M., « La sanction des manquements à la déontologie », *RDSS*, 2018, p. 161.

prêter son concours à des comptabilités manquant de sincérité. L'activité professionnelle se trouve donc en prise directe avec l'intérêt général »[1343]. Il est possible d'en dire autant de l'exercice de la médecine pour laquelle la déontologie s'impose « naturellement ». Les attentes sociales envers la profession sont considérées comme inhérentes à cette dernière. Il en est par exemple ainsi du devoir d'assistance, du secret médical, de la non-discrimination ou encore du respect du principe de moralité et de probité qui sont pour la conception sociale des exigences auxquelles le praticien ne peut déroger.

331. Les raisons subjectives. Parmi les raisons subjectives, il y a lieu d'insister sur la qualité des parties au procès disciplinaire. En effet, comme déjà évoqué, le contentieux disciplinaire, lorsqu'il est purement professionnel, n'admet pas que des tiers soient parties au procès. En cela, la sanction qui y est prononcée vise exclusivement la condamnation du professionnel déviant. Même lorsque la plainte émane d'un tiers, que ce soit le patient[1344] ou le ministre en charge de la santé[1345], la sanction disciplinaire encourue ne vise pas la protection des intérêts du tiers. Tout au plus, une satisfaction morale ressentie par les patients victimes dont le dommage a entrainé une sanction disciplinaire pour le praticien peut être présumée. Dans ces conditions, il n'est pas possible d'admettre qu'une assimilation des fautes civile et déontologique puisse profiter au procès disciplinaire, lorsque celui-ci est purement professionnel, dans la mesure où la victime n'est pas réparée dans son dommage.

Rappelons que la faute civile n'est pas une faute déontologique. C'est tout l'intérêt du maintien de la distinction entre faute civile et faute déontologique. Toutefois, il faut préciser que lorsque la règle déontologique a vocation à protéger simultanément des intérêts de la profession et du patient, la primauté de la protection des intérêts du patient devrait s'appliquer. Dans ce sens, certaines décisions de la chambre disciplinaire semblent contradictoires. Cela a été le cas dans une affaire de manquement au principe de libre choix, la chambre disciplinaire a décidé que « *le fait pour un médecin d'adresser des patients à son conjoint pour qu'il effectue des actes qu'il n'est pas en mesure de faire n'est pas, par lui-même, constitutif d'une démarche de compérage. Ce praticien, qui n'adresse pas de façon systématique et exclusive à son mari, n'a pas exercé de pressions telles sur sa patiente qu'elle aurait été dans l'impossibilité d'exercer son libre choix* »[1346]. Or, sur la même question, la chambre disciplinaire a décidé que le praticien

[1343] Benisty S. « L'identification du manquement déontologique à une faute délictuelle : l'implicite confirmation dans le contentieux de la concurrence déloyale », *Petites affiches*, 2014, n° 68, p. 14.
[1344] Art. R. 4126-1 CSP.
[1345] Art. L. 4224-2 CSP.
[1346] Ch. discipl. nat., n° 12127 du 18 juin 2015, rejet.

qui « *oriente fréquemment ses patients vers deux magasins d'optique, situés dans le même arrondissement, dans lesquels sa femme, puis ses deux fils, ont intérêts* (…) » porte atteinte au libre choix du patient[1347]. Dans ces deux affaires, il y a une similarité des faits qui pourtant n'aboutit pas aux mêmes sanctions. Il semble opportun de toujours veiller à ce que les intérêts du patient soient privilégiés afin d'optimiser leur protection.

Abordant la question de l'intérêt protégé par la responsabilité civile, Mme Dugué met l'accent sur l'importance de la faute dans l'assimilation entre faute civile et déontologique. Partant de la définition classiquement retenue de la notion de faute, l'auteure ajoute que « *la faute civile ne pourrait se satisfaire des définitions qui en ont été proposées. La faute ne serait pas la simple méconnaissance d'une norme préexistante, mais la méconnaissance d'une norme préexistante destinée à protéger ceux des intérêts de la victime qui ont été lésés* »[1348]. Dans le sujet, il semble possible de considérer que la nature de la faute importe peu, qu'elle soit civile ou disciplinaire, seuls les intérêts protégés par la norme transgressée sont de nature à influencer la responsabilité civile médicale.
Dans ce contexte, une certitude semble pouvoir être admise, celle qui exclut toute assimilation systématique entre faute civile et faute déontologique au regard de la sanction disciplinaire, en admettant que cette dernière protège exclusivement les intérêts du groupe professionnel.

II. LA SANCTION DISCIPLINAIRE PROTECTRICE DES INTÉRÊTS DU GROUPE PROFESSIONNEL

332. Les intérêts professionnels protégés par la sanction disciplinaire. Au terme de l'article L. 4121-2 du code de la santé publique, l'ordre des médecins « *veille au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensable à l'exercice de la médecine, et à l'observation, par tous ses membres, des devoirs professionnels, ainsi que les règles édictées par le code de déontologie* (…) » L'ordre assure une mission disciplinaire au sein du groupe visant à protéger ses intérêts (A). Cette mission de l'ordre est encore aujourd'hui l'une des causes du regard méfiant que certains peuvent porter sur l'organisation. De l'extérieur, tout porterait à croire à un « *droit clos* » centré sur la protection et la défense de ses propres intérêts. C'est pour cette principale raison que se justifie l'exclusion

[1347] Ch. discipl. nat., n° 11297 du 26 novembre 2012, blâme.
[1348] Dugué M., *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, th., 2015, p. 110.

de l'assimilation des fautes civile et déontologique au procès disciplinaire. Toutefois, une interprétation circonstanciée à l'exclusion de l'application de l'hypothèse au procès disciplinaire doit être présentée (B).

A. L'INTÉRÊT PRIVÉ PROTEGÉ PAR LE GROUPE PROFESSIONNEL

333. Distinction des intérêts protégés. La position jurisprudentielle sur l'assimilation des fautes civile et déontologique a été précédemment exposée[1349]. La remarque a été faite sur la possibilité que les deux fautes puissent opportunément se confondre afin de répondre à un besoin de l'espèce que le juge apprécie librement. Les éléments de convergence et de divergence entre les deux fautes ont permis de conclure à un rapport d'autonomie entre elles. Si l'autonomie des deux fautes se justifie eu égard aux besoins de raisonnement du juge judiciaire, elle l'est aussi par la finalité des deux fautes. En effet, le constat selon lequel « *même relayée par les autorités publiques, la déontologie demeure un corps de règles secrété par et pour les professionnels* »[1350], est partagé. Il semble pour l'heure impossible pour la déontologie de se détacher de ce postulat, s'agissant d'une règle professionnelle dont la finalité originelle tient à la protection des intérêts de la profession et des professionnels.

334. Le maintien des principes fondamentaux du groupe. L'accent doit être mis sur l'impact que peuvent avoir certains principes sur le système de protection sociale français. Pour exemple, celui de l'exercice libéral de la médecine, au nom duquel un rapport institutionnalisé entre les caisses et les mutuelles dont le CNOM est particulièrement hostile. Il est souvent rappelé l'importance des pressions des corporations sur les réformes législatives dès lors que ces dernières se révèlent être à l'origine d'une perte de revenus pour les professionnels. Il est également dit de la médecine libérale française qu'elle se caractérise par « *un isolationnisme identitaire, aussi bien à l'égard des pouvoirs publics et des organismes de sécurité sociale que des autres acteurs du système de santé* »[1351].
Les contestations de l'ordre des médecins contre l'immixtion de l'État, par le bais du pouvoir exécutif, dans l'activité médicale ne datent pas d'aujourd'hui, étant intimement liées à son évolution historique qui a été abordée précédemment[1352]. Les intérêts que l'ordre défend sont

[1349] V. n° 248.
[1350] Jaouen M., « La chambre commerciale persiste et signe : une faute déontologique n'est pas nécessairement constitutive d'un acte de concurrence déloyale », *Gaz. Pal*., 2014, n° 296, p. 17.
[1351] Tabuteau D., « L'avenir de la médecine libérale et le spectre de Monsieur Bovary », *Droit social*, 2009, p. 383.
[1352] V. *supra* n° 43.

souvent économiques. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nombre de critiques s'élèvent contre l'ordre pour reprocher un détachement des intérêts des patients. Cela a pu se concrétiser récemment lors de la mise en place du tiers-payant généralisé[1353], une mesure qui a rencontré une forte désapprobation de la part des praticiens. Dans ce contexte de contestation sociale de l'ordre, ce dernier peut se servir de la sanction disciplinaire pour regagner la confiance des patients.

335. La protection de l'image sociale du groupe. Cette idée fait précisément référence aux sanctions disciplinaires les plus médiatisées. Dans certaines affaires, eu égard à leur impact sur la société, l'inaction de l'ordre pourrait très bien être perçue comme un soutien, voire une approbation des actes reprochés. Pour s'éviter d'être considéré comme le « bouclier » des professionnels déviants, l'ordre des médecins, en sanctionnant le praticien poursuivi, garantit l'image sociale du groupe. À cet effet, l'emblématique affaire « Bonnemaison »[1354] peut être rappelée. Dans cette affaire, le praticien était poursuivi pour des actes d'euthanasie sur des personnes âgées dont les enjeux sociaux avaient considérablement motivé la sanction de radiation. En maintenant la discipline dans l'exercice de la médecine, l'ordre s'assure que l'honneur et la moralité[1355] de la profession soient toujours préservés. Parallèlement, l'ordre a également pour mission de protéger les rapports entre professionnels.

336. La protection des professionnels entre eux. Les rapports des professionnels entre eux sont en principe soumis à une règle essentielle de la déontologie médicale, celle de la confraternité. En effet, l'article R. 4127-56 du code de la santé publique pose le principe en ces termes : « *les médecins doivent entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité. Un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental de l'ordre. Les médecins se doivent assistance dans l'adversité* ». De cette règle de confraternité, découle un ensemble de faits proscrits par le code de déontologie médicale à l'exemple du devoir de ne pas concurrencer un confrère. Pourtant, certains auteurs ont mis en évidence une méfiance mutuelle que la déontologie et le droit de la concurrence peuvent entretenir[1356]. L'ordre assure à ses membres que leurs droits en termes de

[1353] Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 83 sv.
[1354] CE, ass., 30 décembre 2014, n° 381245, « Bonnemaison », *AJDA* 2015, p. 5 ; *AJDA* 2015, p. 749, chron. Lessi J. et Dutheillet de Lamothe L., *D*., 2015, p. 81, obs. Vialla F. ; *RFDA* 2015, p. 67, concl. Keller R. ; confirmation de la sanction de radiation : CE, 11 octobre 2017, n° 402497.
[1355] Conformément à ses missions prévues à l'article L. 4121-2 CSP.
[1356] Pour aller loin sur cette idée Rousset G., « Déontologie et droit de la concurrence, une méfiance mutuelle », *RDSS*, 2018, p. 147.

liberté d'installation, de droit aux honoraires ou encore au respect de la non-concurrence soient garantis.

Dans ce contexte, certains présentent la sanction disciplinaire comme un « *critère d'unification interne de la discipline* »[1357] pour mettre l'accent sur la place qu'elle occupe dans le groupe en s'appuyant sur les éléments essentiels de ce groupe. En matière de déontologie médicale par exemple, il s'agit de la capacité d'exercer des professionnels de santé qui est protégée. La nécessité de maintenir et protéger l'exercice de la discipline par chacun des professionnels est l'une des missions principales de l'ordre. Dans ces conditions, l'adhésion au groupe, qui est non seulement une condition d'exercice, est aussi une assurance des intérêts professionnels du praticien.

L'intérêt qu'une assimilation partielle entre faute civile et faute déontologique puisse être admise aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence a été présenté. La décision d'exclure l'assimilation des fautes au procès disciplinaire a pour objectif de mettre l'accent sur l'apport de cette assimilation dans le droit commun de la responsabilité civile.

B. JUSTIFICATION DE L'EXCLUSION DE L'ASSIMILATION DES FAUTES AU PROCÈS DISCIPLINAIRE

337. Justifications. Il est indéniable que sous sa forme actuelle, le procès disciplinaire présente toutes les caractéristiques d'un droit « *clos* ». La possibilité laissée au patient de porter plainte contre un praticien ou encore le caractère public des audiences ne suffit pas toujours à écarter cette vision. La sanction disciplinaire ne poursuit pas la même finalité que celle de la responsabilité civile ; c'est pour cette raison qu'elle est exclue de l'application de l'assimilation des fautes civile et déontologique.

338. La préservation de la finalité de la responsabilité civile. Le maintien de la finalité réparatrice de la responsabilité civile a été privilégié. En matière de responsabilité civile médicale, le patient étant souvent la victime, considérée comme la partie vulnérable dans la relation de soins, il est nécessaire de lui assurer une indemnisation optimale de ses éventuels dommages. La responsabilité civile protège les droits et les intérêts des victimes de dommages nés du fait d'un tiers. L'engagement de la responsabilité du tiers, auteur du dommage, implique

[1357] Deumier P., « La sanction disciplinaire, un concept unifié », *in* Ancel P., Moret-Bailly J., (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?,* éd. Université de Saint-Etienne, 2007, coll. Droit, p. 241.

nécessairement, une faute, un dommage et un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Or, en matière de responsabilité civile, le fait générateur peut parfois se révéler plus abstrait à définir notamment lorsqu'il est considéré comme relevant de la technique médicale. Cette technicité échappe en principe à la compétence du juge judiciaire, lequel doit permettre une réparation intégrale de la victime. De ce fait, si la faute déontologique ne peut pas trouver un écho favorable dans la faute civile, cela retire à la victime l'accès à une réparation qui pourrait être meilleure.

339. Conclusion du chapitre. Il revient à la notion d'intérêt protégé le rôle important de constituer le critère déterminant de l'assimilation des fautes civile et déontologique. Ce critère doit être doublement entendu. D'une part, l'intérêt constitue un critère d'appréciation de la légitimité des règles déontologiques à pouvoir influencer la responsabilité civile médicale, en ce que cette dernière commande la mobilisation de toutes les techniques juridiques pour réparer le dommage. D'autre part, l'intérêt constitue également un critère d'applicabilité de la règle déontologique au procès civil en responsabilité dès lors qu'elle tend vers la protection des intérêts du patient. C'est un critère déterminant d'une prise en compte positive par la doctrine, le juge mais aussi le législateur, de l'assimilation partielle des fautes civile et déontologique.
Pour conclure, il convient de rappeler des propos de Ihering selon lesquels « *les droits n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider à ses besoins, à réaliser ses buts* »[1358]. Garantir les intérêts de la vie ne serait-ce pas finalement tendre le plus possible vers une protection plus adaptée à toutes formes d'atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou sexuelle de tous ? Le droit commun de la responsabilité civile peut-il continuer à se passer de l'intérêt de l'influence des règles déontologiques sur la responsabilité civile médicale ? Il convient de soutenir l'idée qu'une assimilation partielle et systématique des fautes civile et déontologique, en plus de pouvoir se justifier, se trouve légitimée par la finalité de la responsabilité civile médicale.

[1358] Ihering, *L'esprit du droit romain*, 3e éd. traduit de la 3e éd. par De Meulenaere O., 2e éd., éd. Marescq A., Paris, 1880, T. IV, p. 325.

CHAPITRE 2. LES CONSÉQUENCES DE L'ASSIMILATION DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE

340. L'intérêt de l'assimilation des fautes. Si les deux fautes peuvent aisément se confondre[1359] et peuvent être assimilées[1360], il ressort qu'une telle assimilation demeure pour l'instant hypothétique car elle dépend de l'appréciation des juges du fond. La faute civile et la faute déontologique se distinguent essentiellement. Elles sont appréhendées différemment par le juge judiciaire et par le juge disciplinaire. S'interroger sur les conséquences d'une assimilation entre la faute civile et la faute déontologique revient à mettre en lumière l'intérêt présenté par la décision disciplinaire lorsque celle-ci précède celle du juge judiciaire.
Précédemment, l'hypothèse d'une assimilation systématique entre les fautes civile et déontologique dont le critère réside dans les intérêts communs protégés a été présentée. Dans le présent chapitre, il est question de s'interroger sur les conséquences d'une telle assimilation lorsqu'un praticien est le sujet de plusieurs actions en reconnaissance d'une faute civile, pénale et disciplinaire. À cette occasion, les conséquences de l'assimilation vont également être mises en lumière au regard de la « *parenté* »[1361] entre faute disciplinaire et faute pénale.

341. Quelles conséquences procédurales ? L'hypothèse d'une assimilation systématique entre faute civile et faute déontologique entraîne également des conséquences au niveau de la procédure. En effet, s'il est admis que la décision disciplinaire n'a aucune autorité de la chose jugée ni sur le civil ni sur le pénal, le juge judiciaire n'est pas tenu de surseoir à statuer lorsqu'une action disciplinaire est en cours[1362]. Or, eu égard aux similarités que peuvent entretenir l'action disciplinaire et l'action pénale d'une part, et l'assimilation des fautes civile

---

[1359] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, n° 95-12.576, *Bull. civ*. I, n° 99, « *La méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages-intérêts dirigée contre un médecin et il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle* ».
[1360] Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, *Bull. civ*. IV, n° 128 ; *D*., 2013. AJ 2165, obs. Chevrier E. ; *D*., 2013. 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Serra Y. ; *D*., avocats 2013. 359, obs. Dargent L. ; *D*., avocats 2013. 417, Pan. Obs. Piau D. ; *JCP* 2013. 1203, note Brigant J.-M. ; *JCP E* 2013. 1676, note Brigant J.-M. ; Mouillard A., rapport *RJDA* 2013. 819.
[1361] Décima O., « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ* pénal, 2012, p. 380. L'auteur fait référence à la notion de fratrie lorsqu'il évoque les similitudes entre sanction disciplinaire et sanction pénale.
[1362] Inversement le Conseil d'État a posé le principe selon lequel « *la circonstance que des poursuites pénales aient été engagées contre le requérant n'obligeait pas la section disciplinaire à surseoir à statuer sur les faits reprochés à ce médecin jusqu'à ce que le juge pénal se soit prononcé sur ces faits* », CE 13 mai 1974, n° 89704, Carpentier.

et déontologique d'autre part, l'interdépendance des différentes procédures peut parfois s'avérer utile.

Les conséquences de l'assimilation des fautes civile et déontologique seront premièrement abordées à l'aune du principe d'indépendance des juges (**section 1**) puis au regard des conséquences procédurales (**section 2**).

SECTION 1. LES CONSÉQUENCES LIÉES À L'INDÉPENDANCE DU JUGE JUDICIAIRE

342. Maintien de l'indépendance des juges. L'hypothèse d'une assimilation systématique entre faute civile et faute déontologique n'a pas pour conséquence de remettre en cause le principe de l'indépendance des juges. En effet, les procédures judiciaire et disciplinaire ne poursuivent, en principe, pas la même finalité. Alors que l'une vise à réparer le dommage causé, l'autre cherche avant tout à sanctionner l'auteur du dommage. L'article L. 4126-5 du code de la santé publique[1363] rappelle le principe d'indépendance des instances judiciaire et disciplinaire. Cet article dispose dans son n° 2 que l'exercice de l'action disciplinaire ne fait pas obstacle aux actions civiles en réparation d'un délit ou d'un quasi-délit. L'une des conséquences attachées à l'indépendance des instances judiciaire et disciplinaire est le principe d'absence d'autorité de la chose jugée entre elles (I). L'indépendance de l'instance judiciaire, à l'égard du pouvoir exécutif, est un principe fondateur du droit français consacré par la Constitution[1364]. L'indépendance est entendue comme la capacité d'une institution à ne pas être soumise à une autre, qui conserve son entière liberté de sujétion. Ce principe a contribué à l'indépendance des institutions judiciaires entres elles dans un premier temps, puis entre l'institution judiciaire et les autres formes de régulation sociales et/ou professionnelles à l'exemple du juge disciplinaire. L'assimilation partielle et systématique entre la faute civile et la faute déontologique n'a pas pour effet de remettre en cause l'indépendance du juge judiciaire

---

[1363] Art. L. 4126-5 CSP, « *l'exercice de l'action disciplinaire ne met obstacle :*
1° Ni aux poursuites que le ministère public ou les particuliers peuvent intenter devant les tribunaux répressifs dans les termes du droit commun ;
2° Ni aux actions civiles en réparation d'un délit ou d'un quasi-délit ;
3° Ni à l'action disciplinaire devant l'administration dont dépend le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme fonctionnaire ;
4° Ni aux instances qui peuvent être engagées contre les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes en raison des abus qui leur seraient reprochés dans leur participation aux soins médicaux prévus par les lois sociales ».

[1364] Art. 64 al. 1er « *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* ».

à l'égard du juge disciplinaire et inversement. Toutefois, dans l'hypothèse d'assimilation des fautes civile et déontologique présentée, il convient d'envisager des propositions d'aménagement au principe de l'absence d'autorité de la chose jugée au disciplinaire (II).

I. L'ABSENCE D'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU DISCIPLINAIRE

343. Précisions. L'autorité de la chose jugée a pour effet d'empêcher de statuer à nouveau sur un litige déjà tranché. Ce qui a été jugé est considéré comme acquis pour le juge ayant statué et pour les autres juges. La décision judiciaire s'applique telle qu'elle a été rendue, le litige prend fin. L'adage selon lequel « *le criminel tient le civil en l'état* » en était une parfaite illustration puisque le juge civil était contraint de surseoir à statuer en attente de la décision pénale[1365]. Reconnaitre une assimilation systématique entre la faute civile et la faute disciplinaire, c'est remettre en question l'indépendance du juge judiciaire à l'égard du juge disciplinaire. Pis encore, cela semble aller à contre-courant de l'objectif actuel de désengorgement des tribunaux et de réduction des délais de procédure. Néanmoins, force est de constater que la jurisprudence prend soin de consacrer et de rappeler que la décision du juge disciplinaire est sans influence sur une même procédure devant le juge civil (A) d'une part, et le juge pénal (B) d'autre part. Cette situation consacre de façon générale l'absence d'autorité de la chose jugée par une juridiction disciplinaire.

A. L'ABSENCE D'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU DISCIPLINAIRE SUR LE CIVIL

344. L'absence d'autorité de la sanction disciplinaire. L'autorité d'une chose jugée s'entend comme la force juridique attachée à un jugement. Il s'agit d'un principe du droit français qui traduit une présomption de vérité à l'égard du jugement rendu empêchant une nouvelle demande entre les mêmes parties et, par la même occasion, permet d'éviter les contrariétés entre les différents jugements. Les juridictions judiciaires rappellent régulièrement que la décision du juge disciplinaire ne lie pas le juge civil. Cela a été le cas dans une affaire

[1365] La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, modifie l'article 4 al.3 du CPP dispose désormais « *La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil* ».

où le juge de cassation a rejeté le moyen d'un médecin anesthésiste-réanimateur qui tendait à faire reconnaitre l'appréciation minime des faits opérée par le juge disciplinaire pour remettre en cause la gravité des faits reprochés ayant conduit à la résiliation de son contrat. En effet, dans cette affaire, le juge de cassation a considéré que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux* (…) »[1366].

Sur ce point, il est arrivé que des juges du fond s'essayent à reconnaitre à la décision disciplinaire une autorité de la chose jugée. En effet, la cour d'appel de Lyon avait décidé en 2004 que les « *motifs pris des fautes professionnelles ayant donné lieu à une sanction disciplinaire prononcée le 3 février 2000 par le conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes* »[1367] étaient suffisants pour justifier le licenciement du praticien. Cette position a été sèchement cassée. Les hauts magistrats ont rappelé que « *si la méconnaissance de dispositions du code de déontologie des chirurgiens-dentistes peut être invoquée par l'employeur à l'appui du licenciement pour faute grave d'un chirurgien-dentiste salarié, la décision prise par la juridiction ordinale quant à ce manquement et à sa sanction disciplinaire n'a pas autorité de chose jugée devant le juge judiciaire* »[1368]. La Cour de cassation se prononce ainsi afin de faire respecter l'indépendance des deux juridictions. En revanche, elle rappelle qu'un manquement au code de déontologie médicale peut servir d'appui à la décision de licenciement d'un praticien salarié[1369].

345. L'absence d'autorité de la décision judiciaire. L'absence d'autorité de la chose jugée entre le civil et le disciplinaire est également régulièrement rappelée par le juge disciplinaire. En effet, ce dernier a précisé qu'il ne lui appartenait pas de déterminer le montant des sommes à verser à titre de dommages et intérêts. Le juge disciplinaire précise que « *les jugements rendus en matière civile et frappés d'appel ne possèdent pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de la juridiction disciplinaire. En l'espèce, il n'appartient pas à celle-ci de se substituer au juge d'appel civil et de déterminer l'existence et le montant des sommes restant*

[1366] Cass. civ. 1re, 13 octobre 1998, n° 96-21.485, note Jamin Ch., « Vers la résolution unilatérale du contrat », *D.*, 1999, p. 197.
[1367] CA Lyon, 17 septembre 2004, n° 01/07102, *JurisData* n° 2004-255087.
[1368] Cass. soc., 7 novembre 2006, n° 04-47.683, *Bull.* V, 2006, n° 325, p. 315 ; *JurisData* n° 2006-035805 ; *JCP* 2007, p. 1245, note Bugada A. ; *Dr soc.* 2007, p. 104, obs. Savatier J.
[1369] Le manquement déontologique pouvant également être évoqué à l'appui d'une demande en dommages et intérêts dirigée contre un médecin. V. Cass. civ. 1re 18 mars 1997, n° 95-12.576, Audat, *Bull. civ.* I, n° 99, R. 1997, p. 273.

dues par le praticien en cause, à l'égard de la SCMM qu'il a quitté »[1370]. Cette décision marque le respect du juge disciplinaire à l'égard du principe d'indépendance entre les deux juridictions et du respect de l'autonomie simple des procédures entre elles. C'est au regard du respect de cette autonomie des procédures que le juge disciplinaire reconnait également que « *les litiges sur le fonctionnement des sociétés d'exercice constituées de médecins ou comprenant des médecins relèvent des tribunaux judiciaires* (…) »[1371] ; ce dernier n'ayant compétence que pour apprécier si les faits reprochés constituent un manquement aux règles déontologiques. Le juge disciplinaire ajoute que le fait que les juges judiciaires n'aient pas encore définitivement statué ne fait pas obstacle à sa compétence pour apprécier le comportement litigieux du praticien[1372]. Dans une autre affaire, un médecin généraliste avait été condamné solidairement avec la clinique à verser des dommages et intérêts à la famille de la victime décédée, dans le cadre d'une procédure civile. L'affaire a ensuite été portée devant le juge disciplinaire qui a décidé qu'aucune méconnaissance des obligations déontologiques ne pouvait être retenue à l'encontre du praticien étant donné que, la juridiction disciplinaire n'est pas tenue de suivre ni les appréciations du juge civil ni celles de l'expert[1373]. Dans une affaire similaire, le juge disciplinaire a également décidé que « *si le praticien a été déclaré civilement responsable par la juridiction civile des dommages subis par l'intéressée en raison d'un mauvais fonctionnement de l'appareil et a été condamné à l'indemniser en conséquence, l'exposé des faits relatés devant le juge disciplinaire ne révèle aucun manquement à la déontologie dont il se serait rendu coupable* »[1374]. En conséquence, le juge disciplinaire n'est pas tenu de surseoir

---

[1370] Ch. discipl. nat., 15 mai 2012, n° 11057, rejet.

[1371] Ch. discipl. nat., 26 septembre 2016, n° 12810 et 12811 « *Médecin biologiste associé avec plusieurs médecins et pharmaciens dans une SELARL, accusé par une des pharmaciennes biologistes (associée et co-gérante de la SELARL) d'avoir manqué d'indépendance professionnelle lors du vote de son exclusion. Si les litiges sur le fonctionnement des sociétés d'exercice constituées de médecins ou comprenant des médecins relèvent des tribunaux judiciaires, il appartient au juge disciplinaire d'apprécier si lors du déroulement des faits ayant conduit à l'exclusion de la pharmacienne, les règles de déontologie médicale ont été respectées. Alors même que les juges judiciaires n'ont pas encore définitivement statué, le juge disciplinaire peut, à bon droit, apprécier le comportement, du praticien au regard de ces règles* ».

[1372] Dans le même sens ch. discipl. nat., 2 mai 2012, n° 10995, « *Si les litiges de caractère civil et commercial qui opposent le requérant à un confrère sont encore pendants devant la juridiction judiciaire, cette circonstance ne saurait empêcher la chambre disciplinaire de l'ordre de se prononcer, en vertu de sa compétence légalement prévue, sur les manquements au code de déontologie médicale dont elle est saisie et dont l'objet et la portée sont distincts des litiges qui sont soumis à la juridiction judiciaire* ».

[1373] Ch. discipl. nat., 11 décembre 2014, n° 11948, « *Médecin généraliste a pris en charge dans la clinique où il exerce un patient âgé dont l'état s'est brutalement aggravé et qui a été transféré dans un service de réanimation où il est décédé le lendemain. A été condamné, solidairement avec la clinique, à verser des indemnités à la famille pour une perte de chance de survie évaluée à 20%. Aucune méconnaissance de ses obligations déontologiques ne peut être retenue à son encontre pour son comportement envers le patient. Annulation de la décision, la juridiction disciplinaire n'est tenue de suivre sur ces questions ni les appréciations du juge civil ni celles de l'expert* », rejet de la demande de sursis à statuer.

[1374] Ch. discipl. nat., 6 septembre 2010, n° 10626, rejet de la plainte.

à statuer lorsqu'une procédure devant le juge civil est en cours. C'est en effet ce qu'il a rappelé en décidant que « *la circonstance que le requérant ait formé une plainte avec constitution de partie civile à l'encontre du médecin-conseil qui avait procédé au contrôle de son activité n'est pas de nature à justifier un sursis à statuer* »[1375]. Bien qu'il s'agisse de deux professionnels dans cette affaire, la décision du juge disciplinaire démontre tout de même sa volonté de ne pas surseoir à statuer systématiquement lorsqu'une procédure civile est en cours.

Le juge disciplinaire entretient également des rapports étroits avec son homologue de la juridiction pénale. Ces rapports sont soumis au principe d'indépendance et de séparation des juridictions. Si, seules, les constatations matérielles observées par le juge pénal s'imposent au juge disciplinaire, ce dernier conserve une certaine autonomie lui permettant de se prononcer en dépit de la décision du juge pénal.

B. L'ABSENCE D'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU DISCIPLINAIRE SUR LE PÉNAL

346. La sanction disciplinaire ne lie pas le juge pénal. L'indépendance des poursuites pénale et disciplinaire, même lorsque les faits reprochés sont identiques, a été plusieurs fois rappelée[1376]. D'une part, par le juge disciplinaire lorsqu'il décide que « *les faits reprochés à un médecin et constituant des manquements à la déontologie peuvent à la fois recevoir une qualification pénale et faire l'objet de poursuites disciplinaires devant la juridiction ordinale. Toutefois, les procédures pénale et disciplinaire relèvent de dispositions législatives et réglementaires particulières et sont distinctes* »[1377]. Les procédures disciplinaires et pénales sont clairement distinguées, eu égard à leurs finalités, en principe différentes. D'autre part, le juge pénal rappelle également que la décision disciplinaire n'a pas autorité sur lui. En effet, dans une affaire où le praticien poursuivi tentait de faire valoir le rejet de la plainte de la

[1375] Section des assurances sociales du CNOM, 14 juin 2007, n° 4257, rejet de la demande de sursis à statuer.
[1376] Ch. discipl. nat., 17 septembre 2013, n° 11510, « *Les procédures pénales et disciplinaires sont indépendantes et, sans qu'il soit pour autant porté atteinte à aucun principe de règles de droit, des faits pénalement sanctionnés peuvent également donner lieu à sanction disciplinaire* » ; dans le même sens, 13 mai 2013, n° 11600 « *La procédure pénale et la procédure disciplinaire sont des procédures indépendantes. Selon la jurisprudence du Conseil d'État, il est interdit au juge disciplinaire d'ordonner un sursis à statuer au seul motif qu'il serait opportun d'attendre l'intervention de la décision pénale pour statuer* », rejet de la demande de sursis à statuer.
[1377] Ch. discipl. nat., 25 mai 2014, n° 11816, le juge disciplinaire ajoute que « *Dans ces conditions le juge disciplinaire n'est pas tenu d'appliquer les règles relatives à la qualification des faits par le juge pénal et la jurisprudence qui en découle. Par suite, le juge disciplinaire n'a pas à faire siennes les solutions apportées par le juge pénal au « recel d'informations », notamment médicales, qualification à laquelle se rattacherait, selon le requérant, le manquement au secret médical qui lui est reproché* », interdiction temporaire d'exercer.

partie civile devant la juridiction disciplinaire pour les mêmes faits, le juge pénal a répondu que « *la décision de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins de n'avoir pas donner suite à la plainte de Mme Y… est sans portée sur la procédure suivie devant le juge pénal* »[1378].

Indéniablement, l'absence d'autorité de la sanction disciplinaire sur la sanction pénale s'explique par leurs finalités respectives. Comme le rappelle M. Schwartz « *l'indépendance découle de la différence des législations et des qualifications qui peuvent être données aux mêmes faits* »[1379]. Pour autant, les rapports entre ces deux sanctions ont permis de révéler qu'elles peuvent mutuellement s'influencer.

347. Incidence de la sanction disciplinaire sur la sanction pénale : l'inexistence d'autorité de la chose jugée. L'absence d'autorité de la chose jugée au disciplinaire sur le judiciaire tient en principe à l'appréciation distincte des faits pouvant entrainer une sanction ou engager la responsabilité du praticien déviant. Le juge, qu'il soit civil, pénal ou disciplinaire, demeure indépendant dans la qualification des fautes. En revanche, si l'action civile et l'action disciplinaire se distinguent fondamentalement au regard de leur finalité, il en est différemment de l'action pénale et de l'action disciplinaire, toutes deux poursuivant une finalité répressive. En raison de leur caractère répressif respectif, « *il y a plus d'affinités entre l'action publique et l'action disciplinaire qu'entre celle-ci et une action civile* »[1380]. La similitude entre les deux sanctions étant fréquemment mise en avant[1381]. « *Il est certain que le juge pénal ne doit pas attendre l'issue d'une procédure disciplinaire pour statuer sur des faits dont il est saisi* »[1382]. En effet, rappelons que la sanction disciplinaire n'a aucune autorité de chose jugée sur la sanction pénale. En revanche, dans le cadre d'une action pénale, il est admis une autorité de chose jugée qui s'impose au juge disciplinaire sur la matérialité des faits[1383]. Le juge disciplinaire conserve sa liberté quant au quantum de la sanction à prononcer.

[1378] Cass. crim., 19 février 2014, n° 12-87.558.

[1379] Schwartz R., « Sursis à statuer disciplinaire et décision définitive du juge pénal », *RFDA*, 1994, p. 459.

[1380] Procureur Delange cité par Alardin J., et Castiaux J., *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence : une analyse des arrêts de la Cour de Strasbourg, de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation*, éd. Larcier, 2014, p. 18.

[1381] V. par exemple Décima O., « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ pénal*, 2012, p. 380.

[1382] Alardin J., et Castiaux J., *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence : une analyse des arrêts de la Cour de Strasbourg, de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation*, éd. Larcier, 2014, p. 66.

[1383] CE 30 décembre 2013, M. D., req. n° 35 6775 « *Considérant que l'autorité de la chose jugée ne s'impose aux juridictions des ordres professionnels qu'en ce qui concerne les constatations matérielles des faits que le juge pénal a retenues et qui sont le support nécessaire de sa décision* ».

Toutefois, la « *consanguinité* »[1384] entre sanction pénale et sanction disciplinaire du médecin ne justifierait-elle pas qu'il soit *a minima* admis que la sanction disciplinaire puisse exercer une influence sur la sanction pénale au regard de sa particularité ?

Une telle question peut sembler inappropriée au regard des contextes de mise en œuvre de ces sanctions. Cependant, elle n'est pas pour autant dénuée d'intérêts. En effet, « *si le droit disciplinaire applicable dans les institutions privées et publiques se distingue du droit pénal par la nature des organisations sociales au sein desquelles il est appelé à jouer, par les conduites humaines qu'il met en œuvre, il s'y apparente incontestablement par son caractère répressif* »[1385]. Bien que le tissu social duquel provient la sanction disciplinaire soit différent, la finalité poursuivie est la même, celle de sanctionner un comportement. En matière médicale, ce comportement dès lors qu'il est à la fois susceptible d'entrainer une sanction disciplinaire et une condamnation pénale, rien ne fait obstacle à ce que la sanction disciplinaire ne soit prise en compte par le juge pénal.

L'incidence de la sanction disciplinaire sur la sanction pénale peut davantage se justifier par le fait que la responsabilité pénale est en principe une responsabilité personnelle[1386]. Elle engage personnellement le praticien qu'il soit salarié, libéral ou agent de la fonction publique. En effet, le médecin salarié bénéficie d'une irresponsabilité civile fondée sur le régime de la responsabilité du commettant du fait du préposé[1387], de la même manière que le médecin, agent du service public, qui bénéficie aussi d'une immunité civile[1388]. En réalité, la responsabilité civile encourue par un médecin salarié ou agent de la fonction publique ne l'engage pas pécuniairement. Elle relève davantage du symbole puisque l'employeur, plus exactement son assureur, est celui qui verse à la victime les dommages et intérêts pour l'indemnisation de son préjudice. En revanche, une condamnation pénale engage personnellement le praticien, de même qu'une sanction disciplinaire.

Bien entendu, l'incidence de la sanction disciplinaire sur la sanction civile et/ou pénale ne trouverait à s'appliquer qu'à la double condition que la sanction disciplinaire soit prononcée en premier et que les faits reconnus fautifs par le juge disciplinaire le soient aussi par les juges judiciaires. Les manquements invoqués devant les juges judiciaire et disciplinaire caractérisent

---

[1384] « Sanction pénale et sanction disciplinaire font penser à deux sœurs (…) », Décima O., « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ pénal*, 2012, p. 380.
[1385] Pralus-Dupuy J., « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », *D.*, 1993, p. 135.
[1386] Art. 121-1 C. pén., « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».
[1387] Art. 1242 C. civ.
[1388] À condition que l'agent n'ait pas commis une faute détachable du service. Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

un même fait appréhendé par les différents régimes de responsabilité. L'identité des faits fautifs et l'identité de leurs qualifications par les différentes juridictions est indispensable. En l'état actuel du droit, tout porte à croire que l'incidence d'une décision disciplinaire sur une décision judicaire n'est que purement hypothétique, dans la mesure où aucun texte de droit ne la consacre. Admettre légalement une incidence de la décision disciplinaire sur la décision judicaire reviendrait à remettre en cause l'autonomie respective des juges judiciaire et disciplinaire et par conséquent, le principe d'autorité de la chose jugée.

348. Incidence de la sanction pénale sur la sanction disciplinaire : l'autorité de la chose jugée. Entre le disciplinaire et le pénal, l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose aux juridictions professionnelles en ce qui concerne les constations matérielles des faits[1389]. Le Conseil d'État a rappelé que le juge disciplinaire n'était pas tenu d'attendre l'issue de la procédure pénale simultanément en cours pour se prononcer[1390]. Le juge disciplinaire l'a également rappelé à plusieurs reprises. Dans une affaire, un praticien a été condamné en première instance concernant des faits de facturation d'actes fictifs, mais le juge pénal qui était saisi parallèlement a relaxé le praticien. La relaxe prononcée par le juge pénale eut autorité de chose jugée devant le juge disciplinaire, ce qui a entrainé le rejet de la plainte déposée par la CPAM[1391].

Dans une autre affaire, le juge disciplinaire a estimé que « *si, dans une précédente décision concernant les mêmes praticiens, la chambre disciplinaire nationale a fait allusion à un harcèlement et à des diffamations, elle ne s'est pas expressément prononcée sur les faits précis servant de fondement aux griefs tels qu'ils étaient formulés. Dans ces conditions, la chambre disciplinaire nationale peut, les examiner sans méconnaitre la chose jugée* »[1392]. Il s'agit d'une précision concernant les faits ayant déjà été jugés. Les faits constatés par le juge pénal s'imposent au juge disciplinaire tels qu'ils l'ont été. En revanche, l'autorité de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire n'exclut pas l'examen, par le juge disciplinaire, de certains faits qui ont été abordés dans une procédure pénale précédente sans que le juge pénal ne se soit prononcé sur ces faits. La simple « *allusion* » à certains faits dans une précédente affaire ne suffit pas à écarter la possibilité que le juge les examine.

[1389] CE 24 juillet 1987, n° 67969, *Lebon* 1987.

[1390] CE 28 janvier 1994, n° 126512, « *Considérant que s'il appartenait à la section disciplinaire d'ordonner, le cas échéant, toute mesure d'instruction en vue de compléter son information, elle ne pouvait, sans méconnaître sa compétence, subordonner comme elle l'a fait sa décision sur l'action disciplinaire à l'intervention d'une décision définitive du juge pénal* ».

[1391] Section des assurances sociales du CNOM, 16 décembre 2014, n° 5031, rejet.

[1392] Ch. discipl. nat., 25 septembre 2014, n° 11773, rejet.

Cette précision est nécessaire parce que, dans une affaire similaire, le juge disciplinaire s'est déclaré compétent pour apprécier des faits pour lesquels le praticien poursuivi avait été relaxé par le juge pénal. Il faut remarquer que le juge disciplinaire a pris soin de préciser qu'une décision de relaxe ne conduit pas « *nécessairement* » au rejet de la plainte[1393]. Dans une autre affaire, le juge disciplinaire avait décidé que les constations faites par le juge pénal, ayant entrainé la condamnation d'un praticien, s'imposaient à lui, et que, des lors, la requête d'un sursis à statuer déposée par le praticien devait être rejetée[1394]. Néanmoins, le juge disciplinaire précise que le fait que le juge pénal ait prononcé la plus grande sanction à l'encontre d'un praticien ne fait pas obstacle à ce qu'il apprécie les faits reprochés conformément au code de déontologie médicale[1395]. Dans cette affaire, le fait que la juridiction pénale ait prononcé la plus lourde[1396] sanction à l'encontre du praticien aurait pu laisser penser à l'inutilité d'une sanction supplémentaire de la juridiction disciplinaire. C'est d'ailleurs ce que le praticien requérant cherchait à faire valoir. Le juge disciplinaire en a décidé autrement, choisissant à son tour d'infliger la radiation comme sanction au comportement du praticien.

Par ailleurs, le juge disciplinaire a également eu l'occasion de préciser que « *les ordonnances de non-lieu rendues par le juge pénal, aux termes desquelles celui-ci considère comme non ou insuffisamment établis certains faits imputés ou prescrits, n'ont aucune autorité de la chose jugée à l'égard du juge ordinal disciplinaire* »[1397]. L'autorité de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire ne serait pas absolue, le juge disciplinaire conserve, dans certains cas, une possibilité d'apprécier et de

sanctionner si besoin les faits reprochés au praticien.

349. Le sursis à statuer. Il ressort des décisions disciplinaires et pénales que le juge disciplinaire n'est pas tenu de surseoir à statuer en attente de la décision du juge pénal et

---

[1393] Ch. discipl. nat., 13 janvier 2011, n° 10560, interdiction d'exercer pendant un an. « *La décision de la cour d'appel qui relaxe un praticien ne conduit pas nécessairement le juge disciplinaire à rejeter la plainte du conseil départemental sur les mêmes faits. Si un médecin a été relaxé des poursuites pénales engagées contre lui, l'autorité de la chose jugée, dont sont revêtues les décisions des juridictions répressives ne s'attachent qu'aux faits constatés par elles, ne fait pas obstacle à ce que le juge disciplinaire apprécie, au regard des obligations définies par le code de déontologie médicale, le comportement du médecin* ».

[1394] Section des assurances sociales du CNOM, 13 mars 2008, n° 4018, rejet de la demande de sursis à statuer.

[1395] Ch. discipl. nat., 03 mai 2012, n° 11062, « *La chambre disciplinaire peut se prononcer sur le caractère fautif du comportement d'un praticien au regard de la déontologie médicale alors même que le juge pénal a statué sur le cas de ce même praticien en le condamnant à une peine d'emprisonnement et en prononçant l'interdiction définitive d'exercer la médecine* », rejet, radiation.

[1396] Conformément à l'article L. 4124-6 CSP.

[1397] Ch. discipl. nat., 24 avril 2007, n° 9565, radiation ; dans le même sens, 14 avril 2014, n° 11870 « (…) *En outre l'autorité de la chose jugée, en matière pénale, ne s'attache qu'aux décisions des juridictions de jugement qui statuent sur le fond de l'action publique et que tel n'est pas le cas des ordonnances de non-lieu* », rejet.

inversement. En effet, les finalités et objets de la sanction disciplinaire se distinguent de celles de la sanction pénale. En conséquence, une procédure pénale en cours ne fait pas obstacle à ce que le juge disciplinaire se prononce sur la plainte dont il est saisi. Si la juridiction disciplinaire estime que « *les éléments que le dossier comporte la mettent en mesure de se prononcer, elle n'est pas tenue de surseoir à statuer en attendant les résultats des poursuites pénales* »[1398]. Alors que les procédures judiciaires et disciplinaires se distinguent fondamentalement, il existe des liens entre elles. La décision du juge disciplinaire ne bénéficie d'aucune autorité de la chose jugée ni sur le civil ni sur le pénal. Chaque juridiction demeure indépendante l'une de l'autre.

Dans le but d'améliorer les rapports entre les différentes sanctions et l'engagement de la responsabilité civile d'un praticien, il convient d'envisager des aménagements de procédure.

II. LES PROPOSITIONS D'AMÉNAGEMENT

350. Les aménagements au principe d'autorité de la chose jugée. Sans vouloir remettre en cause l'absence d'autorité de la chose jugée par le juge disciplinaire aussi bien au civil qu'au pénal, il convient toutefois d'apprécier autrement les rapports que peuvent entretenir ces différentes institutions. Les aménagements envisagés en matière d'autorité de la chose jugée par le juge disciplinaire tiennent compte du fait que la sanction disciplinaire intervienne préalablement à la décision judiciaire (A) ou postérieurement à celle-ci (B).

A. LA SANCTION DISCIPLINAIRE PRÉALABLE À LA DÉCISION JUDICIAIRE

351. L'intérêt de prendre en compte la décision disciplinaire pour le juge civil. Dans le cadre d'une procédure civile dirigée contre un médecin, le juge a déjà admis qu'une sanction disciplinaire puisse être invoquée par une partie à l'appui de sa demande en dommages et intérêts[1399]. Cette opportunité, accordée, sert bien évidemment la finalité indemnitaire de l'action en responsabilité civile. Elle a pour objectif d'accroitre les possibilités d'engager la responsabilité civile du praticien poursuivi et de réparer le dommage subi. Dans ce cas,

[1398] Ch. discipl. nat., 19 octobre 2012, n° 11237, rejet de la demande de sursis à statuer. Dans le même sens, 6 avril 2012, n° 11087, rejet, 1er juillet 2009, n° 10140, non-lieu à surseoir à statuer.
[1399] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, n° 95-12.576, Audat, *Bull. civ*. I, n° 99, R. 1997, p. 273.

l'« *appui* » de la décision disciplinaire ne peut intervenir qu'à une seule condition, que le juge disciplinaire ait statué préalablement au juge civil. Lorsque les faits reprochés sont susceptibles d'engager la responsabilité du praticien et d'être sanctionnés, la sanction disciplinaire intervenant avant la décision civile, son opportunité se justifie davantage et peut par conséquent être souverainement appréciée par le juge civil. Le droit à indemnisation des victimes des accidents médicaux s'en trouve renforcé.

En revanche, la situation est différente lorsque l'action disciplinaire est simplement en cours au moment où le juge civil est chargé de se prononcer sur les intérêts civils. Le juge civil n'est pas tenu de surseoir à statuer en attente de la décision du juge disciplinaire.

352. Présomption de vérité attachée à la sanction disciplinaire. Lorsque le juge disciplinaire a prononcé une sanction, la présomption de vérité attachée à cette décision est étroitement liée à sa compétence et sa légitimité à apprécier le manquement déontologique. En effet, eu égard à ses missions, le conseil de l'ordre des médecins est chargé de veiller au respect des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensable à l'exercice de la profession. Ces missions de contrôle sont assurées par l'intermédiaire des conseils et chambres disciplinaires de l'ordre[1400]. Le conseil national et les chambres disciplinaires détiennent par conséquent, en vertu d'une loi, la légitimité d'apprécier les comportements déviants des praticiens et d'en prononcer les sanctions adéquates. Le Conseil d'État a par ailleurs reconnu que le conseil national de l'ordre des médecins « *a qualité pour satisfaire aux fins qui lui ont été assignées par le législateur, à mener, dans le respect de la légalité, les actions qu'il juge utiles à la défense des règles de déontologie dont il est le gardien* »[1401]. Cette légitimité, rendant la justice disciplinaire totalement autonome par rapport au système judiciaire, fait par conséquent peser sur elle, une présomption de vérité attachée à la décision disciplinaire. Il est question de considérer que la décision disciplinaire qui sanctionne un comportement contraire au code de déontologie médicale, ayant causé un dommage au patient, puisse être admise par le juge civil. Cette admission devrait, de surcroît être tolérée, lorsque le litige qui oppose le praticien au patient concerne l'appréciation d'un comportement lié à la technique médicale. Le juge civil est, lui-même, susceptible de recourir à l'expertise médicale pour apprécier la faute technique[1402]. L'appréciation de la faute technique

[1400] Art. L. 4121-2 CSP.
[1401] CE 22 juillet 1977, n° 04789, *Lebon* 1977.
[1402] V. *supra* n° 169, 171.

qualifiée par le juge disciplinaire devrait, en conséquence, pouvoir bénéficier d'une présomption de vérité qui légitimerait sa prise en compte par le juge civil.
À titre d'exemple, le juge de cassation a déjà admis, sur une question de sanction disciplinaire notariale, que la présence du président de la chambre de discipline des notaires devant la cour d'appel, en sa qualité de « *sachant* », vise à informer le juge sur les spécificités de la profession de notaire et de son exercice[1403]. Cette position peut sans doute également s'appliquer en ce qui concerne la discipline médicale puisque si le praticien, expert médical, en sa qualité de sachant peut informer et orienter le juge dans la qualification de la faute civile médicale, notamment technique, libre à lui d'en décider et d'y reconnaître une présomption de vérité. À ce sujet, certains rappellent la nécessité des mesures d'instruction pour éclairer le juge par les lumières du technicien. Ils font également le constat selon lequel « *quand le litige à trancher a pour cause la recherche d'une responsabilité médicale, l'expertise est concrètement la seule voie ouverte pour la vérification des faits dont le caractère dommageable est débattu* »[1404].

353. Simplification des modalités de preuve devant le juge civil. La prise en compte de la décision disciplinaire ayant, préalablement, sanctionné un praticien indélicat, ne peut-elle pas être un moyen de simplifier les moyens de preuve pour le patient dans son action civile ? Comme il a déjà été présenté, l'hypothèse d'une assimilation entre la faute civile et la faute déontologique, a pour finalité de protéger les intérêts du patient victime. La protection des intérêts du patient, notamment l'objectivation de sa réparation, commande que ce dernier puisse être facilité dans la production des preuves[1405] qui lui incombe dans l'action en responsabilité civile médicale[1406].
Si la prise en compte de la sanction disciplinaire par le juge civil dans le cadre d'une action en responsabilité peut, *a minima*, se justifier lorsque cette sanction a été prononcée préalablement à la décision judiciaire, il en est autrement du cas où elle intervient postérieurement à la décision judiciaire.

[1403] Cass. civ. 1re, 15 mars 2017, n° 16-10.046, FS-PB, *Defrénois* 15 juin 2017, n° 126u5, p. 693.
[1404] Gillet J.-L., « La croisée des savoirs – Coup de vent sur l'expertise médicale ? », *Les cahiers de la justice*, 2019, p. 163.
[1405] Comme cela a été fait en matière d'obligation d'information, art. L. 1111-2 al. 7 CSP « *En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen* ».
[1406] Art. 1353 C. civ.

B. LA SANCTION DISCIPLINAIRE POSTÉRIEURE À LA DÉCISION JUDICIAIRE

354. L'intérêt de surseoir à statuer. Dans le cas où la sanction disciplinaire intervient postérieurement à celle du juge judiciaire, le principe est celui de l'absence d'autorité de la chose jugée dont il a déjà été question. Il convient, par conséquent d'insister à présent sur la possibilité pour juge disciplinaire de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision judiciaire, notamment pénale.

355. Le sursis à statuer facultatif du juge disciplinaire. Certaines décisions disciplinaires mettent en avant la possibilité laissée au juge disciplinaire de surseoir à statuer pour une bonne administration de la justice. Il s'agit d'une faculté que le juge disciplinaire apprécie souverainement compte tenu de l'indépendance des poursuites pénale et disciplinaire. En effet, dans une affaire, le juge disciplinaire avait décidé que « *s'il appartient en principe au juge disciplinaire de statuer sur une plainte dont il est saisi sans attendre l'issue d'une procédure pénale en cours concernant les mêmes faits, il peut, cependant, décider de surseoir à statuer*[1407] *jusqu'à la décision du juge pénal lorsque cela parait utile à la qualité de l'instruction ou à la bonne administration de la justice* »[1408]. L'utilité peut commander au juge disciplinaire de surseoir à statuer lorsqu'une procédure pénale est en cours pour les mêmes faits. Cette faculté reconnue au juge disciplinaire n'a pas pour effet de méconnaitre l'indépendance des poursuites entre la juridiction pénale et la juridiction disciplinaire. Elle vise au contraire une bonne administration de la justice. Dans une autre affaire, une décision disciplinaire a été annulée pour « *méconnaissance du principe d'indépendance des poursuites pénales et disciplinaires* » parce qu'elle « *indique ne pas regarder comme incontestables que certains griefs, « compte tenu de ce que le jugement pénal qui fonde les présentes poursuites est frappé d'appel* ». Il appartenait à la chambre disciplinaire, sans attendre les résultats de l'appel pénal, et sauf à surseoir à statuer si elle l'estimait nécessaire pour une bonne administration de la justice, de se prononcer sur l'ensemble des manquements invoqués par le conseil départemental[1409]. Il est possible que le juge disciplinaire sursoit à statuer lorsqu'une procédure pénale est en cours pour les mêmes faits.

[1407] Nous soulignons.
[1408] CE 30 décembre 2014, n° 381245, *Lebon* ; *AJDA* 2015, p. 749, chron. Lessi J. et Dutheillet de Lamothe L. ; *RFDA* 2015, p. 67, concl. Keller R.
[1409] Ch. discipl. nat., 07 décembre 2015, n° 12390, annulation et révocation.

En revanche, une décision disciplinaire peut toutefois être annulée parce qu'elle s'est basée sur des faits jugés en appel par un juge pénal dont la décision a finalement été cassée. Le juge disciplinaire considère que « *doit être annulée la décision de la chambre disciplinaire de première instance fondée sur la matérialité des faits constatés par une cour d'appel* ». Apres cassation et renvoi, une nouvelle cour a, par un arrêt rendu postérieurement à la décision de la chambre, relaxé le praticien. Au nom de l'autorité de la chose jugée du pénal sur le disciplinaire, les faits, tels qu'ils avaient été matériellement constatés par la chambre de première instance, ne peuvent désormais plus servir de fondement juridique à la décision de la chambre nationale[1410].

Par ailleurs, une décision disciplinaire peut être annulée lorsqu'elle a été prise sur des faits ayant donné lieu à une relaxe par le tribunal correctionnel en ces termes, « *le jugement devenu définitif du tribunal correctionnel, intervenu postérieurement à la décision attaquée, ayant relaxé le praticien du chef d'inculpation de violation du secret professionnel, au motif que l'appréciation portée publiquement par le praticien sur l'état de santé mental de la plaignante ne repose pas sur une information qu'il a pu recueillir dans l'exercice de sa profession de rhumatologue, fait obstacle à ce que la SD[1411] puisse retenir à sa charge une violation de l'article 4 du code de déontologie* »[1412].

356. Conditions du sursis à statuer. Au sujet de la possibilité du juge disciplinaire de surseoir à statuer en attente de la décision du juge pénal, certains auteurs ont mis en avant deux conditions qui pourraient encourager ce sursis. La première condition est celle de « l'identité stricte » des faits reprochés devant les deux juridictions. La deuxième condition tient à la nécessité pour le juge disciplinaire de compléter son information par les résultats de l'action pénale, évitant un risque de contrariété entre les deux juridictions[1413]. À ces deux conditions, il convient d'ajouter une troisième, qui correspond à la spécificité du sujet. Celle de la nécessité que les actions mettent en jeu la responsabilité d'un professionnel de santé à l'égard d'un patient ; c'est-à-dire que le juge disciplinaire est encouragé à surseoir à statuer lorsque sont discutés devant le juge judiciaire les intérêts du patient. L'action civile doit effectivement mettre en jeu la responsabilité d'un praticien à l'égard d'un patient.

[1410] Ch. discipl. nat., 13 janvier 2011, n° 10560, annulation et révocation.
[1411] Section disciplinaire.
[1412] Ch. discipl. nat., 07 juin 2000, n° 7099, relaxe sur ce grief.
[1413] V. Schwartz R., « Sursis à statuer disciplinaire et décision définitive du juge pénal », *RFDA*, 1994, p. 459.

Cette faculté du juge disciplinaire de pouvoir apprécier la nécessité de surseoir à statuer participe au maintien de son autonomie et de son indépendance à l'égard des juridictions judiciaires.

357. Le maintien de l'autonomie du juge ordinal. Dans une décision, le juge disciplinaire rappelle que « *si les constations de fait, opérées par les juridictions répressives à l'appui d'une décision de condamnation s'imposent, avec l'autorité absolue de la chose jugée, aux juridictions disciplinaires, il appartient, en revanche, à celles-ci de qualifier les faits constatés au regard des exigences déontologiques et d'en déterminer la sanction encourue* »[1414]. Cette position du juge disciplinaire met en avant la part d'autonomie que celui-ci entend conserver, même lié par l'autorité de la chose jugée au pénal, il lui revient de fixer la sanction disciplinaire relative à ces constations. En conservant le monopole de la sanction disciplinaire le juge ordinal garantit, au groupe professionnel, la pérennisation de la justice des pairs. Une autre décision ordinale rappelle l'autonomie du juge disciplinaire, « *les faits constatés par le juge pénal s'imposent aux juridictions disciplinaires avec l'autorité de la chose jugée. Il appartient à celles-ci de qualifier les faits au regard des obligations déontologiques des médecins, indépendamment de leur qualification pénale* »[1415]. Dans une décision plus récente, le juge disciplinaire a tenu à rappeler que la matérialité des faits constatés par la juridiction pénale est « sans incidence directe » sur l'appréciation desdits faits au regard des dispositions du code de déontologie et sur la gravité de la sanction à prononcer en application du code de la santé publique[1416].

A travers la question de l'assimilation des fautes civile et déontologique, celle de l'indépendance des juges disciplinaire, civil et pénal est également abordée. Si des aménagements au principe d'autorité de la chose jugée sont proposés, il convient également de mettre en lumière les conséquences qu'ils peuvent entrainer au niveau de la procédure.

[1414] Ch. discipl. nat., 15 juin 2006, n° 9347, compétence de la section disciplinaire ; dans le même sens 05 juillet 2000, n° 7201.

[1415] Ch. discipl. nat., 29 mars 2001, n° 7647, rejet. Dans le même sens, 7 novembre 2008, n° 9971, « *Si les constatations de fait opérées par les juridictions répressives à l'appui d'une décision de condamnation s'imposent, avec l'autorité absolue de la chose jugée, aux juridictions disciplinaires, il appartient, en revanche, à celles-ci de qualifier les faits constatés au regard des exigences déontologiques et de déterminer la sanction encourue* », rejet.

[1416] Ch. discipl. nat., 16 mars 2018, n° 13303, interdiction d'exercer de dix-huit mois, dont six mois de sursis.

SECTION 2. LES CONSÉQUENCES PROCÉDURALES DE L'ASSIMILATION DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE

358. Les risques de prolongation des délais judiciaires. Alors que les procédures judiciaires et ordinales sont soumises au principe d'indépendance des actions, se pose la question des conséquences que peut avoir l'assimilation des fautes civile et déontologique en pratique. En effet, les délais de procédure étant relativement longs en matière judiciaire[1417], il n'est pas opportun de les prolonger à nouveau. Les rapports entre la responsabilité civile et la déontologie médicale ayant déjà été mis en évidence, seuls seront abordées les conséquences pratiques issues de leurs rapports en termes de procédure. Les procédures disciplinaire et judiciaire n'étant pas les mêmes, avec des finalités en principe différentes. Des interférences entre elles ne sont toutefois pas exclues.

Ces interférences enfermées dans le principe d'indépendance des actions interrogent précisément sur deux points. D'une part, sur les interactions entre les procédures disciplinaire et judiciaire (I), et d'autre part, sur l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire (II).

I. LES INTERACTIONS ENTRE LES PROCÉDURES DISCIPLINAIRE ET JUDICIAIRE

359. Interaction des procédures. Les interactions entre les procédures disciplinaire et judiciaire sont abordées à travers la question de la transmission de la décision judiciaire au juge disciplinaire d'une part, (A) et d'autre part, celle relative à l'incompétence du juge disciplinaire à statuer sur une demande en réparation du dommage causé (B).

[1417] Selon un rapport du ministère de la justice de janvier 2014, 95% des français trouvent la justice trop lente, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_infostat125_20140122.pdf. Selon les statistiques présentés par le ministère de la justice en octobre 2018, entre l'infraction et la condamnation, il s'écoule en moyenne 20,1 mois pour 75%, 11,3 mois pour 50% et 3,9 mois pour 25% des affaires en matière de contentieux civils, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf.

A. LA TRANSMISSION DE LA DÉCISION JUDICIAIRE AU JUGE DISCIPLINAIRE

360. Le principe de l'indépendance des procédures. Les procédures disciplinaire et judiciaire sont indépendantes, pour autant, eu égard à la pluri-responsabilité à laquelle un praticien s'expose, il n'est pas rare que plusieurs procédures pour un même fait soient en cours devant des juridictions différentes. Dans ce cas, se pose la question de la nécessité de transmettre ces décisions aux différentes juridictions. Il est constamment rappelé que l'action judiciaire n'exclut pas la compétente du juge disciplinaire. Ce dernier a par exemple décidé que « *la circonstance que le litige relatif au licenciement du praticien plaignant ait fait l'objet de la part de ce dernier d'une action devant le juge judiciaire ne saurait exclure la compétence de la juridiction disciplinaire pour connaître du comportement du requérant dans ses relations avec son confrère à l'occasion de la plainte que ce dernier a déposée à son encontre, lui reprochant des manquements à la déontologie médicale* »[1418]. Dans le même ordre d'idée, le juge disciplinaire est compétent pour se prononcer dans une affaire où les plaignants ont été indemnisés de leur préjudice dans le cadre d'une procédure transactionnelle de la part de la compagnie d'assurance[1419]. Néanmoins, l'indépendance des actions disciplinaire et judiciaire permet-elle que le juge judiciaire ordonne la transmission de sa décision au juge disciplinaire ?

361. La négation prononcée par la Cour de cassation. La réponse a été donnée par les hauts magistrats qui ont apporté une précision au principe d'indépendance des procédures judiciaire et disciplinaire. Dans une affaire publiée, un praticien a été condamné à trente mois d'emprisonnement pour des faits d'agression sexuelle sur mineur, le juge a décidé également la transmission de la décision à l'ordre national des médecins en vue d'une sanction disciplinaire. Entre autres moyens, le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir prononcé cette transmission à l'ordre national des médecins. L'arrêt a été cassé sur ce chef, les juges ont décidé que cette mesure ne constituait ni une peine ni une condamnation civile qui, de plus, n'est pas légalement prévue[1420].

[1418] Ch. discipl. nat., 11 septembre 2015, n° 12253, rejet.
[1419] Ch. discipl. nat., 15 septembre 2016, n° 12631, interdiction temporaire d'exercer, « *Si les plaignants ont reçu une indemnisation du préjudice subi par eux à la suite de la faute commise par le praticien dans le cadre d'une procédure transactionnelle de la part de la compagnie d'assurance du praticien, cet accord ne peut les priver de la possibilité qu'ils tiennent des dispositions du code de la santé publique d'engager une procédure disciplinaire à l'encontre de ce praticien pour les manquements au code de déontologie médicale* ».
[1420] Cass. crim., 25 mai 2016, n° 15-81.511, n° 15, *D.*, note Aubert D.

La transmission d'une décision judiciaire à la juridiction disciplinaire est une décision illégale. Si la décision ne choque pas au regard de son illégalité[1421] et de sa contradiction au principe de légalité des peines[1422], elle interroge sur l'opportunité d'une telle transmission. En effet, dans cette affaire, où le praticien a été condamné pour agression sexuelle aggravée par la juridiction pénale, il est fort probable qu'il ait également été par la juridiction disciplinaire au regard de l'autorité de la chose jugée attachée à la matérialité des faits constatés par la juridiction pénale. La gravité des faits reprochés peut commander que ceux-ci soient également et rapidement sanctionnés par la juridiction disciplinaire, afin de mettre le praticien hors d'état de nuire. La transmission au juge disciplinaire avait, semble-t-il, vocation à l'interpeller sur la nécessité d'une sanction. Cette initiative, certes illégale, était au demeurant louable et de nature à fluidifier les rapports entre les deux juridictions.

Cependant, cette transmission est admise lorsque le praticien indélicat est condamné pour un fait autre qu'un crime ou un délit contre la Nation. En effet, aux termes de l'article L. 4126-2 du code de la santé publique « *lorsqu'un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme a été condamné par une juridiction pénale (...) l'autorité judiciaire avise obligatoirement et sans délai le conseil national de l'ordre de toute condamnation, devenue définitive (...)* » Il est possible de constater qu'il existe bien une obligation de transmission de la décision judiciaire au conseil de l'ordre. Dans la décision précitée, il semble que la cassation se justifiait du fait que, la transmission au conseil national ait été ordonnée dans la décision même alors que seules les mesures applicables à l'infraction doivent y figurer. Les moyens licites de transmission de la décision judiciaire au conseil de l'ordre, permettent au juge disciplinaire de prononcer l'éventuelle sanction. Certains auteurs qualifient cette transmission de la décision judiciaire à la juridiction disciplinaire comme étant une « *mesure de sûreté* », qui ne doit pas conduire les tribunaux à éluder cette prohibition dans le seul intérêt de réparer la partie civile[1423]. Autrement dit, les tribunaux doivent s'en tenir au caractère illégal de la transmission de la décision judiciaire aux juridictions ordinales. La question serait évidemment différente si le législateur venait à légiférer dans le sens d'une autorisation de transmission des décisions judiciaires devant le juge disciplinaire.

[1421] Violation de l'article 485 al. 3 CPP.
[1422] Art. 111-3 C. pén.
[1423] Detraz S., « Pas de peine, ni d'autres mesures, sans loi », *Gaz. Pal.*, 19 juillet 2016, n° 271g3, p. 48.

Les interactions entre les procédures judiciaire et disciplinaire qui sont soumises au principe d'indépendance des actions ont permis au juge disciplinaire de se prononcer sur la question de sa compétence à se prononcer sur les intérêts civils.

B. L'INCOMPÉTENCE DU JUGE DISCIPLINAIRE À STATUER SUR LES INTÉRÊTS CIVILS

362. Précisions. La procédure disciplinaire vise à sanctionner directement et personnellement le praticien dès lors qu'il a manqué à un devoir déontologique. La victime, qu'elle soit le patient ou un autre professionnel, ne peut espérer être réparée de son préjudice par le juge disciplinaire.

363. L'incompétence du juge disciplinaire concernant des sanctions pécuniaires. Le juge disciplinaire rappelle régulièrement son incompétence à se prononcer sur les intérêts civils entre les parties, notamment sur les questions financières. Par exemple, dans une affaire où un psychiatre était mis en cause, il a précisé l'« *incompétence de la juridiction disciplinaire pour connaître des conclusions portant sur une demande de condamnation du praticien à verser 150 euros pour diffamation, 21098,78 euros à titre de sanction pécuniaire et 5000 euros au titre de dommages et intérêts* »[1424]. Le juge disciplinaire se déclare incompétent à trancher les questions qui ne relèvent pas de l'application des règles du code de déontologie médicale. Les questions relatives au partage de dividende entre deux associés d'une SARL[1425], aux indemnités versées par une assemblée générale d'une SCI[1426], à la mise en danger par un outil professionnel

[1424] Ch. discipl. nat., 27 mars 2015, n° 12103, rejet de la plainte. Dans le même sens, 12 juin 2012, n° 11192, « *Irrecevabilité de la demande de condamnation du praticien à payer à la plaignante une somme de 1000 euros « pour le préjudice subi », de telles conclusions, relèvent de la compétence du juge civil et sont irrecevables devant le juge disciplinaire* ».

[1425] Ch. discipl. nat., 11 avril 2012, n° 11063, rejet, « *Incompétence du juge disciplinaire pour trancher un litige d'ordre civil relatif au partage entre deux praticiens des dividendes de la SARL au sein de laquelle ils exercent. La seule circonstance qu'ils soient en désaccord sur la date d'effet des stipulations de l'acte de cession des parts et que l'un refuse en conséquence de verser au second la fraction des dividendes correspondant à la période de l'année en cause ne constitue pas un manquement au devoir de probité* ».

[1426] Ch. discipl. nat., 05 juillet 2012, n° 11120, recevabilité de la plainte, « *Incompétence de la juridiction ordinale pour se prononcer sur le bien-fondé de rémunérations versées par l'assemblée générale d'une SCI à certains de ses associés, litige qui ressortit à la compétence de la juridiction civile. En revanche, compétente de la juridiction ordinale pour statuer sur les plaintes dont elle est saisie relatives à des manquements qui auraient été commis par des médecins aux prescriptions du code de déontologie médicale* ».

ou encore du patrimoine social d'une SEL[1427], ne relèvent pas de la compétence du juge disciplinaire mais de celle du juge judiciaire.

Outre, l'indépendance des actions disciplinaire et judiciaire, notamment civile, le juge disciplinaire se révèle incompétent à se prononcer sur les intérêts pécuniaires de la partie civile. Cette incompétence peut encore se justifier au regard de l'absence d'expertise dans l'action disciplinaire.

364. L'absence d'expertise dans la procédure disciplinaire. La procédure disciplinaire, qui vise la sanction du comportement déviant d'un praticien, n'a pas vocation à réparer les dommages causés. En effet, la procédure disciplinaire ne comporte pas d'expertise médicale permettant d'évaluer le dommage. Si cette absence ne surprend pas eu égard, encore une fois, à la finalité de la sanction disciplinaire, elle peut toutefois surprendre. D'abord, cette absence surprend parce que la procédure disciplinaire est largement menée par des praticiens qui, au regard de leurs compétences professionnelles, pourraient examiner la victime en vue de donner un avis d'expert. Cela est d'autant plus vrai que pour les profanes n'importe quel médecin pourrait se prononcer sur le respect des règles de l'art en fonction de sa spécialité. Ensuite, cette absence surprend, parce qu'elle laisserait penser et croire que la procédure disciplinaire se passe totalement d'une expertise. Il n'en est rien. En effet, de nombreuses décisions disciplinaires font référence soit à l'expertise médicale diligentée dans le cadre d'une procédure de conciliation présentée devant une CCI[1428], soit à celle de l'action pénale. Cela a été le cas dans une affaire où la plainte, contre un spécialiste en ophtalmologie était poursuivi pour manquement à l'article 32 du code de déontologie médicale. La demande a été rejetée. Le juge disciplinaire a en effet considéré qu' « *il ressort des pièces du dossier, et, notamment, du rapport de l'expert commis par la commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux du Nord, que le Dr A, qui disposait des titres, et des compétences, requis pour la prise en charge de Mme B, s'est conformé*[1429]*, dans cette prise en charge, qu'il s'agisse des diagnostics pratiqués, des opérations chirurgicales réalisées et du suivi médical assuré, aux obligations résultant des dispositions précitées à l'article R. 4127-32* »[1430]. Dans une autre

[1427] Ch. discipl. nat., 22 mars 2011, n° 10712, rejet, « *Les griefs portant sur la mise en danger tant de l'outil professionnel que du patrimoine social d'une SEL de biologie médicale par la cession d'actions, la transformation de la société et l'exclusion des associés professionnels qui seraient intervenues dans des conditions irrégulières ne sont pas du ressort du juge disciplinaire mais sont de nature civile ou commerciale* ».
[1428] Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux.
[1429] Nous soulignons.
[1430] Ch. discipl. nat., 9 février 2018, n° 13178, rejet de la plainte.

affaire, concernant le respect du secret professionnel, la chambre disciplinaire de première instance avait sursis à statuer afin de « *prendre connaissance du rapport des experts commis dans l'instance pénale* »[1431] pour se prononcer. L'appel interjeté par le praticien a alors été rejeté par la chambre nationale. Alors que l'expertise est absente de la procédure, le juge peut toutefois y avoir recours pour apprécier le comportement du praticien. Il semblerait que celle-ci ne soit pas totalement inutile, bien au contraire. Enfin, cette absence surprend subjectivement car elle serait largement de nature à renforcer la présomption de vérité attachée à la décision disciplinaire précédemment évoquée. Pour toutes ces raisons, il convient de considérer cette absence d'expertise médicale dans la procédure disciplinaire, comme étant une limite à la prise en compte de la décision disciplinaire par le juge judiciaire, notamment civil. Elle apparait *in fine* comme l'une des raisons pouvant encore à ce jour minimiser l'influence d'une décision disciplinaire sur la responsabilité civile médicale. Il serait opportun d'espérer un changement dans ce sens.

En termes de procédure, il est également à noter la particularité de l'action disciplinaire dirigée contre un praticien libéral. Cette particularité fait référence à l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire.

II. L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DE L'ACTION DISCIPLINAIRE

365. L'exception en droit français. L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire fait exception en droit français dans la mesure où celui-ci a toujours expressément prévu d'enfermer les actions judiciaires dans un certain délai. En 1955, le Conseil d'État avait affirmé qu'aucun « *texte n'enferme dans un délai déterminé, l'exercice de l'action disciplinaire* »[1432]. À titre d'exemple, l'action en réparation d'un préjudice corporel se prescrit par dix ans à compter de la date de consolidation du dommage[1433]. Or, en matière disciplinaire, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution le premier alinéa de l'article 23 la loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques[1434]. Il a en effet rappelé que « *ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative n'enferment dans un délai déterminé l'exercice de*

[1431] Ch. discipl. nat., 26 juin 2014, n° 11607, rejet de la plainte.
[1432] CE ass., 27 mai 1955, Deleuze, *D.*, : *Lebon*, p. 276 ; *AJDA* 1955. II. 275, concl. Laurent P.
[1433] Art. 2226 C. civ.
[1434] Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

l'action disciplinaire »[1435]. Cette décision traitant de l'action disciplinaire dirigée contre un avocat est transposable à l'action disciplinaire dirigée contre un médecin. La décision du Conseil constitutionnel relance le débat selon lequel l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire porterait atteinte aux droits de la défense, à la sécurité juridique ainsi qu'au droit à la sûreté. Déjà en 2011, le Conseil constitutionnel avait décidé qu'« *aucune loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 n'a fixé le principe selon lequel les poursuites disciplinaires sont nécessairement soumises à une règles de prescription* »[1436], relativement à l'action disciplinaire dirigée contre un vétérinaire et docteur vétérinaire.

Ces deux décisions du Conseil constitutionnel permettront d'aborder la question de l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire dirigée contre un médecin dans la mesure où elle limite ou avantage la prise en compte des règles déontologiques dans le raisonnement judiciaire.

366. L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire : un avantage pour les victimes. D'une part, l'avantage de l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire dirigée contre un médecin profite très certainement aux patients victimes ayant subi les manquements déontologiques à l'origine de leurs dommages. Pour cette raison, il sera toujours opportun d'intenter une action disciplinaire contre le praticien. La sanction est indéfiniment assurée contre les comportements déviants. D'autre part, l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire serait avantageuse pour la profession médicale. Elle a vocation à préserver indéfiniment l'honneur et la probité de celle-ci aux yeux de l'opinion publique, notamment aux yeux d'une société en quête de responsabilités. Dans ce cas, la profession redore son image et contribue à l'effectivité de l'autorité des règles déontologiques. La possibilité de sanctionner un praticien déviant constitue une garantir à la fois pour le patient et l'ensemble de la profession. En matière de violation du secret professionnel[1437], l'action pénale se prescrit par trois ans à compter de la divulgation de l'information à tiers. Or, l'action disciplinaire ouverte indéfiniment fait peser sur les praticiens une « épée de Damoclès ». Cette pression permanente oblige dans une certaine mesure les praticiens à respecter les règles déontologiques pour s'éviter une sanction.

[1435] Cons. const., 11 octobre 2018, n° 2018-738, QPC, ECLI:FR:CC:2018:2018.738.QPC, Pascal D.: JO n° 0236, 12 octobre 2018, texte n° 75, Absence de prescription des poursuites disciplinaires contre les avocats.
[1436] Cons. const., 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC, ECLI:FR:CC:2011:2011.199.QPC, Michel G. : JO 26 novembre 2011, texte n° 73, Discipline des vétérinaires.
[1437] Art. 226-13 C. pén.

367. L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire : une limite. L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire peut s'entendre comme une limite à la prise en compte des règles déontologiques par le juge judiciaire car elle attenue considérablement l'assimilation avec le droit pénal eu égard à leur caractère répressif. L'action disciplinaire imprescriptible laisserait penser qu'elle serait plus sévère que l'action pénale. En outre, l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire serait une limite à la prise en compte des sanctions du juge disciplinaire par le juge judiciaire. En effet, il est en principe difficile de faire coïncider les actions disciplinaires et judiciaires. Si l'une est imprescriptible et l'autre non, l'action soumise à un délai précis est priorisée au détriment de l'autre. Ce, d'autant plus que l'action devant le juge civil visant la réparation intégrale du patient, ce dernier privilégie l'action réparatrice au détriment de l'action répressive. Dans ces conditions, il est également peu intéressant de faire bénéficier à l'ensemble des décisions disciplinaires une autorité absolue de la chose jugée, cela prolonge les délais de procédure et retarde l'éventuelle réparation de la victime.

Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur l'opportunité du maintien de l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire. À ce propos, une question a été posée à l'ancienne ministre de la Santé, Mme Agnès Buzyn. En effet, M. Charon, sénateur républicain, avait attiré l'attention de la ministre sur l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire des professionnels de santé[1438]. À ce jour, la question n'a toujours pas eu de réponse. Toutefois, la loi sur la déontologie des fonctionnaires[1439] qui institue un délai de prescription de l'action disciplinaire[1440] laisserait penser que les choses soient susceptibles d'évoluer. Cette évolution

---

[1438] Question écrite n° 03595 de M. Pierre Charon (Paris - Les Républicains) publiée dans le JO, Sénat du 01/03/2018, p. 933
M. Pierre Charon attire l'attention de Mme la ministre des Solidarités et de la santé sur l'absence de délai de prescription concernant l'action disciplinaire des professionnels de santé. En effet, à ce jour, aucune disposition législative et réglementaire n'enferme l'action disciplinaire dans un délai, comme le soulignent régulièrement le conseil d'État mais également les juridictions ordinales (V. par exemple, ch. discipl. nat., 26 juin 2013, Dr Raymond L, n° 11464). Cela implique l'imprescriptibilité des contentieux relatifs aux manquements disciplinaires des professionnels de santé. Ces derniers sont ainsi dans une situation d'insécurité juridique tout au long de leur carrière, ce qui est particulièrement inique. Le Conseil constitutionnel a déjà été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) concernant cette absence de précision à l'occasion de contentieux relatifs au droit disciplinaire des vétérinaires. Cependant, faute de dispositions constitutionnelles imposant des règles de prescription des poursuites en matière disciplinaire (CC, 25 novembre 2011, M. Gourmelon, n° 2011-199 QPC, cons. 5), il n'a pas été en mesure de censurer cette absence. Seul le législateur pourrait combler une telle carence. Il l'a d'ailleurs fait récemment au sujet de l'action disciplinaire exercée à l'encontre des agents publics grâce à l'institution d'une prescription de trois ans pour l'engagement des poursuites disciplinaires (nouvel article 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifié par l'article 36 de la loi du 20 avril 2016). En conséquence, il souhaiterait savoir s'il envisage d'établir une prescription raisonnable pour les plaintes susceptibles d'être déposées à l'encontre des professionnels de santé.
[1439] Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.
[1440] Art. 19 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires modifié « *Aucune procédure disciplinaire ne peut être engagée au-delà d'un délai de trois ans à compter du jour où l'administration*

ne pourrait-elle pas trouver un écho favorable en comparaison à d'autres actions disciplinaires enfermées progressivement dans un délai certain. À ce sujet, de nombreuses professions règlementées disposent d'un délai de prescription pour l'action disciplinaire. Il est possible de noter un délai de prescription de l'action disciplinaire de trente ans pour les notaires[1441], de dix ans pour les administrateurs et mandataires judiciaires[1442] et les greffiers des tribunaux de commerce[1443], de six ans pour les professionnels des marchés financiers[1444] et les commissaires aux comptes[1445], ou encore de deux mois pour les salariés[1446]. De toute évidence, si l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire de certaines professions règlementées, notamment des médecins, chirurgiens-dentistes ou encore avocats, reste le principe en droit français, certains auteurs ont mis en avant la nécessité de prévoir un délai raisonnable qui garantirait le droit à un procès équitable et la sécurité juridique[1447].

368. Conclusion du chapitre. L'assimilation des fautes civile et déontologique met en lumière les difficultés pratiques qu'elle peut engendrer mais aussi qui peuvent s'avérer être une limite à sa mise en place. C'est pour cette raison que des propositions sont faites pour permettre cette mise en œuvre. D'abord, l'absence d'autorité de la chose jugée n'est pas remise en cause. Ensuite, il est simplement proposé que le juge judiciaire prenne en compte la décision du juge disciplinaire lorsque celle-ci est antérieure à l'action civile. Les intérêts du patient, soit la réparation des dommages qu'il subit, sont optimisés. Dans ce cas, la faute civile et la faute déontologique devraient pouvoir s'assimiler.

Ensuite, en matière d'interaction entre les différentes actions, il serait préférable qu'une réelle collaboration entre les différentes instances soit mise en place. En effet, le juge disciplinaire incompétent pour se prononcer sur les intérêts civils du patient victime, pourrait trouver dans

---

a eu une connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles de sanction. En cas de poursuites pénales exercées à l'encontre du fonctionnaire, ce délai est interrompu jusqu'à la décision définitive de classement sans suite, de non-lieu, d'acquittement, de relaxe ou de condamnation. Passé ce délai et hormis le cas où une autre procédure disciplinaire a été engagée à l'encontre de l'agent avant l'expiration de ce délai, les faits en cause ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'une procédure disciplinaire ».

[1441] Art. 47 Ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels.

[1442] Art. L 811-14 C. com., le délai est porté à deux ans « si l'administrateur judiciaire est l'auteur de faits ayant donné lieu à une condamnation pénale ».

[1443] Art. L 743-4 C. com.

[1444] Art. L 621-16 C. mon. et fin., ce délai est porté à 12 ans au plus, « *si le manquement est occulte ou dissimulé, au jour où le manquement est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice par l'Autorité des marchés financiers de ses missions d'enquête ou de contrôle* ».

[1445] Art. L 824-4 C. com.

[1446] Art. L. 1332-4 C. trav.

[1447] Brigant J.-M., « L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un avocat est conforme à la constitution », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 41, p. 16.

la sanction pénale, une raison supplémentaire de sanctionner disciplinairement le praticien. Dans ce cas, le juge disciplinaire devrait pouvoir bénéficier de l'expertise judiciaire qui lui fait défaut pour apprécier le comportement déviant du praticien. Enfin, le principe d'imprescriptibilité de l'action disciplinaire constitue tout de même une garantie de sanction contre le manquement aux règles déontologiques. Si l'action civile ou pénale est prescrite, le patient victime pourra toujours trouver dans l'action disciplinaire la possibilité de voir le praticien sanctionné.

CONCLUSION DU TITRE II

369. Faute civile et faute disciplinaire identiques. La reconnaissance d'une règle déontologique comme constituant également une obligation légale ou encore comme ayant des conséquences civiles pour le médecin n'est pas sans incidences sur la faute disciplinaire ni sur la réparation du dommage dont elle est le fondement. Cette reconnaissance est d'autant plus complexe qu'elle entraine une confusion entre faute disciplinaire et faute civile, notamment pour les patients souvent ignorants des indépendances respectives des deux procédures. Les deux fautes sont à la fois indéfinies, voire imprécises dans certains cas, ce qui a favorisé leur assimilation par le juge judiciaire. Affirmer une assimilation des fautes civile et déontologique c'est également prendre en compte les difficultés qui accompagnent la qualification de la faute civile médicale.

L'hypothèse d'une assimilation partielle entre fautes civile et déontologique semble davantage intéressante que celle d'une automaticité générale sans distinction des typologies de faute susceptible de s'assimiler. La portée d'une telle assimilation entre les deux fautes aura l'avantage de s'aligner sur les évolutions jurisprudentielles et législatives déjà entamées au sujet de la protection du patient en sa qualité d'humain et de ses droits. La volonté d'un juge d'apprécier à l'aune de la déontologie médicale, le comportement déviant d'un praticien en serait pleinement justifié.

L'invocation d'un manquement déontologique dans une procédure en responsabilité civile médicale doit être de droit pour les patients qui sont les victimes directes d'une telle transgression. En effet, plusieurs règles professionnelles ont pour finalités principale la protection du patient et de ses intérêts. Le code de déontologie médicale rappelle à ce titre que les médecins sont au service du patient[1448]. C'est d'ailleurs pour cette raison que le code de déontologie médicale est subordonné dans son élaboration au Conseil d'État et finalement au gouvernement afin d'apprécier la conformité aux lois. Dans ce cas le patient devient le destinataire direct des règles déontologiques, au même titre qu'une loi de portée générale qui protège les citoyens contre tous types d'abus.

[1448] Art. 2 CDM.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

370. Bilan affirmé. L'affirmation d'une identité des fautes civile et déontologique met en avant le critère des « *intérêts protégés* »[1449] par la règle transgressée. La notion d'intérêts lésés à laquelle il est fait référence est celle qui place le patient au centre de la prise en compte des règles déontologiques. Dès lors que les intérêts lésés par le manquement déontologique sont ceux du patient, ce dernier est en droit de pouvoir les invoquer devant un juge civil au soutien de sa demande de réparation des préjudices subis par le manquement litigieux. Telle est d'ailleurs la position de la jurisprudence qui considère dans un attendu de principe que « *la méconnaissance des dispositions du code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages-intérêts dirigée contre un médecin, et qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle* »[1450].

Deux critères cumulatifs peuvent être présentés afin de justifier que le patient soit le titulaire de l'intérêt à protéger pour lui permettre d'invoquer devant le juge civil la violation d'une règle déontologique. D'abord, le premier critère est la qualité de patient. Le patient est ici celui qui consulte un médecin, cette consultation peut déboucher sur une prise en charge. Il est la victime immédiate des effets d'un manquement aux règles déontologiques, il a légitimement le droit d'invoquer un manquement déontologique devant le juge civil à l'appui de sa demande de dommages et intérêts. Ensuite, le second critère est la qualité de victime. La victime est la personne qui subit un préjudice physique, moral ou matériel du fait de quelqu'un d'autre ou d'une chose. Dans le cadre d'une responsabilité civile médicale, le patient est la victime immédiate du dommage causé par un non-respect des règles déontologiques.

Les qualités de patient et de victime doivent pouvoir justifier une systématisation de l'invocation des règles déontologiques au fondement d'une demande en réparation. Cette invocation devra être entendue comme un droit pour le patient victime, libre à lui ensuite de l'exercer devant le juge civil. Dès lors, une telle application de la règle déontologique par le juge civil ne devrait plus être mal accueillie par la doctrine.

[1449] Sur cette question : Viney G., « Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile », http://grerca.univ-rennes1.fr ; Borghetti J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle » *in*, « Etudes offertes à Geneviève Viney », LGDJ, 2008, pp. 145-171.

[1450] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, n° 95-12.576, rapp. Sargos P., *JCP* 1997, II, n° 22829, n° 14.

CONCLUSION GÉNÉRALE

> « *…à partir du moment où des règles morales se coulent dans un Code, où il est appliqué par une autorité organisée et nanti de sanction répressives ou disciplinaires, ce n'est plus de pure morale qu'il s'agit, mais de règle de droit* »[1451].

Au terme de cette étude il est possible d'admettre une influence de la déontologie médicale sur la responsabilité civile. Cette influence ne porte atteinte ni aux fondements des règles du droit commun de la responsabilité civile ni à ceux de la déontologie médicale. S'appuyant sur la théorie de l'institution d'Hauriou, M. Millard considère le droit positif disciplinaire comme une variante du droit légal « *qui traite d'un point de vue externe un pouvoir dans les groupes* »[1452]. Ce qui permet d'apprécier objectivement et positivement l'apport de la déontologie médicale en droit commun de la responsabilité civile. En effet, le droit médical est un domaine particulièrement pertinent pour apporter à la responsabilité civile des éléments lui permettant de s'adapter aux évolutions techniques de l'art médical. Ce droit « *transcende les clivages des disciplines juridiques* »[1453] en s'inspirant d'autres droits[1454]. Au terme de cette étude, est-il possible de conclure que l'influence de la déontologie médicale sur la responsabilité civile se justifie (I) dès lors qu'elle permet de mettre en évidence le rayonnement des intérêts communément protégés (II).

I. LA JUSTIFICATION DE L'INFLUENCE DÉONTOLOGIQUE

371. L'influence de la déontologie se justifie. L'influence de la déontologie se justifie au regard des insuffisances du droit commun de la responsabilité civile à se saisir de toutes les problématiques du domaine médical. En effet, de la protection de la santé personnelle à la protection de la santé publique il n'y a qu'un pas qui, nécessite d'adopter les meilleurs

[1451] Vedel G., « De la nécessité d'une déontologie en pharmacie », *Bull. ordre Pharmacien*, juin-juillet 1969, p. 366.
[1452] Millard E., « *théorie de l'Institution et Disciplines* », *in* Ancel P., Moret-Bailly J., (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?* éd. Université de Saint-Etienne, 2007, coll. Droit, p. 33.
[1453] Moquet-Anger., Malezieux A., Doualan D., « *La place de la déontologie comme source du droit médical* », Revue Juridique de l'Ouest, 1996, pp. 87-102.
[1454] Parmi lesquels le droit civil, le droit administratif pour les praticiens hospitaliers, le droit pénal et la déontologie médicale.

mécanismes juridiques pour préserver les droits du patient. L'application de la déontologie médicale par le juge judiciaire permet à cette règle professionnelle d'une part, de participer à la préservation des intérêts du patient et d'autre part, d'intégrer une sphère différente. La particularité de la déontologie médicale qui est une règle à la fois professionnelle et de droit a favorisé une assimilation jurisprudentielle entre les fautes civile et déontologique. Lorsque la sanction disciplinaire est antérieure à l'action civile, la prise en compte de cette sanction par le juge judiciaire devrait être systématique. En effet, la faute disciplinaire, lorsque qu'elle est caractérisée, qui plus est par les professionnels de l'art médical, s'impose techniquement au juge judiciaire.

Justifier l'influence de la déontologie médicale sur la responsabilité du médecin permet une harmonisation du droit commun de la responsabilité civile[1455]. Plutôt qu'un simple et hypothétique « *appui* »[1456] aux demandes d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, il est préférable que le droit à indemnisation soit garanti par l'assimilation des deux fautes. Le droit n'est pas un système normatif figé sur lui-même, il s'inspire des principes moraux d'une société comme il peut aussi les influencer[1457]. De même, la déontologie médicale n'est plus considérée comme un droit clos. L'assimilation des fautes civile et déontologique, qui au demeurant a déjà prévalu en matière de concurrence déloyale[1458], ne devrait plus surprendre. Il est possible d'espérer que la première chambre civile de la Cour de cassation puisse saisir l'opportunité de ne plus exclure systématiquement les règles déontologiques de la qualification de la faute civile en opérant un revirement de sa position jurisprudentielle actuelle.

372. Une influence limitée. L'influence de la déontologie médicale sur la responsabilité civile est toutefois limitée à certaines règles et par conséquent casuistique. Les règles « purement » professionnelles sont exclues de l'assimilation, de même que les actions disciplinaires menées entre professionnels de santé. En effet, ce n'est pas toute la déontologie médicale qui est de nature à influencer la responsabilité civile du médecin. Certaines règles déontologiques en raison de leur nature, de leur origine, de leur valeur et surtout de leur portée sont privilégiées pour justifier l'assimilation entre faute civile et faute déontologique.

[1455] Une hypothèse qui est déjà abordée au niveau européen, V. Knetsch J., « L'européanisation de la responsabilité civile : mythe ou réalité ? », *D.*, 2017, p. 18.
[1456] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, n° 95-12.576, Audat, *Bull. civ.* I, n° 99, R. 1997, p. 273.
[1457] Fabre-Magnan M., « Introduction générale au droit », éd. PUF, 2012, coll. Licence.
[1458] Cass. com. 29 avril 1997 n° 94-21.424, *Bull. civ.* 1997, IV n° 111 p. 98, *D.*, 1997, p. 459, note Serra Y ; *RTD civ.* 1998, p. 218, obs. Libchaber R. ; *JCP G* 1997, I, 4068, obs. Viney G.

II. LE RAYONNEMENT DES INTÉRÊTS PROTÉGÉS

373. Le rayonnement des intérêts protégés. Il résulte de l'ensemble des constatations de l'étude que les intérêts protégés par la responsabilité civile sont mis en valeur par la déontologie médicale. L'assimilation des fautes civile et déontologique permet une collaboration des intérêts protégés par la responsabilité civile et la déontologie médicale. L'intérêt protégé du patient devient un intérêt supérieur sans qu'il soit nécessaire de les hiérarchiser. L'intérêt protégé devient progressivement « *une clé de réorganisation du droit de la responsabilité civile plus satisfaisante que celle qui guide actuellement la détermination des règles applicables à la demande en réparation formulée par la victime* »[1459]. Cette nouvelle clé permet de rétablir avec certitude la possibilité pour les victimes de dommages médicaux d'être indemnisés de leurs préjudices. En considérant que la faute civile et la faute déontologique puissent être assimilées le juge judiciaire garantit aux patients la protection de leurs intérêts.
L'assimilation des fautes civile et déontologique s'inscrirait également dans la finalité du projet de réforme de la responsabilité civile[1460] en matière de dommage corporels. En effet, le droit d'option ouvert aux victimes de dommages corporels permet une indemnisation plus favorable de leurs préjudices[1461]. La protection de l'intégrité corporelle est renforcée par l'assouplissement des conditions d'indemnisation des préjudices subis. L'intégrité corporelle du patient serait d'autant plus renforcée en reconnaissant une assimilation systématique des fautes civile et déontologique.

374. Redéfinition de la faute civile médicale ? Faut-il penser différemment la faute civile médicale, c'est-à-dire qu'elle serait spécifique au dommage corporel né d'une activité médicale ? Dans ce cas, la faute civile médicale ne serait plus simplement la violation d'une norme préexistante mais aussi « *la méconnaissance d'une norme préexistante destinée à protéger les intérêts de la victime qui ont été lésés* »[1462]. La faute civile médicale nécessiterait de prendre en compte la violation d'une règle déontologique dès lors qu'elle protège les intérêts

---

[1459] Dugué M., « *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile* » th., 2015, p. 519.
[1460] V. Vignon-Barrault A., « Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 et indemnisation du dommage corporel », *RDSS*, 2019, p. 1033.
[1461] Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, Art. 1233-1 « *les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat. Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle* ».
[1462] Dugué M., « *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile* » th., 2015, p. 110.

du patient. En effet, si les intérêts protégés par les deux règles sont confondus cela favorise une lecture unique de la faute civile médicale.
Par ailleurs, il convient de rappeler le rôle important du juge judiciaire dans la distinction des intérêts protégés par la demande d'indemnisation d'une victime d'accidents médicaux. En effet, le juge demeure l'acteur principal pour exercer un contrôle sérieux des intérêts lésés afin de les indemniser.

375. L'heure des bilans. Le bilan de l'influence de la déontologie médicale sur la responsabilité civile médicale est à la fois théorique et pratique. En théorie, la position jurisprudentielle d'assimilation des fautes civile et déontologique est encore minoritaire et n'a pas véritablement concerné la première chambre civile de la Cour de cassation. En pratique, certaines décisions judiciaires ont déjà mis en évidence qu'il existait une assimilation des fautes civile et déontologique. Ce qui démontre que les règles déontologiques intéressent les magistrats et les patients dans la procédure civile[1463].
In fine, l'assimilation des fautes civile et déontologique permettrait également aux victimes de poursuivre davantage les praticiens devant le juge disciplinaire. En effet, la majorité des procédures disciplinaires est souvent menée par les conseils départementaux contre les praticiens[1464]. Cela peut s'expliquer par le fait que l'action disciplinaire ouverte aux patients est relativement récente, par conséquent susceptible d'être moins utilisée pour le moment. Cela s'explique également par le fait que la procédure disciplinaire n'a pas pour finalité l'indemnisation des préjudices causés par le manquement déontologique. En conséquence, l'action civile est préférée à l'action disciplinaire. En revanche, un regard prospectif sur la déontologie médicale et le CNOM laisse penser que la situation pourrait évoluer.

376. La déontologie médicale de demain. La déontologie est en perpétuelle évolution et adaptation aux nouvelles techniques médicales. La prise en compte de la télémédecine[1465], l'informatisation des données de santé, l'exercice de la médecine en réseau et l'implication croissante du patient dans sa prise en charge sont autant de facteurs d'évolution

[1463] Cass. civ. 1re, 27 novembre 2008, n° 07-15.963 *Bull. civ*. I, n° 273, *D*., 2008, AJ 3085 ; *D*., 2009, p. 1304, obs. Penneau J. Dans cette affaire, les hauts magistrats avaient strictement interprété le code de déontologie médicale pour caractériser l'existence d'une faute civile.
[1464] Le rapport d'activité de l'année 2018 publié en 2019 fait état de seulement 27% des poursuites disciplinaires engagées par des particuliers. CNOM rapport « Ecouter et agir pour la santé », juin 2019, p. 36 et sv.
[1465] Conformément à la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie en son article 32 la télémédecine permet, entre autres, d'effectuer des actes médicaux dans le strict respect des règles de déontologie mais à distance, sous le contrôle et la responsabilité d'un médecin en contact avec le patient par des moyens de communication appropriés à la réalisation de l'acte médical.

et de transformation de la déontologie médicale. Devant cette nouvelle médecine, le CNOM n'aura d'autre choix que de proposer des modifications, de transformer et de créer de nouvelles règles déontologiques avec le concours du législateur. Dans ce contexte d'évolution, la responsabilité du médecin se transforme également puisque désormais elle s'étend aux objets connectés qu'il utilise pour l'examen d'un patient à distance. Par conséquent, les fautes disciplinaire et civile sont impactées par ses nouvelles techniques médicales. La faute demeure difficile à qualifier par le juge judiciaire tout en restant à la portée du juge disciplinaire. La vigilance et le contrôle s'imposeront clairement afin d'éviter toutes dérives. Le CNOM doit également regagner la confiance de ses membres et de l'opinion publique[1466]. Un contrôle étatique plus strict serait une solution dans la mesure où le CNOM exerce sur la profession et l'ensemble de ses membres, un pouvoir de gestion et de sanction qui lui a été attribué par le pouvoir exécutif. Il revient à l'État d'exercer sur cette organisation un contrôle afin de garantir aux professionnels de santé et aux victimes d'accidents médicaux que la justice disciplinaire soit rendue dans le respect du principe d'une bonne administration de la justice[1467].

[1466] Des défaillances administratives et juridictionnelles avaient été mise en évidence par le rapport de la Cour des comptes, rapport Cour des comptes, « L'ordre des médecins » décembre 2019, p. 29 sv.

[1467] CE 17 décembre 2008, req. n° 312118, dans cette affaire l'État est reconnu responsable des dysfonctionnements des ordres professionnels en ce qu'ils ne respectent pas un délai raisonnable pour les jugements.

BIBLIOGRAPHIE

Encyclopédie

LAUDE A., MOURALIS J.-L., PONTIER J.-M., *al*., *Encyclopédie Lamy Droit de la Santé,* Tome 2, éd. Lamy, 2012

Ouvrages généraux

-A-

ALBIGES Ch., DARMAISIN S., SAUTEL O., *Responsabilité et sport*, Lexis Nexis, 2007

ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003

ALMERAS J.-P., PEQUIGNOT H., *La déontologie médicale*, éd. Litec, 1996

ANCEL P., MORET-BAILLY J., (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, éd. Université de Saint-Etienne, 2007, coll. Droit

AUBY J-M., *Le droit de la santé*, éd. PUF, 1981, coll. Thémis

AYNES L., MALAURIE Ph., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 6e éd., Defrénois, 2013

-B-

BACACHE-GIBEILI M., *Traité de droit civil,* « *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle »*, éd. Economica, 3e éd., 2016, Tome 5, coll. Corpus

BAUDOUIN J.-L., DESLAURIERS P., *La responsabilité civile*, 6e éd., Edition Y. Blais, 2003

BENTHAM J., *Déontologie ou science de la morale*, revu, mis en ordre et publié par John Bowring, traduit sur le manuscrit par Benjamin Laroche, deux tomes, Charpentier, 1834

BERGOIGNAN-ESPER C., SARGOS P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, éd. Dalloz, 2e édition, 2016, coll. Grands arrêts

BONIS V., MALABAT V., (dir.), *La qualité de la norme : l'élaboration de la norme*, éd. Mare et martin, 2016, coll., Droit et science politique

BOURGUIGNON O., *La déontologie de psychologues*, éd. Armand Colin, 2005, coll. 128

-C-

CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 8e éd., Lexis Nexis, 2013

CANIVET G., JOLY-HURARD J., *La déontologie du magistrat*, 2e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit

CARBONNIER J., *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 10e éd., 2001

CARBONNIER J., *Droit civil*, Tome IV, *Les obligations*, 22e éd., coll. Thémis droit privé, 2000

CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction*, éd. PUF, 26e édition, 1999, coll. Thémis

CORNU G. (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, 2014

CORNU G. et FOYER J., *Procédure civile*, Paris, 1958

-D-

DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, Librairie Arthur Rousseau, 1923

DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, LGDJ / Lextenso éditions, 2e éd., 2013

DORSNER-DOLIVET A., *La responsabilité du médecin*, éd. Economica, 2006, coll. Pratique du droit

DOSDAT J-C., *Les normes nouvelles de la décision médicale*, éd. LEH, 2008, coll. Thèses

DUBAR C., TRIPIER P., BOUSSARD V., *Sociologie des professions*, éd. Colin, 2011, coll. U

-F-

FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, éd. LGDJ, 2014, Coll., Anthologie du droit

FABRE-MAGNAN M., *Introduction générale au droit*, éd. PUF, 2012, coll. Licence.

FRANCE P. et VAUCHEZ A., *Sphère publique, intérêts privés enquête sur un grand brouillage*, éd. Presses de Science Po, 2017

-G-

GERRY-VERNIERE S., *Les petites sources du droit*, éd. Economica, 2012

GOUREVITCH D., *Le triangle hippocratique dans le monde gréco-romain*, éd. Ecole française de Rome, 1984, coll. Befar

GRIDEL J.-P., *Introduction au droit et au droit français*, éd. Dalloz, 2e édition, 1994, coll. Mémentos

-H/J-

HALIOUA B., *Histoire de la médecine*, éd., Elsevier Masson, 3e éd., 2009, coll., Abrégés de médecin

HERVÉ C., STANTON-JEAN M., MAMZER M.-F, (dir), *La participation des patients*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017

HIPPOCRATE, *Œuvre complète d'Hippocrate*, traduction Littré, éd. Baillières, 1839, vol.1 (De l'ancienne médecine)

HOCQUET-BERG S., et PY B., *La responsabilité du médecin*, éd. Heures de France, 2006, coll. Droit professionnel

HOERNI B., et BENEZECH M., *L'information en médecine. Évolution sociale, juridique, éthique*, éd. Masson, 1993, coll. Abrégés

HOERNI B., et BENEZECH M., *La relation humaine en médecin*, éd. Glyphe, 2010

HOERNI B., et BENEZECH M., *Le secret médical, confidentialité et discrétion en médecine*, éd. Masson, 1997

HOERNI B., SAURY R., « Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine », éd. Masson, 1998

IHERING, *L'esprit du droit romain*, 3e éd., traduit par De MEULENAERE O., 2e éd., éd., MARESCQ A., Paris, 1880, T. IV

JOUANNET P., et al., *Le pouvoir médical*, Pouvoirs, 1999

-L-

LAMBERT-FAIVRE Y. PORCHY-SIMON S., *Droit du dommage corporel*, Précis Dalloz, 7e éd., 2012

LARRIBAU-TERNEYRE V., LEMOULAND J.-J., (dir.), *La révision des lois de bioéthique Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011*, éd. L'Harmattan, 2011, coll. Bibliothèques de droit

LAUDE A., et TABUTEAU D., *Les droits des malades*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2016

LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, éd. PUF, 2012, 3e éd., coll. Thémis droit

Le DOUARIN N., et PUIGELIER C., (dir.), *Science, éthique et droit*, éd. Odile Jacob, 2007

Le GOFF J., et ONNEE S., (dir.), *Puissance de la norme. Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*, éd. EMS Management & société, coll. Collection gestion en liberté

Le TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz, 2008-2009, coll. Action

LECA A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, éd. LEH, 2012, 3e éd.

LEGROS B., *Droit de la bioéthique*, éd. LEH, 2013, coll. Ouvrages généraux

LELEU Y.-H., GENICOT G., *Le droit médical, aspects juridiques de la relation médecin-patient*, éd. De Boeck, 2001, coll. Droit actuel
LEVEQUE P., *L'aventure grecque*, éd. Le livre de poche, 1997, coll. Références

-M-

MALICIER D., MIRAS A., FEUGLET P., et FAIVRE P., *La responsabilité médicale donnée actuelles*, éd. ESKA, 2e éd., 1999
MEKKI M., (dir.), *La force et l'influence normative des groupes d'intérêts- Identification, utilité et encadrement*, Gaz. Pal. / Lextenso éditions, 2011
MÉMETEAU G. et GIRER M., *Cours de droit médical*, éd. LEH, 5e éd., 2016
MÉMETEAU G., *Traité de la responsabilité médicale*, éd. LEH, 1996
MERRIEN F.-X., *L'État providence*, éd. PUF, 3e éd., 2007, coll. Que sais-je ?
MIRANDE D., *Le Code de Hammourabi et ses origines*, Paris, éd. Leroux, 1913.
MOQUET-ANGER M.-L., *Droit hospitalier*, LGDJ/Lextenso, coll. Manuel, 5e éd., 2018
MORET-BAILLY J., *Les déontologies*, éd. PUAM, 2001
MORET-BAILLY J., et TRUCHET D., *Droit des déontologies*, éd. PUF, 2016, coll. Thémis droit
MORET-BAILLY J., et TRUCHET D., *Déontologie des juristes*, éd. PUF, 2010, coll. Licence

-N/O-

NISSEN C., *Entre Asclépios et Hippocrate : Etudes des cultes guérisseurs et des médecins en Carie*, éd. Presses universitaires de Liège, 2009, coll. Kernos supplément
OST F., *Droit et intérêt : Entre droit et non-droit, l'intérêt : essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, éd. Faculté universitaire de Saint Louis, 1990, coll. Droit

-P-

PENNEAU J., *La responsabilité du médecin*, éd. Dalloz, 3e édition, 2004, coll. Connaissance du droit
PLATON, *La République*, traduction BACCOU R., éd. Flammarion, 1966, coll. GF, Livre II
PRAIRAT E., *De la déontologie enseignante*, éd. PUF, 2009, coll. Quadrige essais débats

-R/T-

ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011
TERRE F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5e éd., Paris, 2000

THIBIERGE C., *La densification normative. Découverte d'un processus*, éd., Marre et Martin, 2014
THIBIERGE C., *La force normative. Naissance d'un concept*, éd. LGDJ, 2010
TUNC A., *La responsabilité civile*, 2e éd., Economica, 1989

-V-

VIALLA F. (dir.), *Les grandes décisions de droit médical*, éd. LGDJ, 2014, coll. Les grandes décisions
VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, éd. LGDJ, 2008 3e éd., coll. Traités
VINEY G., JOURDAIN P., *Les effets de la responsabilité*, 3e éd., LGDJ, 2010
VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S., *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2013
VIRALLY M., *La pensée juridique*, éd. LGDJ, 1998, coll. Les introuvables
VOGEL G., et RUDLOFF E., *Lexique de droit médical & hospitalier*, éd. Promoculture, 2009

Ouvrages spéciaux

-A/B-

ALARDIN J., et CASTIAUX J., *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence : une analyse des arrêts de la Cour de Strasbourg, de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation*, éd. Larcier, 2014
ALBIGES C., *Les déontologies des professions du droit, quel avenir ?*, éd. Lamy, 2010
BARBIERI J.-F., *Responsabilité civile des experts-comptables*, éd. EFL, coll. Thèmexpress, 2013

-C-

CLÉMENT J.-M., *Les grands principes du droit de la santé*, LEH, 2005
COUTANT-LAPALUS Ch., *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, préf. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002

-F/G/H-

FREIDSON E., *La profession médicale*, éd. Payot, 1984, coll. Médecine et société
GÉRARD Ph., OST F., VAN De KERCHOVE V., (dir.) « Droit et intérêt », *Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles*, coll. Droit, vol. 1, 2002

HOERNI B., *Ethique et déontologie médicale*, éd. Elsevier-masson, 2000, coll. Abrèges de médecine

-J/K-

JESTAZ P., *Les sources du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005

KOUCHNER C., *Les droits des malades*, éd. Dalloz, 2012, coll. A savoir

-L-

LECA A., LUNEL A., SANCHEZ S., *Histoire du droit de la santé*, LEH, 2014, coll., Intempora

LEFEBVRE J., *Déontologie des professions médicales et de santé*, éd., LEH, 3e éd., 2011, coll. Essentiel

-M-

MATYSIAK M., *Contentieux du contrôle technique à l'encontre des professionnels de santé*, éd. LEH, 2018

MAZEAUD D., BONNEAU T., (dir.), *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, éd. Panthéon-Assas, 2016

MISTRETTA P., *Droit pénal médical contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*, éd. LGDJ, 1re éd., 2020, coll. Les intégrales

MISTRETTA P., *Droit pénal médical*, éd. Cujas, 2013

-P/R-

PENNEAU J., *La responsabilité du médecin*, éd. Dalloz, 2e éd., 1996, coll. Connaissance du droit

PRIEUR J-P., *Le médecin face aux poursuites disciplinaires des caisses d'assurances maladie*, éd. LEH, 1998

RODWIN M. A., *Les conflits d'intérêts en médecine – France, États-Unis, Japon*, Presses de l'EHESP, 2014

-S-

SABEK M., *La responsabilité du chirurgien-dentiste*, éd., LEH, 2e éd., 2012

SÈVE L., *Recherche biomédicale et respect de la personne humaine*, La Documentation française, 1987

SICARD D., *L'éthique médicale et la bioéthique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4e éd., 2015

SIMON M., *Déontologie médicale, ou des devoirs et droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, éd. Baillières, 1845
SWAN C., *La médecine et le droit*, éd. Ellébore, 2008, coll. Santé-vérité

-V/W-

VIRASSAMY G., *Les conflits d'intérêts*, PUAM, coll. « Travaux du CERJDA », 2015
VITRAC B., *Médecine et philosophie au temps d'Hippocrate*, éd. Première édition, 1989, coll. Histoire de science
WELSCH S., *Responsabilité du médecin*, éd. Litec, 2e éd., 2003, coll. Pratique professionnelle

<u>Articles</u>

-A-

ADIDA-CANAC H., « L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité », *D.*, 2009, p. 1288
ALBERT N., « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA*, 2003, p. 353
APOLLIS B., « Les sources de la déontologie », *RDSS*, 2018, p. 23
ARHAB-GIRARDIN F., « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *RDSS*, 2010, p. 898
ATIAS C., « Les références médicales opposables : révolution ou continuité ? », *RDSS*, 1995, p. 21
AUBIN E., « L'entrée de la déontologie dans le titre Ier du statut général », *AJDA*, 2016, p. 1433
AYNAUD O. et PICARD D., « Le statut de médecin par rapport aux autres professions libérales », *Revue française des affaires sociales*, n° 2, 2011, pp. 311-321
AZZI T., « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, p. 227

-B-

BACACHE M., « Réparation du défaut d'information médicale : revirement ou affinement de jurisprudence ? », *RDSS*, 2014, p. 590
BACACHE M., « Responsabilité médicale : évolution ou régression ? », *D.*, 2012, p. 2277
BARBIER H., « Déontologie violée = contrat annulé ! Quand la déontologie dicte la licéité du contrat », *RTD civ.*, 2019, p. 324

BARBIER H., « L'incidence croissante des codes de déontologie sur la formation et le contenu du contrat », *RTD civ*., 2017, p. 636

BARBIERI J.-F., « La faute déontologique face à la faute source de responsabilité civile », *BJS*, 2013, n° 11

BARELLA X., « Le droit à l'information en matière médicale », *AJDA*, 2012, p. 1991

BEGUIN A., « Les contours de la faute de technique médicale », *RDSS*, 2019, p. 975

BENEJAT-GUERLIN M., « Droit pénal et fin de vie », *AJ pénal*, 2016, p. 522

BENISTY S. « L'identification du manquement déontologique à une faute délictuelle : l'implicite confirmation dans le contentieux de la concurrence déloyale », *Petites affiches*, 2014, n° 68, p. 14

BERG O., « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », *RTD civ*., 2006, p. 53

BERGEL J.-L., « Du concept de déontologie à sa consécration juridique », *in* J.-L. Bergel (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université Aix-en-Provence, 1997

BERT D., « Feu l'arrêt Mercier ! », *D*., 2010, p. 1801

BORGHETTI J.-S., « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D*., 2016, p. 1386

BORGHETTI J.-S., « L'office du juge en droit de la responsabilité civile », *RDA*, 2017, pp. 108-113

BORGHETTI J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *in* Etudes offertes à Geneviève Viney, LGDJ, 2008, pp. 145-171

BOURDIEU P., « Habitus, code et codification » *in Actes de la recherche en science sociale*, Vol. 64, septembre 1986. De quel droit ? pp. 40-44

BRIGANT J.-M., « L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un avocat est conforme à la constitution », *Gaz. Pal*., 2018, n° 41, p. 16

BRISSY S., « L'autorégulation des professions », *Droit social*, 2016, p. 137

BYK C., « La bioéthique, le droit et la construction européenne » *in* GAUMONT-PRAT H. et *alii*, *Droit et bioéthique*, mélanges en l'honneur de Jean Michaud, éd. LEH, 2012, coll. Mélanges, pp. 425- 438

-C-

CABROL V., « La codification de la déontologie médicale. L'exemple de l'introduction du Code de déontologie médicale dans le Code de la santé publique », *RGDM*, n° 16, 2005, pp. 103-123

CALLU M.-F., « Les recommandations de bonne pratique confrontées au droit de la responsabilité médicale », *Revue. Droit & Santé*, 2007, n°15, p. 29 et sv.

CANEDO-PARIS M., « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif d'un concept controversé », *RFDA*, 2008, p. 979

CANSELIER G., « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », *RTD civ*., 2010, p. 41

CAPPELLO A., « La faute civile et la violation des règles régissant une activité sportive ou professionnelle », *RTD civ*., 2013, p. 777

CAREGHI J.-C., « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ? », *RGDM*, n° 18, 2006, pp. 109-152

CAREGHI J.-C., « L'émergence d'une déontologie médicale codifiée en France : des projets syndicaux au code de 1941 », *RDSS*, 2011, p. 103

CAVALIE Ph., « Les références médicales opposables : quel impact sur la consommation des médicaments ? », *Economie et statistique*, 1998, pp. 85-99

CAYLA J.-S., « La santé publique dans le nouveau code de déontologie médicale », *RDSS*, 1996, p. 19

CAZEAU N., « La place de l'expertise dans la solution du litige », *Revue juridique de l'Ouest*, 1988, pp. 51-67

CHABAS F., « La responsabilité personnelle de la sage-femme ou du médecin salarié », *D*, 2005, p. 253

CHARTIER J.-L., « Le droit et l'état chez Saint Thomas d'Aquin », *in* PUIGELIER C., et TERRE F., *Jean FOYER in memorium*, mélanges, LexisNexis, 2010, pp. 87-96

COELHO J., « Responsabilité médicale : réflexion sur l'unification des règles de compétence juridictionnelle », *RGDM*, n° 13, 2004, pp. 153-168

CORGAS-BERNARD C., « L'assurance de responsabilité civile des professionnels libéraux de santé », *RDSS*, 2010, p. 75

COSSALTER P., « La dignité de la personne humaine en droit public français : l'ultime recours », *RGD*, 2014, n° 4, www. Revuegeneraledudroit.eu

CREMER R., et FOLSCHEID D., « Modification de l'article 37 du Code de déontologie médicale : pourquoi la commission d'éthique de la SRLF s'est-elle battue pour un adverbe ? », *Ranimation*, 2010, pp. 718-722

-D-

DAGORNE-LABBE Y., « La nature de l'obligation du médecin à l'égard de ses patients », *D.*, 1990, p. 413

DAIGRE J.-J., « Le droit mou est-il en train de durcir ? », *Banque & Droit*, 2016, n° 167 p. 3

De BELVAL B., « faute déontologique, faute civile, le retour à la distinction », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 341

DÉCIMA O., « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ pénal*, 2012, p. 380

DECOOPMAN N., « Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulation », *in Les Usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, Paris, 1989, p. 87-105

DEGUERGUE M., « La sanction des manquements à la déontologie », *RDSS*, 2018, p. 161

DEJEAN-PELIGRY M., « Les différents types de responsabilité du chirurgien-dentiste », *Déontologie & Soin*, 2005, pp. 392-410

DELAUNAY B., « L'ordre professionnel, septuagénaire mais surveillé », *AJDA*, 2013, p. 1361

DESIDERI P., « Indépendance tirée de la déontologie médicale », *Lamy Droit de la santé*, Tome 1, parag. 245-46

DETRAZ S., « Pas de peine, ni d'autres mesures, sans loi », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 271g3, p. 48

DEVERS G., « Un code de déontologie, pour quoi faire ? », *Déontologie & Soin*, 2010, pp. 122-139

DIDIER J.-P., « Les faiseurs de déontologie », *AJFP*, 2015, p. 313

DIONISI-PEYRUSSE A., « Actualités de la bioéthique », *AJ* fam., 2015, p. 192

DOMINIQUE L., « La déontologie médicale en 2015 », *Les tribunes de la santé*, 2015/3, n° 48, pp. 23-32

Du MESNIL Du BUISSON G., « Réflexion sur les rôles du juge et du médecin dans l'intelligibilité de la peine et son évolution », *RSC*, 1995, p. 839

DUBOC G., « Réflexion sur la place de la faute dans la responsabilité civile », *in Droit civil, civilité des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Louis Mouralis, 2011, pp. 91-112

DUBOUIS L., « Le code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes entre mimétisme et particularisme », *RDSS*, 2009, p. 522

DUCATILLON J., « Le serment d'Hippocrate, problème et interprétations », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, 2001, vol. 1, n° 1, pp. 34-61

DUMOULIN L., « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *in* Droit et société, 2000 n° 44-45, *Justice et Politique (III), Les magistratures sociales*, pp. 199-223

-E-

EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, p. 185

ENCINAS de MUNAGORRI R., « Les sources positives de la déontologie », *RTD civ.*, 2007, p. 67

ERNY I., « La convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine » *in* GAUMONT-PRAT H. et *alii*, *Droit et bioéthique,* mélanges en l'honneur de Jean Michaud, éd. LEH, 2012, coll. Mélanges

ESPESSON-VERGEAT B., « La pratique médicale face aux avis et recommandations », RGDM, 2009, n° 30, p. 18

EVLETH D., « La bataille pour l'ordre des médecins, 1944-1950 », *Le mouvement social,* 2009, n° 229, pp. 61-77

-F-

FRYDMAN B., « L'ordre juridique : un concept historiquement situé », *in* LAURENT-

FRYDMAN P. et SIRINELLI M., « Les vingt ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge. A propos de la dignité de la personne humain », *RFDA*, 2015, p. 1100

-G-

GALLIERE P., « La responsabilité professionnelle disciplinaire : le rayonnement des règles professionnelles », *lextenso Petites affiches*, 2001, n° 137

GALLOUX J.-C. GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels », *D.*, 2009, p. 725

GARAY A., « Quelle « judiciarisation » de la pratique médicale ? », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 331, p. 29

GERVAIS A., « A propos de la « Peste » d'Athènes : Thucydide et la littérature de l'épidémie », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé : Lettres d'humanité*, 1972, vol. 31, n° 4, pp. 395-429

GHICA-LEMARCHAND C., « La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel », *RDSS*, 2015, p. 419

GILLET J.-L., « La croisée des savoirs – Coup de vent sur l'expertise médicale ? », *Les cahiers de la justice*, 2019, p. 163

GLENARD G., « La dignité de la personne humaine : un ordre de valeur ? », *RFDA*, 2015, p. 869

GOURDOU J., « Sanction disciplinaires : les questions de la légalité des infractions et l'opportunité des poursuites », *RFDA*, 2014, p. 764

GRANDVUILLEMIN S., « Déontologie et concurrence déloyale », *LPA*, 24 novembre 2011, p.10

GRIMALDI C., « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.*, 2007, p. 1448

GROMB S., « De l'éthique et de la protection juridique de l'être humain », *D.*, 1996, p. 28

GROSSET M., « Les bonne pratiques en droit de la santé : des avantages et des limites d'une médecine normée », JDSAM, 2013, n° 1, pp. 26-30

GUTMANN D., « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives Philosophiques du droit, L'obligation,* Tome 44, 2000, pp. 115-127

-H-

HAÏM V., « De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet », *D.*, 1997, p. 125

HAOULIA N., « Les innovations en matière de responsabilité médicale : quelles avancées pour les droits des patients ? », *in* MESTRE J. et MERLAND L., (dir.), *Droit et innovation*, éd. PUAM, 2013, coll. Institut de Droit des affaires, pp. 599-614

HARDY A.-C., « La médecine face aux principes de justice, d'égalité et de liberté », *RDSS*, 2013, p. 631

HARICHAUX M., « L'obligation du médecin de respecter les données de la science (A propos du cinquantenaire de l'arrêt Mercier : Bilan d'une jurisprudence) », *La Semaine Juridique G.*, n° 47, 1987, p. 3306

HARICHAUX M., « Les droits à l'information et le consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 », *RDSS,* 2002, p. 673

HARICHAUX M., « Relativité des données de la science et responsabilité médicale », *in Clé pour le siècle*, éd. Dalloz, 2000, pp. 1603- 1622

HENNION-JACQUET P., « La responsabilité pénale du praticien : pénalisation ou dépénalisation de la faute médicale », *RDSS*, 2015, p. 108

HOCQUET-BERG S., « L'incidence de la forme d'exercice sur la responsabilité médicale », *RDSS*, 2014, p. 444

HOCQUET-BERG S., « Responsabilité médicale et solidarité nationale : d'un rapport de subsidiarité à une logique de substitution », *in* mélanges en l'honneur de François CHABAS, 2011, pp. 410-434

HOCQUET-BERG S., « La responsabilité des prestataires de services utilisateurs de produits », *RCA*, janvier 2016, n° 1, p. 24

HUET J., « De la distinction selon la nature des responsabilités à la distinction selon la nature des dommages », *RTD civ*. 1987, p. 322

-J-

JACQUES Ph., « Faute déontologique et faute civile, notamment contractuelle », *RLDC* 2006/31, n° 2211

JACQUES Ph., « Les rapports entre la faute civile et la faute disciplinaire », *in* ANCEL P., MORET-BAILLY J., (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?,* éd. Université de Saint-Etienne, 2007, coll. Droit

JAOUEN M., « La chambre commerciale persiste et signe : une faute déontologique n'est pas nécessairement constitutive d'un acte de concurrence déloyale », *Gaz. Pal*., 2014, n° 296, p. 17

JAUNAIT A., « La médecine est-elle toujours morale ? », *Les tribunes de la santé* 2010/1 n° 26, p. 95-102

JEAMMAUD A., « Discipline et droit », *in* ANCEL P., MORET-BAILLY J., (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire* ?, éd. Université de Saint-Etienne, 2007, coll. Droit

JOURDAIN P., « faute médicale technique : à quel moment l'apprécier ? », *RTD civ*. 2018, p. 684

JOURDAIN P., « Infection nosocomiale : l'ONIAM doit indemniser les victimes par ricochet, même en cas de survie de la victime directe », *RTD civ*., 2017, p. 412

JOURDAIN P., « Infection nosocomiales : le médecin et l'établissement de santé sont tenus d'une obligation de sécurité de résultat », *RTD civ*., 1999, p. 841

JOURDAIN P., « Le changement de la responsabilité médicale », *RDT civ*., 2011, p. 128

JOURDAIN P., « Le médecin et la sage-femme salariés bénéficient de l'immunité du préposé », *RTD civ*, 2005, p. 143

JOURDAIN P., « L'infraction à une règle déontologique commise par la victime n'exonère pas le défendeur de sa responsabilité », *RTD civ*., 1999, p. 117

JOURDAIN P., « Une avancée de l'obligation de sécurité de résultat du médecin », *D*., 2000, p. 117

JOURDAIN P., « Responsabilité médicale : la blessure d'un organe voisin de celui opéré constitue une faute du chirurgien », *RTD civ*., 2000, p. 840

-K-

KAPLAN S. L., « Un laboratoire de la doctrine corporatiste sous le régime de Vichy : l'Institut d'études corporatives et sociales », *in le Mouvement Social* 2/2001, n° 195, pp. 35-77

KAYSER P., « Responsabilité médicale du fait des produits défectueux », *D.*, 2001, p. 3065

KELLER R., « Sanction disciplinaire : contrôle de cassation et proportionnalité », *RFDA*, 2015, p. 67

KERLEO J.-F., « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'Etudes benthamiennes*, 13/2014

KERLEO J.-F., « Déontologie et santé publique en droit constitutionnel », *Médecine & Droit*, 2016, p. 154-161

KNETSCH J., « L'européanisation de la responsabilité civile : mythe ou réalité ? », *D.* 2017, p. 18

KOERING-JOULIN R., « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *RSC*, 1990, p. 765

KOUBI G., « Code et codification : du civil à l'incivil », *Droit et cultures*, 48, 2004, 2, pp. 133-144

KRZISCH D., « Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale », *RDSS*, 2014, p. 1087

KUCHARSKI P., « La méthode d'Hippocrate dans le phèdre », *Revue des études grecques*, 1939, vol. 52, n° 245, pp. 301-357

-L-

LAMBERT-FAIVRE Y., « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.*, 1998, p. 1

LAMBERT-FAIVRE Y., « La crise de l'assurance responsabilité civile médicale », *D.*, 2003, p. 142

LANTÉRO C., « Devoir d'information du patient : le Conseil d'État rejoint la Cour de cassation », *AJDA*, 2012, p. 2231

LANTÉRO C., « La faute caractérisée au sens du dispositif « anti-Perruche » », *AJDA*, 2016, p. 1583

LANZARA D., « L'interprétation et les limites du droit », *in* REGAD C., (dir.), *Aux limites du droit*, Acte du colloque organisé les 15 et 16 avril 2014, éd. Mare & Martin, pp. 315-322

LAPEROU-SCHENEIDER B. et MORDEFROY L., « L'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires engagées contre les professionnels de santé », *in* LEONHARD J., PY B. et VIALLA F. (dir), mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, vol. I, 2015, LEH

-L-

LASCOMBE M., « Les ordres professionnels », *AJDA*, 1994, p. 885

LASCOUMES P., et MARTIN G., « Des droit épars au code de l'environnement », Droit et société, 30-31, 1995, pp. 323-343

LAUDE A., « Droit de la santé », *RDSS*, 2014, p. 2021

LAUDE A., « Le code de déontologie médicale enfin modifié ! », *D*., 2012, p. 1694

LAUDE A., « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D*., 2007, n° 17, pp. 1151-1155

LAURIE F., « Faut-il mettre fin à l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique ? », *AJDA*, 2002, p. 1386

LE TOURNEAU Ph., « La valeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin) », *RTD civ*. 1988

LEBRETON G., « Le droit, la médecine et la mort », *D*., 1994, p. 352

LECA A., « La genèse du droit », 3e éd., *PUAM*., Librairie de l'université, Aix-en-Provence, 2002, n° 179-180

LECA A., « Le droit médical doit-il s'émanciper du droit civil ? », *in Droit civil, civilité des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Louis Mouralis, 2011, pp. 191-205

LEGROS B., « La difficile et délicate entrée de la sédation dans le Code de déontologie médicale », *RGDM*, n° 40, 2011, pp. 129-156

LENOIR N., « La déontologie parlementaire à l'aune de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Constitution,* 2014, p. 7

LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n° 3, 2011, pp. 715-732

LHERITIER M., « De la médecine libérale à la médecine radicale ? Observations relatives à l'évolution des formes d'action collectives des médecins », *RGDM,* n° 10, 2003, pp. 175-194

LIBCHABER R., « Déontologie et droit étatique », *RTD civ*., 1998, p. 218

-M-

MAINGUY D., « A propos d'un « principe » préexistant à une loi », *D*., 2015, p. 246

MALAURIE P., « La responsabilité civile médicale », *Defrénois*, 2002, n° 23, p. 1516

MALAURIE P., « Les sanctions en droit privé », *Defrénois*, 2006, n° 4, p. 316

MALLET-BRICOUT B., « Déontologie, morale et droit : un triptyque revivifié », *RTD civ*., 2016, p. 694

MARIĒ R., « La généralisation du tiers payant : entre amélioration de l'accès aux soins et défiance des médecins », *Droit social*, 2014, p. 847

MARKUS J.-P., « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales », *AJDA*, 2005, p. 1008

MARKUS J.-P., « La refonte de la procédure disciplinaire devant les ordres des professions de santé », *RDSS*, 2007, p. 651

MARKUS J.-P., « Nature juridique des recommandations de bonnes pratiques médicales », *AJDA*, 2006, p. 308

MARKUS J.-P., « Conflit d'intérêts et déontologies : l'échec des déontologies existantes et l'improbable (?) succès de la loi », *Médecine & Droit*, janvier-février 2014, n° 124, pp. 9-22

MARTIN F., « Les chambres disciplinaires des professions de santé », *RDSS*, 2016, p. 310

MASCRET C., « La valeur juridique des recommandations en matière de santé au regard de la pratique médicale », *LPA*, 2007, n° 7, p. 3

MASCRET C., « Le statut juridique des recommandations de bonne pratique en matière médicale », *LPA*, 2011, n° 187, p. 7

MASCRET C., « Les données acquises de la science face à leur normalisation pour les autorités sanitaires », *Médecine & et Droit*, 2008, p. 165

MATHIEU B., « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, janvier 1999

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, p. 211

MAUGÜÉ C., « Les responsabilités juridiques du médecin », Pouvoirs, avril 1999, n° 89, pp. 31-50

MAURIN L., « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD civ.*, 2015, p. 517

MEKKI M., « L'influence normative des groupes d'intérêts : force vive ou force subversive ? », *JCP G.,* octobre 2009, n° 43, p. 370

MELLERAY F., « L'exercice de l'action disciplinaire n'est soumis à aucun délai », *AJDA*, 2014, p. 1446

MÉMETEAU G., « Droit médical et déontologie : suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement », *in* mélanges J.-M. Auby, p. 747

MÉMETEAU G., « Gratuité et déontologie médicale », *in* PUIGELIER C., et TERRE F., *Jean FOYER in memorium*, mélanges, LexisNexis, 2010, pp. 271-288

MÉMETEAU G., « La doctrine en droit médical – *In* memoriam Étienne Frogé », *Médecine & Droit*, 1999, n° 35, pp. 26-30

MÉMETEAU G., « Le juge ignorant la médecine ? », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 039, p.12

MÉMETEAU G., HARICHAUX M., « Obligation de sécurité. Résultat. Chute du patient hospitalisé », *RDSS*, 1999, p. 564

MESTRE J., « Actualité de l'obligation d'information et du devoir de conseil », *RTD civ*., 1991, p. 83

MESTRE J., « Déontologie et relations contractuelles », *RTD civ*., 1999, p. 393

MESTRE J., « Le sort des contrats conclus en violation d'une règle de déontologie professionnelle », *RTD civ*., 1992, p. 383

MILLARD E. « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, (Dossier : la normativité), janvier 2007

MISTRETTA P., « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système du système de santé : réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », JCP G., 2003, act. 57

MISTRETTA P., « De l'art de légiférer avec tact et mesure », *JCP G*., 2016, pp. 417-423

MOQUET-ANGER M.-L., « Déontologie et santé », *RDSS*, 2018, pp. 5-6

MOQUET-ANGER M.-L., « Brevet de juridicité et contrôle de légalité des recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé (HAS) », *JCP A*., 2011, p. 18

MOQUET-ANGER M.-L., MALEZIEUX A., DOUALAN D., « La place de la déontologie comme source du droit médical », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1996, pp. 87-102

MOREAU J., « Le droit à la santé », *AJDA*, 1998, p. 185

MORET-BAILLY J., « Que signifie la déontologie aujourd'hui ? », *RDSS*, 2018, HS, p. 7

MORET-BAILLY J., « La déontologie médicale, de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale) », *RDSS*, 2012, p. 1074

MORET-BAILLY J., « Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé », *RDSS*, 2005, p. 593

MORET-BAILLY J., « L'obligation d'information de l'avocat à l'épreuve de sa déontologie ? », *D*., 2005, p. 2857

MORET-BAILLY J., « Les rapports entre loi et déontologie des professions de santé après le 4 mars 2002 », *RDSS*, 2003, p. 581

MORET-BAILLY J., « Les sanctions des règles déontologiques. Particularité ou banalité ? », *in* CHAINAIS C. et FENOUILLET D., (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, éd. Dalloz, 2012, coll. L''esprit du droit, pp. 473-487

MORET-BAILLY J., « Publicité et déontologie », *Les Tribunes de la santé*, 4/2014, n° 45, p. 31-36

MORET-BAILLY J., « Règles déontologiques et fautes civiles », *RTD civ*.2002, p. 2820
MORLET-HAÏDARA L., « L'indépendance de l'expert judiciaire en question », *D*., 2008, p. 2635
MORLET-HAÏDARA L., « Vers la reconnaissance d'un droit spécial du dommage corporel ? », *RCA* 2010, étude 13
MOYSAN-LOUAZEL A., « Les professions libérales réglementées, le marché et la concurrence – le cas des experts-comptables et des avocats », *comptabilité – contrôle – audit*, 2/2011, Tome 17, pp. 89-111

-N-

NICOLAS G., « L'évolution des droits des patients, approche transversale », *in* NICOLAS G. et VIOUJAS V. (dir.), *La modernisation du système de santé : un an d'application de la loi du 26 janvier 2016*, éd. LEH, 2017, coll. Les cahiers de droit de la santé n° 24, pp. 151-168
NICOLAS G., « Les interactions entre le droit constitutionnel et l'éthique dans le domaine de la recherche biomédicale », *in* DUPRAT J.-P., *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, éd. Publication de la Sorbonne, 2002, pp. 117-139
NIQUEGE S., « La loi sur la déontologie, ou la reforme à pas comptés », *AJFP*, 2016, p. 196

-O-

OLIVIER M., « A propos de la déontologie de l'expertise », *Revue Experts*, n° 38, mars 1998
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

-P-

PARICARD S., « La recherche médicale et le droit : une relation ambivalente », *RDSS*, 2009, p. 98
PARICARD S., « Le rythme de production du droit en bioéthique ou l'illusion d'un modèle » *in* NICOD M., (dir.), « Les rythmes de production du droit », éd. *IFR*, 2011, coll. Actes de colloques, pp. 141-156
PASTOR J.-M., « Le sénat divisé sur le projet de loi Bioéthique », *AJDA*, 2020, p. 269
PAULIAT H., « La contribution du droit souple au désordre normatif », *RDP*, janvier 2017, n° 1, pp. 59-70
PENNEAU J., « Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour se prononcer sur une action en dommages-intérêts dirigée contre un médecin qui a méconnu ses obligations

déontologiques. Lorsqu'une expertise implique l'accès à des informations couvertes par le secret médical il appartient au juge de prescrire des mesures efficaces pour éviter toute infraction », *D.*, 1997, p. 315

PERICAUD J.-F., « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », *RDI*, 2001, p. 321

PETIT J., « Déontologie et organisation des professions de santé », *RDSS*, 2002, p. 707

PETIT J., « Le contrôle du juge de cassation sur les sanctions disciplinaires des ordres professionnels », *AJDA*, 2011, p. 2246

PIERRE Ph., « L'insaisissable critère de la faute de technique médicale », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 168, p. 14

PIERRE Ph., « La place de la responsabilité objective : Notion et rôle de la faute en droit français » *in Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, éd. IRJS, 2012, pp. 169-186

PIGNEROL B., « Responsabilité et socialisation du risque », *AJDA*, 2005, p. 2211

PIROVANO A., « Faute pénale et faute civile (contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382 et 1383 du code civil et des articles 319-320 du code pénal) », LGDJ, 1966

PITCHO B., « Responsabilité, Obligation de sécurité de résultat, Nécessité d'une faute », *RDSS*, 2005, p. 332

PLUEN O., « Déontologie et éthique : des règles non juridiques ? », *in* ZARADNY A. WOLFF N. et FLEURY GRAFF T., (dir), *La fin du droit ?*, Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013, éd. Mare & martin, 2015, coll. Droit public, pp. 249-260

POIROT-MAZERES I., « La loi du 26 janvier 2016 et les professions de santé : des avancées contrastées », *in* NICOLAS G. et VIOUJAS V. (dir.), *La modernisation du système de santé : un an d'application de la loi du 26 janvier 2016*, éd. LEH, 2017, coll. Les cahiers de droit de la santé n° 24, pp. 97-114

PORCHY-SIMON S., « Dommage médical, entre dommage de droit commun et dommage spécial », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 167-168, pp. 26-31

PORCHY-SIMON S., « *L'arrêt Mercier : suites et fin ? »*, *in Un ordre juridique nouveau ?*, éd. Marre et Martin, 2014, coll. Droit privé et sciences criminelles

PRAIRAT E., « L'orientation déontologique », *Les sciences de l'éducation - pour l'ère nouvelle*, 2/2007, vol. 40, pp. 95-113

PRAIRAT E., « La morale professionnelle : questions premières », *Formation et profession*, 2013, pp. 30-43

PRALUS-DUPUY J., « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », *D.*, 1993, p. 135

PRALUS-DUPUY J., « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *RSC*, 1995, p. 723

PRALUS-DUPUY J., « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *RSC*, 1992, p. 229

PRALUS-DUPUY J., « Réflexions sur le pouvoir de sanction disciplinaire reconnu à certaines autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2003, p. 554

PREVOST J.-B., « Aspects philosophiques de la réparation intégrale », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 100, p. 7

-Q-

QUEZEL-AMBRUNAZ C., « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil », *RTD civ.*, 2012, p. 251
QUEZEL-AMBRUNAZ C., « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil », *RTD civ.*, 2012, p. 251

-R-

RADE C., « Réflexions sur le fondement de la responsabilité civile », *D.*, 1999, p. 313

RADE C., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, p. 301

RADE C., « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, p. 2247

RADE C., MAURY F. et ILLIN A., « Le rôle des règles déontologiques dans l'encadrement normatif de la recherche biomédicale », *in* DUPRAT J.-P., *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, éd. Publication de la Sorbonne, 2002, pp. 37-55

REMY Ph., « La part faite au juge », *Pouvoirs*, vol. 107, n° 4, 2003, pp. 22-36

RENAUDIE O., « Les déontologues dans les institutions de santé », *RDSS*, 2018, p. 91

RENAUT M-H., « L'évolution de l' acte médical », *RDSS* 1999, p. 45

RENUCCI J.-F., « L'exigence d'impartialité au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », RSC, 2005, p. 935

RIOT C., « L'exercice « subordonné » de l'art médical », *D.*, 2006, p. 111

ROBERT A., « Un manquement déontologique constitue nécessairement une faute civile », *D.*, 2011. p. 2782

ROBINEAU Y., et BRAIBANT G., « Rapport d'activité de la commission supérieure de codification », *RFDA*, 1994, p. 686

ROCHFELD J., « Responsabilité civile médicale – Solidarité nationale étendue », *RTD civ.*, 2003, p. 150

ROUSSET G., « Déontologie et droit de la concurrence, une méfiance mutuelle », *RDSS*, 2018, p. 147

ROUZET G., « Discipline notariale et fondamentaux de procédure », *Defrénois*, 2017, n° 126u5, p. 693

-S-

SABLIERE P., « Une nouvelle source du droit ? », *AJDA*, 2007, p.66

SAINT- JAMES V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.*, 1997, p. 61

SARGOS P., « Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique et méthodologie de la perte de chance », *D.*, 2010, p. 2682

SARGOS P., « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D.*, 2010, p. 1522

SARGOS P., « La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires », *D.*, 2007, n° 12, pp. 811-815

SAUVE J.-M., « Conflits d'intérêt et déontologie dans le secteur public », *AJDA*, 2012, p. 861

SAVATIER R., « La juridiction disciplinaire médicale épreuve vécue d'un pouvoir disciplinaire organisé à l'intérieur d'une profession médicale », *in* mélanges en l'honneur de Brèthe de la Gressaye, éd. Bière, 1967

SAVATIER R., « La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) » *Revue internationales de droit comparé,* 1976, pp. 493-510

SAVATIER R., « Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui », *Revue internationale de droit comparé*, 1959, pp. 186 sv.

SAVONITTO F., « Les recommandations de bonne pratique de la haute autorité de santé », *RFDA*, 2012, p. 471

SCHWARTZ R., « L'impartialité des juridictions ordinales », *Droit social*, 2000, p. 194

SCHWARTZ R., « Le conseil de l'ordre peut refuser d'inscrire au tableau de garde un médecin au motif qu'il n'est pas conventionné », *RDSS*, 2003, p. 38

SCHWARTZ R., « Sursis à statuer disciplinaire et décision définitive du juge pénal », *RFDA*, 1994, p. 459

SERLOOTEN P., « Vers une responsabilité professionnelle ? », *Mélanges HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse 1981

SERRA Y., « Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme, centre de droit de la concurrence », D., 2011, p. 2961

SERRA Y., « Méconnaissance des règles déontologiques et concurrence déloyale », *D.*, 1997, p. 459

SEUROT L., « Le cumul plafonné des sanctions pénales et disciplinaires », *AJDA*, 2013, p. 2209

STASSE F., « Les acteurs de la politique de santé », *Pouvoirs*, avril 1999, n° 89, pp. 65-78

STIRN B., « La dispersion des normes », *RDP*, janvier 2017, n° 1, pp. 5-10

SUAREZ C., « Quelle organisation alternative pour le système sanitaire français ? », *La revue de l'Ires*, 4/2008, n° 59, p. 41-74

SUDRE F., « Le droit à la protection de la santé, droit « caché » de la Convention européenne des droits de l'homme », *in* MARLIAC C., et al., *État du droit et état des droits*, Mélanges en l'honneur de Dominique Turpin, éd. Centre Michel de l'Hospital, 2017, coll. Collection des Mélanges du centre Michel de l'Hospital, pp. 645-656

SUPIOT A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *D.*, 2013, p. 1421

-T-

TABUTEAU D., « L'avenir de la médecine libérale et le spectre de Monsieur Bovary », *Droit social*, 2009, p. 383

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

TAPIE J., « Les recommandations de bonne pratique et les références médicales, des outils à généraliser », *Droit social*, 1997, p. 828

TERRIER E., « Responsabilité médicale : retour pour le futur », *D.*, 2005, p. 2131

THIBIERGE C., « La densification normative », *D.*, 2014, p. 834

THIBIERGE C., « Puissance de la norme et densification normative » *in* Le GOFF J., et ONNEE S., (dir.), *Puissance de la norme. Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*, éd. EMS Management & société, coll. Collection gestion en liberté, pp. 195-208

THIBIERGE C., « Le droit souple », *RTD civ.*, 2003, p. 599

THIERRY J.-B., « Les catastrophes sanitaires en matière médicale : état des lieux et perspectives », *AJ pénal*, 2014, p. 392

THOUVENIN D., « Pourquoi une loi relative aux droits des malades a-t-elle paru nécessaire ? *», Revue hospitalière de France*, n° 487, 2002

TIBERGHIEN F., « Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi *», AJDA*, 2019, p. 702

TOUBLANC A., « De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale », *AJDA*, 2004, p. 1173

TRUCHET D., « Déontologie des experts en santé, perspectives critiques », *RDSS*, 2018, p. 77

TRUCHET D., « L'évolution des sources formelles de la déontologie », *in* Mazeaud D., Bonneau T., (dir.), *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 31-42

TRUCHET D., « Le besoin de déontologie », *AJDA*, 2010, n° 38, p. 2129

TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC*, 1970, vol. 22, n° 2, pp. 247-261

TURPIN D., « La responsabilité sanitaire et sociale : évolutions et tendances », *RDSS*, 2015, p. 5

-V/W-

VAILLANT C., « Partager le secret : une nécessité… strictement encadrée », *JA*, 2008, n° 386, p. 19

VALETTE V., « Les sanctions civiles de la faute disciplinaire », *RRJ Droit prospectif*, 2006-2 pp. 815 sv.

VALLAR C., ZEPI S., « Responsabilité médicale et primauté de la faute de service », *RDSS*, 2004, p. 905

VEDEL G., « De la nécessité d'une déontologie en pharmacie », *Bull. ordre Pharmacien*, juin-juillet 1969

VERGES E., « Ethique et déontologie de la recherche scientifique, un système normatif communautaire », *in* J. Larrieu (dir.), *Qu'en est-il du droit de la recherche ?*, éd. LGDJ 2009, p. 131

VERON M., « La responsabilité pénale du médecin », *Petites affiches*, 1999, n° 189, p. 23

VERRON M., « L'évolution du contrôle des recommandations de bonne pratiques », *Médecine & Droit*, 2015, n° 132, p.53

VIALLA F., « Bref retour sur le consentement éclairé », *D.*, 2011, p. 292

VIALLA F., « Défaut d'information du patient, la Cour de cassation persiste et signe », *JCP G*, 2012, p. 756

VIALLA F., « Défaut d'information : classicisme ou originalité ? », *RDSS,* 2012, n° 47, p. 364
VIALLA F., « La déontologie des professions de santé », *RDSS*, 2018, p. 37
VIGNON-BARRAULT A., « Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 et indemnisation du dommage corporel », *RDSS*, 2019, p. 1033
VIGOUROUX C., GONOD P., « A propos de la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative », *AJDA*, 2012, p. 875
VILLENEUVE P., « Mise en place de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, mode d'emploi à l'usage des élus locaux », *AJCT*, 2014, p. 152
VINEY G. et JOURDAIN P., « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *JCP G*, 1997, I, p. 4016
VINEY G., « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D*., 2016, p. 1378
VINEY G., « Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile, Synthèse », *in* Recueil des travaux du groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance (GRERCA), *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, IRJS éditions, 2012
VINEY G., « Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile », *http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280040_gviney2.pdf*
VIOUJAS V., « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », *RDSS*, 2014, p. 517
VIRIOT-BARRIAL D., « Dignité de la personne humaine », *Rep. Droit pénal et proc. pénale*, juin 2014 (actualisation : janvier 2016)
VIRIOT-BARRIAL D., « Les nouvelles obligations de la médecine libérale dans l'exercice de leur profession », *RDSS*, 2011, p. 73
WACHSMANN P., « La volonté de l'interprète », *Droits 1998*, n° 28, p. 29-45

Monographie

-C-

CABROL V., *Déontologie et droit : contribution à l'étude des rapports en ordres normatifs*, thèse, 2010
CANSELIER G., *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, Thèse, 2006

-D-

De MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse soutenue le 9 décembre 2004, éd. Dalloz, 2006, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle

DEUMIER P., *Le droit spontané*, Thèse, Université de Toulouse I, Economica, 2002

DESDEVISES Y., *Le contrôle de l'intérêt légitime (essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action)*, thèse dactyl. Nantes 1973

DUGUÉ M., *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, thèse, 2015

-F-

FALCOU M.-H., *La juridicisation des règles de la déontologie médicale*, mémoire de Master 2 recherche, Droit public fondamental, 2010, Université Bordeaux IV Montesquieu

FOURNIER R., *L'ordre des médecins et le Code de déontologie médicale*, thèse, Université de Bordeaux, 1942

-G/H-

GHOZIA A., *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire,* thèse, 2013, éd. LEH, 2017, coll. Thèses

HASSENTEUFEL P., *Les médecins face à l'État. Une comparaison européenne*, thèse, 1997

HOCQUET-BERG S., *Obligation de moyens ou obligation de résultat ? A propos de la responsabilité civile du médecin*, thèse,1995

-J/K-

JAUNAIT A., *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale*, thèse, 2004

KIZILIAN M., *Illustration des valeurs du serment d'Hippocrate dans les personnages de médecins de la littérature française des XXe et XXIe siècles*, thèse d'exercice, 2010

-L/M-

LACAZE M., *Réflexions sur le bien juridique protégé par le droit pénal*, éd. Fondation Varenne, 2011, coll. Thèses

MICHEL-XISTE B., *Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients*, éd. LEH, 2000, coll. Thèses

-P-

PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, éd. LGDJ, 2004, coll. Thèses
PICARD A., *Les influences sur la pratique et les sources du droit médical et biomédical*, thèse, 2018
POISSON J.-F., *Bioéthique, éthique et humanisme : les lois françaises de 1994*, éd. LEH, 2001, coll. Thèses
PULICE E., *Le rôle de la déontologie médicale dans les sources du droit*, thèse, 2014
PY B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse. Nancy 2, 1993,

-S/T/V-

SAVATIER J., *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, thèse Poitiers, LGDJ, 1947
SIBIRIL K, *La notion d'intérêt en droit administratif français*, thèse Brest. 2012
TERRIER E., *Déontologie médicale et droit*, éd. LEH, 2003, coll. Thèses
TRIBES A., *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse dactyl., Paris II, 1975
VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1965

<u>Ouvrages collectifs</u>

-P/G/M-

PUTMAN E. et *alii*, *Droit civil, civilité des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Louis Mouralis, éd. PUAM, 2011, coll. Centre Pierre Kayser
GAUMONT-PRAT H. et *alii*, *Droit et bioéthique*, mélanges en l'honneur de Jean Michaud, éd. LEH, 2012, coll. Mélanges
MARLIAC C., et alii, *État du droit et état des droits*, mélanges en l'honneur de Dominique Turpin, éd. Centre Michel de l'Hospital, 2017, coll. Collection des Mélanges du centre Michel de l'Hospital

<u>Doctrine :</u> commentaires, chroniques, notes, colloques, journées

-A/B-

AUBERT D., « Illégalité de la transmission d'une décision de justice à l'ordre national des médecins à titre de peine complémentaire », *D.*, 14 juin 2016
BIBAL F., « Le terme légal « victime » inclut bien les victimes par ricochets », *Gaz. Pal.,* 20 septembre 2016, n° 32

BONNE N. et PREVOST X., *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne*, Acte du colloque organisé les 21 et 22 janvier 2016 Ecole de droit de l'Université d'Auvergne, LGDJ, 2016, coll. Contextes, pp. 43-55

BOUCARD F., « La violation d'une norme professionnelle constitue-t-elle une faute civile ? », note sous Com., 28 avril 2004, *RD banc. Fin.* 2004, p. 273

BRIGANT J.-M., « Faute civile et faute déontologique : l'autonomie c'est maintenant ! », note sous Com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaire*, n° 49, 2013, p. 1676

BRUN P., « Le dommage corporel en droit français », *in* « Le préjudice : entre tradition et modernité », 4e journées franco-japonaises, 2013, Association Henri Capitant, pp.75-79

-C-

CACQUERAY S., « Les interactions entre la loi et la déontologie médicale », *in* « La déontologie médicale », Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006) », 2007, pp. 109-121

CHEVRIER E., « Toute infraction aux règles déontologiques n'est pas déloyale per se », note sous Cass. com. 10 septembre 2013 n° 12-19356

-D-

DAVIER C., et VIALLA F., « Brèves réflexions sur les possibles implications déontologiques du tourisme médical », *in* « La déontologie médicale : Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006) », 2007, pp. 177-189

DREIFUSS-NETTER F., « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », *RCA*, 2002, chron, n° 17

DUBALLET A., « Un encadrement de l'obligation d'information du médecin », *Gaz. Pal.*, 2008, pp. 35-36

-G-

GABORIAU S. et PAULIAT H., « Justice éthique et dignité : Actes des colloques organisés à Limoges les 19 et 20 novembre 2004 », éd. *Presses universitaires de Limoges*, 2006, coll. Entretiens d'Aguesseau

GIOCANTI D., « La déontologie médicale et le droit pénal », *in La déontologie médicale*, Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006) », 2007, pp. 123-144

-H/J-

HOCQUET-BERG S., « Les victimes du vaccin contre la grippe de type A (H1N1) », *Revue générale du droit on line*, 2016, n° 24232

JAMIN Ch., « Vers la résolution unilatérale du contrat », D., 1999, p. 197, note sous Cass. civ., 1re, 13 octobre 1998, n° 96-21485

-M-

MARTENS P., « La dignité humaine : bonne à tout faire des cours constitutionnelles ? », *in* GABORIAU S. et PAULIAT H., *Justice éthique et dignité*, Actes des colloques organisés à Limoges les 19 et 20 novembre 2004 », éd. Presses universitaires de Limoges, 2006, coll. Entretiens d'Aguesseau, pp. 143-158

MARTIN F., « La normativité, la juridicité et la lente construction du droit moderne », *in* LAURENT-BONNE N. et PREVOST X., (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, Actes du colloque organisé le 21 et 22 janvier 2016, Ecole de droit de l'université d'Auvergne, Paris, LGDJ, 2016, pp. 111-146

MEKKI M., « La place du préjudice en droit de la responsabilité civile », *in Le préjudice : entre tradition et modernité*, 4e journées franco-japonaises, 2013, Association Henri Capitant, pp. 9-21

MÉMETEAU G., « La déontologie dévorée par la bioéthique », *in La déontologie médicale*, Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006) », 2007, pp. 93-106

-N/P-

NICOD M., (dir.), « Les rythmes de production du droit », éd. *IFR*, 2011, coll. Actes de colloques

PELTIER C., « Des références médicales à la qualité des soins », *Bull. ordre médical*, janvier 2002

-R-

RADÉ C., « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé », *RCA*, 2002, chron. p. 6

REBECQ G., « La déontologie médicale et le contentieux de la sécurité sociale », *in La déontologie médicale*, Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006) », 2007, pp. 159-175

RESPAUD J.-L., « Qu'est-ce qu'un mandat (d'intérêt commun) ? », *JCP E*, 2008, pp. 26-27 note sous Cass. com. 20 février 2007 n° 05-18.444

-S-

SARGOS P., « L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral », *D*. 2008, p. 192 note sous Cass. civ. 1re 6 décembre 2007

SAVATIER R., note sous Cass. crim., 3 juillet 1969, *JCP* 1970, II, n° 16447

STOFFEL-MUNCK P. et BLOCH C., « Responsabilité civile », chron., *La Semaine juridique,* édition générale, 2014, n° 19, doctr. 568

-T/Z-

THOLOZAN O., « La cristallisation juridique des normes de déontologie médicale (Première moitié du XXe siècle) », *in La déontologie médicale*, Actes du Ve colloque national Droit, Histoire, Médecine Aix-en-Provence (1-2 décembre 2006) », 2007, pp. 61-69

ZARADNY A. WOLFF N. et FLEURY GRAFF T. (dir), *La fin du droit ?*, Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013, éd. Mare & martin, 2015, coll. Droit public

<u>Rapports, avis et études</u>

Académie des sciences, « Recommandation de l'Académie des sciences et de l'Académie nationale de médecine relatives à l'utilisation de cellules souches embryonnaires humaines », 10 juin 2002

ANAES, « Guide des recommandations pour la pratique clinique », 1999

Assemblée nationale, « Rapport de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie rapport », n° 1708 du 30 juin 2004 tomes I et II

BINET J.-R. (dir.) « L'influence des avis du CCNE sur le droit français », Projet de recherche Besançon, 2010-2012

CE rapport, « Le droit souple », La documentation française, août 2013

CE rapport, « De l'éthique au droit » La documentation française, 1988

CE rapport, « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006, http://www.conseil-etat.fr/content/download/356/1096/version/1/file/rapportpublic2006.pdf

CLAYES A. LEONETTI J., « Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de loi créant de nouveau droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », Rapport n° 2585, 2015

CNOM rapport, « Écouter et agir pour la santé », juin 2019

Rapport Cour des comptes, « L'ordre des médecins » décembre 2019

CNOM rapport, « Quatorzième jeudi de l'ordre, à quoi sert la déontologie aujourd'hui ? » 24 janvier 2002, www.conseil-national.medecin.fr/

CNOM rapport, « Au cœur de la relation médecin patient », https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/cnom-affiche_confiance.pdf

CNOM rapport, « Les relations internationales du Conseil nationale de l'ordre des médecins », https://www.conseilnational.medecin.fr/sites/default/files/externalpackage/edition/8p7xps/relationsinternationalesversionfrancaise.pdf

CNOM rapport, « Conflits d'intérêts dans l'exercice médical : la déontologie médicale peut-elle aider à restaurer la confiance ? Les conflits d'intérêts : un sujet d'actualité », 2011, https://www.yumpu.com/fr/document/read/23265013/

CNOM rapport, « Conseil national de l'ordre, au service des médecins dans l'intérêt des patients », 2010-2011, http://www.cdom93.fr/fichier/t_download/203/download_fichier_fr_cnom_ra_2010.2011_18_pt.pdf

CNOM rapport, « Code de déontologie médicale, avril 2017, https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf

CORDIER C., « Éthique et professions de santé », La documentation française, mai 2003

Cour de cassation rapport, « La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », 2007, La documentation française

TABLE DES PRINCIPALES DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

Conseil constitutionnel

Cons. const., 11 octobre 2018, n° 2018-738, QPC, ECLI:FR:CC:2018:2018.738.QPC, Pascal D., JO n° 0236, 12 octobre 2018, texte n° 75, Absence de prescription des poursuites disciplinaires contre les avocats

Cons. const., 29 septembre 2011 n° 2011-179 QPC

Cons. const., 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC, ECLI:FR:CC:2011:2011.199.QPC, MICHEL G., JO 26 novembre 2011, texte n° 73, Discipline des vétérinaires

Cons. const., 27 juillet 1994 n° 94-343/344 DC

Cons. Const., 17 janvier 1989, *« Liberté de communication »,* n° 88-248 DC, obs. Genevois B. *RFDA,* 1989, p. 215.

Cons. const. 22 octobre 1982, n° 82-144 DC

Conseil d'État

CE 1er juillet 2019, n° 411263, *Lebon*

CE 1er juillet 2019, n° 420987, *Lebon*

CE 11 octobre 2017, n° 402497

CE 27 janvier 2016, *Lebon* 2016

CE 5e et 4e chambres réunies 27 mai 2016, n° 391149

CE 9 décembre 2016, n° 390892, *Lebon*

CE 31 décembre 2015, *AJDA* 2015. 966

CE 4e et 5e sous-sections réunies 31 mars 2014, n° 358821, *Lebon*

CE 30 décembre 2014, n° 381245, *Lebon*

CE 30 décembre 2013, n° 356775, *Lebon* 2013

CE 10 octobre 2012 5e et 4e sous-section réunies, M. Michel C. c. CHU de Rouen, n° 350425

CE 5e et 4e chambres réunies 30 mars 2011 n° 327669

CE 27 avril 2011, n° 334396, Association pour une formation médicale indépendante, *Lebon*, *AJDA* 2011, p. 1326

CE 30 mai 2011 n° 339496

CE 4 octobre 2010, n° 326231, H. Hamm, *AJDA* 2010, p. 2388.

CE Sect., 12 octobre 2009, Petit, n° 311.641, concl. Guyomar, Rec. p. 367

CE 17 décembre 2008, req. n° 312118

CE 15 novembre 2006 n° 283475, Krikorian et al.,

CE 12 janvier 2005, n° 256001, Kerkerian, *AJDA* 2005, p. 1008

CE 27 juin 2005, Morilhat, n° 224192

CE 17 novembre 2004, SEL Landwell et associés, req. n° 268075

CE 17 décembre 2003, req. n° 211058, *Lebon*

CE 19 octobre 2001, Galland, n° 214112

CE ass. 26 octobre 2001 n° 198546, *Lebon*

CE 28 mai 1999, *D*., 1999. IR p. 185

CE 8 novembre 1999, Guiton, n° 191630

CE 24 juin 1998, req. n° 180747, *Lebon*

CE 10 janvier 1996, req. n° 146265, *Lebon*

CE 28 janvier 1994, n° 126512

CE 4/1 SSR, 27 juin 1994, n° 152.225

CE ass., 2 juillet 1993 n° 124960, Milhaud, *Lebon* 194, concl. Kessler

CE 15 mars 1989, req. n° 89127, *Lebon*

CE 12 février 1988 n° 72309, note Harchoux, *D*., 1989, somm. 309

CE 9 décembre 1988 n° 60841, *Rec.*, p. 431

CE 24 juillet 1987, n° 65675 Frantz, *Dr. adm*. 1987, comm. 509

CE 30 juillet 1987, n° 67969, *Lebon* 1987

CE 7 décembre 1984, *Lebon* 1984

CE 2 février 1983, req. n° 14365, *Lebon*

CE 30 janvier 1980, n° 11675, Valery *Lebon* T. p. 854

CE Sect., 21 mars 1980, CPAM de la région parisienne, Rec. p. 158

CE SSR 9 novembre 1979, Buisson n° 12867, Rec. T. p. 867

CE 22 juillet 1977, n° 04789, *Lebon* 1977

CE Sect., 31 janvier 1969, req. n° 63074, *Lebon*

CE Sect. 26 février 1960, Ministre du travail et de la sécurité sociale, Rec. p. 255

CE ass., 27 mai 1955, Deleuze, *D*., : *Lebon*, p. 276

CE ass. 4 janvier 1952 Simon, *Lebon*, Rec., p. 13

CE 2 avril 1943 Bouguen, req. n° 72210, *Lebon* p. 86

CE Req. 28 janvier 1942 Parcelier c. Teyssier, DC 1942. 63 ; *Gaz. Pal*. 1942-1, p. 177

Cour d'appel

CA Paris 2e ch., 31 octobre 2019, n°18/15941

CA Versailles 26 janvier 2017, n°14/09204

CA Pau 2e ch., 1re section, 28 mars 2017, n° 15/01585

CA Orléans 4 janvier 2016, n° 14/02882

CA Paris 24 novembre 2016 n° 15/10862

CA Bordeaux 11 mars 2015 n° 13/04650

CA Bordeaux 18 mars 2015 n° 13/05910

CA Limoges 27 mars 2014 n° 12/01265

CA Nouméa 18 mars 2013 n° 11/00172

CA Rennes 25 mai 2011 n° 09/07617

CA Paris 30 septembre 2011 n° 08/24267

CA Versailles 9 avril 2008 n° 07/05398

CA Aix-en-Provence 10e ch., 6 février 2007, n° 05/15933

CA Douai 31 octobre 2007 n° 07/02999

CA Toulouse 9 janvier 2006, n° 05/01369

CA Versailles 13 janvier 2006 n° 03/04349

CA Lyon 6 avril 2006 civ.1., n° 05/01160

CA d'Aix-en-Provence 21 décembre 2006 n° 92/06197

CA Lyon, 17 septembre 2004, n° 01/07102

CA Paris 13 mars 1996, SA Ēd. Plon/Cts Mitterrand, *JCP* 1996-II-22632

CA Poitiers 21 septembre 1994

CA Limoges 4 mai 1959, *JCP* 1959, II, 11154

CA Angers 4 mars 1947, *D*. 1948

CA Lyon 27 juin 1913, *DP* 2, p. 73 note Lalou

Cour administrative d'appel

CAA Nantes 20 avril 2006, n° 04NT00534, *Lebon*

CAA Nancy 10 janvier 2005, n° 00NC01233, Inédit au recueil *Lebon*

CAA Nantes 9 mai 2008 n° 07NT01503, Inédit au recueil *Lebon*

CAA Nancy 13 juin 2013 n° 12NC01478

CAA Poitiers 21 septembre 1994

Cour de cassation

Cass. civ. 1re, 1er juillet 2020, n° 19-17.173

Cass. civ. 1re, 22 mai 2019, n° 18-12.101

Cass. civ. 1re, 27 novembre, 2019 n° 18-24.906

Cass. civ. 1re, 4 juillet 2018, n° 17-14.955

Cass. civ. 1re, 25 janvier 2017, n° 15-27.898

Cass. civ. 1re , 8 février 2017, n° 15-19.716, *D*., 2017, p. 406

Cass. civ. 1re, 15 mars 2017, n° 16-10.046

Cass. civ. 1re, 26 avril 2017 n° 16-14.036 et n° 16-15.278

Cass. civ.1re, 20 septembre 2017, n° 16-21.367

Cass. civ. 1re, 8 novembre 2017, n° 15-19.716

Cass. civ. 1re, 22 novembre 2017, nos 16-23.808 et 16-24.719

Cass. civ 1re, 25 novembre 2017 n° 09-68.631

Cass. crim. 25 mai 2016, n° 15-81.511

Cass. civ. 1re, 15 juin 2016, n° 15-11.339

Cass. civ. 1re, 29 juin 2016, n° 15-21.468

Cass. civ. 1re, 13 juillet 2016, n° 15-20.268

Cass. civ. 1re, 16 novembre 2016, n° 15-24.715

Cass. civ. 1re, 30 novembre 2016 n° 15-27.424

Cass. civ. 1re, 5 mars 2015, n° 14-13.292

Cass. com. 7 juillet 2015, n° 14-16.307

Cass. civ. 1re, 9 juillet 2015, n° 14-18.970

Cass. civ. 1re, 23 janvier 2014, n° 12-22.123, *D*., 2014, p. 584

Cass. crim. 19 février 2014, n° 12-87.558

Cass. civ. 1re, 9 avril 2014, n° 13-14.964

Cass. civ. 1re, 30 avril 2014, n° 13-14.288

Cass. com. 24 juin 2014 n° 13-26.332, *Bull. civ*. IV, 2014, n° 108

Cass. civ. 1re, 20 mars 2013, n° 12-13.900

Cass. civ. 1re, 3 juillet 2013, n° 12-23.553, *Bull*. 2013, I, n° 143

Cass. com. 10 septembre 2013, n° 12-19.356, *JurisData* n° 2013-018905

Cass. civ. 1re, 12 janvier 2012, n° 10-24.447

Cass. civ. 1re, 26 janvier 2012, n°10-26.705

Cass. civ. 1re, 4 mai 2012 n° 11-17.022, Inédit

Cass. civ. 1re, 12 juin 2012, n° 11-18.327

Cass. civ. 1re, 12 juillet 2012, n° 11-17.510

Cass. civ. 1re, 20 septembre 2012, n° 11-16.402

Cass. civ. 2e, 13 janvier 2011, n° 10-13.675

Cass. civ. 1re, 20 janvier 2011, n° 10-17.357

Cass. com., 8 février 2011, n° 09-17.034

Cass. civ. 1re, 3 mars 2011 n° 10-14.012, *Bull. civ*. I, 2011, n° 42

Cass. civ. 1re, 26 mai 2011 n° 10-15.550

Cass. com. 12 juillet 2011 n° 10-25.386

Cass. civ. 1re, 6 octobre 2011, n° 10-21.241

Cass. civ. 1re, 17 novembre 2011, n° 10-24.688

Cass. civ. 1re, 28 janvier 2010 n° 09-10.992, *Bull*. 2010, I, n° 20

Cass. civ. 1re, 8 avril 2010, n° 08-21.058, *Bull*. 2010, I, n° 90

Cass. civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-14.896

Cass. civ. 1re, 3 juin 2010 n° 09-13.591, *Bull. civ*. 2010, I, n° 573

Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547

Cass. civ. 1re, 30 septembre 2010, n° 09-68.372.

Cass. civ. 1re, 14 octobre 2010, n° 09-68471, *Bull. civ*. I, n° 201, *RTD civ*. 2011, p. 135

Cass. civ. 2e, 21 octobre 2010, n° 09-12.078, *Bull. civ*. II, 2010, n° 172

Cass. civ. 1re, 25 novembre 2010 n° 09-68.631

Cass. civ. 1re, 18 septembre 2008 n° 07-13.080, *Bull. civ*. 2008, I, n° 206 et n° 07-12.170, *Bull. civ*. 2008, I, n° 205

Cass. civ. 1re, 27 novembre 2008, n° 07-15.963 *Bull. civ*. I, n° 273

Cass. soc., 7 novembre 2006, n° 04-47.683, Bull. V, 2006, n° 325

Cass. civ. 1re, 4 janvier 2005, n° 03-14.206

Cass. civ. 1re , 21 juin 2005, n° 04-12.066, *Bull. civ*. 2005, I, n° 276

Cass. civ. 1re , 29 novembre 2005 n° 04-13.80 et n° 03-10.877

Cass. civ. 1re , 26 octobre 2004 n° 02-20.747

Cass. civ. 1re, 9 novembre 2004, nos 01-17.908 et 01-17.168 , *RTD civ*, 2005, p. 143

Cass. civ. 1re, 7 décembre 2004 n° 02-10.957

Cass. civ. 2e, 16 décembre 2004, n° 02-15.519, *Bull*., II, n° 529

Cass. civ. 1re, 10 juillet 2002 n° 01-10.039

Cass. civ. 1re, 13 novembre 2002, n° 01-00.377, *Bull. civ*. 2002, I, n° 265

Cass. civ. 1re , 27 mars 2001, n° 99-17.672, *Bull. civ*. 2001

Cass. com. 22 mai 2001 n° 95-14.909

Cass. civ. 1re, 9 octobre 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* I, n° 249

Cass. civ. 1re, 18 janvier 2000, n° 79-17.716

Ass. Plén. 25 février 2000, n° 97-17.378 et 97-20.152, *RTD civ*. 2000, p.582

Cass. civ. 2e, 27 avril 2000 n° 98-13.361, *Bull*. 2000, II, n° 68 p. 47

Cass. com. 18 avril 2000 n° 97-17.719

Cass. civ. 1re, 23 mai 2000 n° 98-20.440 et n° 98-19.869, *Bull. civ*.

Cass. civ. 1re, 23 mai 2000 n° 98-18.513, *Bull. civ*. I, 2000, n° 159, p. 103

Cass. civ. 1re, 6 juin 2000, n° 98-19.295, *Bull. civ*. I, n° 176

Cass. civ. 1re, 20 juin 2000, n° 98-23.046

Cass. civ. 1re, 7 novembre 2000, n° 99-12.255, *Bull. civ*. 2000, I, n° 279

Cass. civ. 1re, 8 novembre 2000 n° 99-11.735

Cass. civ. 1re, 19 décembre 2000, n° 99-12.403, *Bull*. I, 2000, n° 331, p. 214

Cass. civ. 1re, 13 octobre 1999, n° 97-21.451, *JCP*, 2000, p.10270

Cass. civ. 1re, 29 juin 1999, 3 arrêts nos 97-14.254, 97-15.818 et 97-21.903, *Bull. civ*. 1999, I, n° 220

Cass. civ. 1re, 9 novembre 1999, n° 98-18.010, *Bull*. 1999 I n° 300

Cass. civ. 1re, 7 décembre 1999, n° 97-19.262, *Bull*., I, n° 337

Cass. civ. 1re, 3 mars 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 95 p. 63

Cass. civ. 1re , 27 mai 1998, n° 96-19.161, *Bull. civ.* I, n° 187

Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, nos 97-18.481, 97-18.509, 97-19.131, *Bull. civ*. I, n° 210, p. 144

Cass. civ. 1re, 7 juillet 1998 n° 96-17.733

Cass. civ. 1re, 7 juillet 1998, n° 96-22.727

Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, n° 97-10.267

Cass. civ. 1re , 13 octobre 1998, n° 96-21.485

Cass. civ. 1re, 7 janvier 1997, *D*., 1997, p. 189

Cass. civ. 1re, 25 février 1997, Hédreul, n° 94-19.685 *Bull*. civ. I, n° 75

Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, n° 95-125.76, *Bull. civ*. I, n° 99

Cass. com. 29 avril 1997 n° 94-21.424, *Bull. civ*. 1997, IV n° 111 p. 98

Cass. crim., 8 octobre 1997 n° 94-84.801

Cass. civ. 1re, 21 mai 1996, n° 94-16.586, *Bull. civ*. I, n° 219, p. 152

Cass. civ. 1re, 10 janvier 1995, n° 93-11.861

Cass. civ. 1re, 12 avril 1995, nos 92-11.950 et 92-11.975, *Bull. civ*. 1995, I, n° 179 et 180

Cass. civ. 1re , 21 novembre 1995 n° 93-21.275
Cass. civ. 1re, 22 novembre 1994, n° 92-16.423
Cass. civ. 1re, 1er décembre 1993 n° 91-21.740
Cass. civ. 1re, 5 novembre 1991, n° 89-15.179, *Bull. civ*. 1991, I, n° 297
Cass. civ. 1re, 24 janvier 1990, n° 87-18.008, *Bull*. 1990 I n° 25 p. 17
Cass. civ. 1re, 7 février 1990, n° 88-14.797, *D*., 1991, p. 183
Cass. civ. 1re , 28 juin 1989, n° 87-20.211, *Bull. civ*. I, 1989, n° 258, p. 172
Cass. civ. 1re , 31 octobre 1989, n° 88-15.352
Cass. civ. 1re, 19 janvier 1988, n° 86-12.673
Cass. civ. 1re , 21 juin 1988, n° 86-19.017, *Bull. civ*. IV, n° 210.
Cass. civ. 1re, 11 octobre 1988, n° 86-12.832, *Bull. civ*. I, n° 280 ; *JCP* 1989, II. 21358
Cass. civ. 1re, 24 novembre 1987, n° 85-13.993, *D*., 1989
Cass. civ. 2e, 31 janvier 1985, *D.,* 1986, IR 225
Cass. civ. 1re, 12 novembre 1985, n° 83-17.061, *Bull. civ*. I, n° 299
Cass. civ. 1re, 20 mars 1984, n° 82-16.926, *Bull. civ*. I, 1984, n° 107
Cass. crim., 15 mai 1984 n° 84-90.252
Cass. civ. 1re , 4 mai 1982 inédit, *D*., 1983, IR p. 378
Cass. civ. 1re, 26 novembre 1980, n° 79-13.870, *Bull*., I, n° 308
Cass. civ. 3e, 20 juin 1979 n° 77-15.348, *Bull*., III, n° 139
Cass. crim. 24 octobre 1973, n° 72-93.598
Cass. civ. 1re , 21 février 1967, *Bull. civ.* n° 74
Cass. civ. 1re, 29 octobre 1963, *D*., 1964 ; *Gaz. Pal*. 1964, 1, p. 124
Cass. civ. 1re, 21 février 1961, *Bull. civ*. I, n° 115
Cass. civ. 1re, 18 avril 1961, *Bull. civ*. I, n° 210
Cass. soc. 24 mai 1960, *Bull*, n° 562
Cass. civ. 1re, 1er juillet 1958, *D*., 1959, p. 283
Cass. civ. 1re, 29 mai 1951, Martin/Birot, *D*., 1952 p. 53
Cass. crim., 8 mai 1947, Degraene *JCP* 1948, II, 4141
Cass. crim. 12 décembre 1946, *JCP* 1947, 3621
Cass. civ. 1re, 6 mars 1945, Clinique sainte Croix, *D*., 1945, p. 217
Cass req., 28 janvier 1942, Teyssier, *D*., 1942, jurispr. p. 63
Cass. civ. 1re, 27 juillet 1937, *DP* 1938, 1 p. 5
Cass. civ. 1re, 29 novembre 1937, Sirey, 1938, 1, p. 257
Cass. civ. 1re, 20 mai 1936 Mercier, *DP* 1936, I, 88

Cass. civ., 18 décembre 1912 et 12 juin 1914, Sirey, 1914, 1, p. 249
Cass. req. 18 juin 1835, Thouret-Noroy, *DP* 1835, I, 300, concl. Dupin

Décisions disciplinaires

(Les décisions disciplinaires sont disponibles sur le site internet du CNOM rubrique jurisprudences)

2019 :
Chambre disciplinaire nationale 5 février 2019, n° 13273
Chambre disciplinaire nationale 21 février 2019, n° 13422
Chambre disciplinaire nationale 23 mars 2019, n° 13914
Chambre disciplinaire nationale 3 octobre 2019, n° 13821
Chambre disciplinaire nationale 27 novembre 2019, n° 13670

2018 :
Chambre disciplinaire nationale 19 janvier 2018, n° 13155
Chambre disciplinaire nationale 9 février 2018, n° 13178
Chambre disciplinaire nationale 6 février 2018, n° 13086
Chambre disciplinaire nationale 16 mars 2018, n° 13303
Chambre disciplinaire nationale 30 avril 2018, n° 13611
Chambre disciplinaire nationale 5 septembre 2018, n° 13604
Chambre disciplinaire nationale 4 octobre 2018, n° 13196
Chambre disciplinaire nationale 24 octobre 2018, n° 13235

2017 :
Chambre disciplinaire nationale 23 janvier 2017, n° 13118
Chambre disciplinaire nationale 12 avril 2017, n° 13056

2016 :
Chambre disciplinaire nationale 21 janvier 2016, n° 12426
Chambre disciplinaire nationale 29 janvier 2016, n° 12436
Chambre disciplinaire nationale 4 février 2016, n° 12342
Chambre disciplinaire nationale 8 mars 2016, n° 12484

Chambre disciplinaire nationale 4 avril 2016, n° 12337

Chambre disciplinaire nationale 4 avril 2016, n° 12574

Chambre disciplinaire nationale 4 avril 2016, n° 12594

Chambre disciplinaire nationale 27 avril 2016, n° 12440

Chambre disciplinaire nationale 17 mai 2016, n° 12430

Chambre disciplinaire nationale 7 juin 2016, n° 12605 à 12612

Chambre disciplinaire nationale 17 juin 2016, n° 12989

Chambre disciplinaire nationale 21 juin 2016, n° 12443

Chambre disciplinaire nationale 22 juin 2016, n°s 12512 et 12513

Chambre disciplinaire nationale 19 juillet 2016, n° 13142

Chambre disciplinaire nationale 19 juillet 2016, n° 12736

Chambre disciplinaire nationale 21 juillet 2016, n° 12882

Chambre disciplinaire nationale 27 juillet 2016, n° 12270

Chambre disciplinaire nationale 8 septembre 2016, n° 12625

Chambre disciplinaire nationale 5 septembre 2016, n° 12614

Chambre disciplinaire nationale 15 septembre 2016, n° 12631

Chambre disciplinaire nationale 20 septembre 2016, n° 12769

Chambre disciplinaire nationale 22 septembre 2016, n° 12668

Chambre disciplinaire nationale 26 septembre 2026, n°s 12810 et 12811

Chambre disciplinaire nationale 7 novembre 2016, n° 12711

Chambre disciplinaire nationale 7 octobre 2016, n° 12693

Chambre disciplinaire nationale 24 octobre 2016, n° 13204

Chambre disciplinaire nationale 15 novembre 2016, n° 12820

Chambre disciplinaire nationale 30 novembre 2016, n° 12765

2015 :

Chambre disciplinaire nationale 17 mars 2015, n° 12020

Chambre disciplinaire nationale 27 mars 2015, n° 12103

Chambre disciplinaire nationale 3 avril 2015, n° 12411

Chambre disciplinaire nationale 6 mai 2015, n° 12444

Chambre disciplinaire nationale 4 juin 2015, n° 11812

Chambre disciplinaire nationale 11 septembre 2015, n° 12253

Chambre disciplinaire nationale 25 septembre 2015, n° 12273

Chambre disciplinaire nationale 12 novembre 2015, n° 11266bis

Chambre disciplinaire nationale 17 novembre 2015, n° 12202
Chambre disciplinaire nationale 07 décembre 2015, n° 12390

2014 :
Chambre disciplinaire nationale 9 janvier 2014, n° 11604
Chambre disciplinaire nationale 13 février 2014, n° 12025
Chambre disciplinaire nationale 15 avril 2014, n° 11870
Chambre disciplinaire nationale 15 mai 2014, n° 12390
Chambre disciplinaire nationale 25 mai 2014, n° 11816
Chambre disciplinaire nationale 5 juin 2014, n° 11805
Chambre disciplinaire nationale 26 juin 2014, n° 11607
Chambre disciplinaire nationale 25 septembre 2014, n° 11773
Chambre disciplinaire nationale 6 novembre 20012, n° 11272
Chambre disciplinaire nationale 11 décembre 2014, n° 11948
Chambre disciplinaire nationale 11 décembre 2014, n° 11952

2013 :
Chambre disciplinaire nationale 7 janvier 2013, n° 11349
Chambre disciplinaire nationale 13 mai 2013, n° 11600
Chambre disciplinaire nationale 31 mai 2013, n° 11443
Chambre disciplinaire nationale 16 juillet 2013, n° 11556
Chambre disciplinaire nationale 5 septembre 2013 n° 11501
Chambre disciplinaire nationale 6 septembre 2013, n° 11452
Chambre disciplinaire nationale 17 septembre 2013, n° 11510
Chambre disciplinaire nationale 14 novembre 2013, n° 11581

2012 :
Chambre disciplinaire nationale 8 mars 2012, n° 11040
Chambre disciplinaire nationale 6 avril 2012, n° 11087
Chambre disciplinaire nationale 10 avril 2012, n° 11063
Chambre disciplinaire nationale 2 mai 2012, n° 10995
Chambre disciplinaire nationale 3 mai 2012, n° 11062
Chambre disciplinaire nationale 15 mai 2012, n° 11057
Chambre disciplinaire nationale 11 juin 2012, n° 11127

Chambre disciplinaire nationale 12 juin 2012, n° 11192
Chambre disciplinaire nationale 5 juillet 2012, n° 11120
Chambre disciplinaire nationale 1er octobre 2012 n° 11660
Chambre disciplinaire nationale 19 octobre 2012, n° 11237
Chambre disciplinaire nationale 6 novembre 20012, n° 11272
Chambre disciplinaire nationale 26 novembre 2012, n° 11297
Chambre disciplinaire nationale 17 décembre 2012, n° 11279

2011/2010 :
Chambre disciplinaire nationale 13 janvier 2011, n° 10560
Chambre disciplinaire nationale 22 mars 2011, n° 10712
Chambre disciplinaire nationale 6 septembre 2010, n° 10626
Chambre disciplinaire nationale 27 octobre 2010, n° 10970

2009/2008 :
Chambre disciplinaire nationale 1er juillet 2009, n° 10140
Chambre disciplinaire nationale 7 novembre 2008, n° 9971

2007 :
Chambre disciplinaire nationale 24 avril 2007, n° 9565
Chambre disciplinaire nationale 9 octobre 2007, n° 9641

2006 :
Chambre disciplinaire nationale 15 juin 2006, n° 9347
Chambre disciplinaire nationale 22 septembre 2004, n° 8858

2005/2002 :
Chambre disciplinaire nationale 21 novembre 2005, n° 9204
Chambre disciplinaire nationale 3 avril 2002, n° 8088

2001 :
Chambre disciplinaire nationale 25 janvier 2001, n° 7668
Chambre disciplinaire nationale 29 mars 2001, n° 7647

2000 :

Chambre disciplinaire nationale 07 juin 2000, n° 7099

Chambre disciplinaire nationale 05 juillet 2000, n° 7201

Section des assurances sociales du CNOM 16 décembre 2014, n° 5031

Section des assurances sociales du CNOM 13 mars 2008, n° 4018

Section des assurances sociales du CNOM 14 juin 2007, n° 4257

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

-A-

Aléa thérapeutique : 95, 99, 105, 215

Accidents médicaux : 211, 212, 320, 364, 371

Acharnement thérapeutique : 49

Arrêts

- Audat : 275
- Mercier : 92, 93, 147, 194, 198, 283
- Milhaud : 274

Assimilation des fautes

- Définition : 304
- Civile et disciplinaire : 304 sv.
- Exclusion : 327 sv.
- Hypothèse : 318 sv.
- Justification : 307, 329 sv., 370
- Position jurisprudentielle : 249 sv.
- Rejet doctrinal : 225, 234 sv., 238
- Rejet jurisprudentiel : 234 sv.

Autonomie

- Des fautes : 250, 251
- Du juge : 173, 357
- Statutaire : 28, 59
- Substantielle : 88, 130

Autorité de la chose jugée

- Aménagement : 350 sv.
- Application : 343 sv.

-B-

Bioéthique : 122, 123, 138

-C-

Code unique de déontologie : 59, 192

Codification des règles déontologiques : 31, 44, 269 sv.

Concurrence déloyale : 184, 187, 236, 249, 250, 371

Confraternité : 32, 233, 280, 281, 336

Consentement libre et éclairé : 58, 145, 155 sv.

Contrôle juridictionnel : 85, 86

Corporatisme/ corporation : 4, 8 sv., 31, 181, 185

CNOM

- Compétences administratives : 67, 68
- Compétences disciplinaires : 63, 64
- Organisation : 60, 62 sv.

-D-

Déontologie

- Notion : 3, 26, 33

- Des architectes : 127
- Des avocats : 125
- Des notaires : 128
- Multitude : 191
- Sources : 11 sv.

Délais judiciaires : 358

Dommage : 217, 373

Données scientifiques : 232, 284, 289 sv.

- Constance : 286
- Conformité : 285
- Consécration : 287
- Evolution : 289

Dossier médical : 58, 111, 146, 157

Détournement de la règle déontologique : 24, 303

Dignité

- Principe : 48, 49
- Protection : 51
- Valeur constitutionnelle : 50

Distinction

- Des intérêts protégés : 333
- Des fautes civiles et déontologiques : 251

-E-

Ethique

- Notion : 17, 18
- Et déontologie : 121 sv.

Euthanasie : 53, 190, 206, 263

Expertise / Expert

- Impact / importance : 169, 173 sv.
- Régime juridique : 171
- Soumis à la déontologie : 172
- Dans la procédure disciplinaire : 364

-F-

Faute

- Civile : 131, 162, 163, 165, 184, 208, 250 sv., 305
- Disciplinaire : 72, 107, 108, 109, 117 sv.
- D'humanisme : 100, 101, 112
- Pénale : 207 sv., 328
- Technique : 99, 111, 352

Finalité

- De la règle déontologique : 164
- Double finalité de la déontologie : 220
- De la responsabilité civile : 338, 353

-H-

Hiérarchie des intérêts : 323 sv.

-I-

Identité des fautes pénale et civile : 208

Impartialité : 76, 77, 79, 81

Imprescriptibilité :

- De l'action disciplinaire : 365 sv.
- De la faute disciplinaire : 119
- Incidence de la sanction disciplinaire : 252 sv., 346, 347

Indépendance

- Des actions / du tribunal : 79, 360 sv.
- Des juges : 173, 342

Infection nosocomiale : 106, 213

Information médicale :

- Du patient : 135 sv.
- Limites : 146
- Devoir déontologique : 136 sv.
- Obligation légale : 139, 140, 143, 144
- Particulière : 145

Influence

- Définition : 20
- De la sanction disciplinaire : 223, 246, 247, 254
- Déontologique : 22 sv., 224, 371

Intérêt protégé

- Notion : 308, 309, 311
- Commun : 313
- Patient : 319
- Professionnel : 332 sv.
- Hiérarchie : 323 sv.

-J-

Juge

- Rôle active : 167
- Rôle principal : 161
- Rôle d'interprète : 165, 176, 186
- Souveraineté : 162, 166

-L-

Lien de causalité : 140, 175, 216, 218, 292, 328

Liberté

- Du patient de choisir son médecin : 228, 231
- D'installation : 57, 229, 336, 280
- De fixer des honoraires : 230

-M-

Morale

- Notion : 33 sv.
- Professionnelle : 54, 112, 151, 181, 193, 221, 242, 262, 263, 279
- Distinction de la déontologie : 35

-O-

Obligation

- Du patient : 158 sv., 228
- Du médecin : 94, 215

-P-

Paternalisme médical : 43, 92, 135, 154, 272, 279

Préjudice : 207, 216, 217

Préjudice autonome : 140 sv.

Préjudice d'impréparation : 142

Principe de légalité : 82, 84, 86, 110, 114

Procédure disciplinaire : 70, 71, 78, 328, 362 sv.

Protection des intérêts professionnels : 164, 205, 220, 280, 325

Protection de la santé : 55, 56, 57, 278, 316

-R-

Rapports

- Sanction pénale /disciplinaire : 347, 348
- D'autonomie : 22, 222, 246
- Ambigus : 131, 220

Rapprochements

- Déontologie et responsabilité civile : 132, 133, 134
- Limites : 178, 201

Recommandations de bonne pratique

- Définition / origine : 292, 294 sv.
- Légitimité : 293
- Pertinence : 296
- Statut juridique : 282, 297 sv.

Règle déontologique

- Contenu : 278
- Déclin : 188, 189, 261, 262
- Impérativité : 25, 164, 241, 242, 276 sv.
- Statut juridique : 164, 239, 268

Responsabilité

- Civile du médecin : 92, 219, 255 sv., 265
- Disciplinaire du médecin : 14, 69 sv. 74, 106
- Légale : 89, 256 sv.
- Objective : 211 sv.
- Pénale du médecin : 207, 209 sv., 347
- Plurale : 89, 202

-S-

Secret professionnel : 43, 51, 149 sv., 253, 278

Service public : 10, 40, 41, 65, 266

Serment d'Hippocrate / médical : 3, 5 sv., 32, 50, 136, 149, 194

Soins

- Accès : 65, 199
- Palliatifs : 198
- Prévention : 97, 200
- Notion classique : 195, 196
- Notion moderne : 197

-T-

Transmission de la décision disciplinaire : 360 sv.

-V-

Victime

- Directe : 315, 318, 319
- Par ricochet : 180, 316, 320 sv.

Annexe

Serment d'Hippocrate (texte original)

Je jure par Apollon médecin, par Asclépios, par Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, les prenant à témoin, de remplir, selon ma capacité et mon jugement, ce serment et ce contrat ; de considérer d'abord mon maître en cet art à l'égal de mes propres parents ; de mettre à sa disposition des subsides et, s'il est dans le besoin, de lui transmettre une part de mes biens ; de considérer sa descendance à l'égal de mes frères, et de leur enseigner cet art, s'ils désirent l'apprendre, sans salaire ni contrat ; de transmettre, les préceptes, des leçons orales et le reste de l'enseignement à mes fils, à ceux de mon maître, et aux disciples liés par un contrat et un serment, suivant la loi médicale, mais à nul autre.

J'utiliserai le régime pour l'utilité des malades, suivant mon pouvoir et mon jugement ; mais si c'est pour leur perte ou pour une injustice à leur égard, je jure d'y faire obstacle. Je ne remettrai à personne une drogue mortelle si on me la demande, ni ne prendrai l'initiative d'une telle suggestion. De même, je ne remettrai pas non plus à une femme un pessaire abortif. C'est dans la pureté et la piété que je passerai ma vie et exercerai mon art. Je n'inciserai pas non plus les malades atteints de lithiase, mais je laisserai cela aux hommes spécialistes de cette intervention. Dans toutes les maisons où je dois entrer, je pénétrerai pour l'utilité des malades, me tenant à l'écart de toute injustice volontaire, de tout acte corrupteur en général, et en particulier des relations amoureuses avec les femmes ou les hommes, libres ou esclaves. Tout ce que je verrai ou entendrai au cours du traitement, ou même en dehors du traitement, concernant la vie des gens, si cela ne doit jamais être répété au-dehors, je le tairai, considérant que de telles choses sont secrètes.

Eh bien donc, si j'exécute ce serment et ne l'enfreins pas, qu'il me soit donné de jouir de ma vie et de mon art, honoré de tous les hommes pour l'éternité. En revanche, si je le viole et que je me parjure, que ce soit le contraire.

Traduction
Jouanna J., Hippocrate, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992, annexe I.

(Portrait d'Hippocrate de Cos, Paris - Bibliothèque nationale, manuscrit grec 2144, f° 10 v°, XIVe siècle)

Serment médical

« Au moment d'être admis(e) à exercer la médecine, je promets et je jure d'être fidèle aux lois de l'honneur et de la probité.
Mon premier souci sera de rétablir, de préserver ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux.
Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité. Même sous la contrainte, je ne ferai pas usage de mes connaissances contre les lois de l'humanité.
J'informerai les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences.
Je ne tromperai jamais leur confiance et n'exploiterai pas le pouvoir hérité des circonstances pour forcer les consciences.
Je donnerai mes soins à l'indigent et à quiconque me les demandera. Je ne me laisserai pas influencer par la soif du gain ou la recherche de la gloire.
Admis(e) dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés. Reçu(e) à l'intérieur des maisons, je respecterai les secrets des foyers et ma conduite ne servira pas à corrompre les mœurs.
Je ferai tout pour soulager les souffrances. Je ne prolongerai pas abusivement les agonies. Je ne provoquerai jamais la mort délibérément.
Je préserverai l'indépendance nécessaire à l'accomplissement de ma mission. Je n'entreprendrai rien qui dépasse mes compétences. Je les entretiendrai et les perfectionnerai pour assurer au mieux les services qui me seront demandés.
J'apporterai mon aide à mes confrères ainsi qu'à leurs familles dans l'adversité.
Que les hommes et mes confrères m'accordent leur estime si je suis fidèle à mes promesses ; que je sois déshonoré(e) et méprisé(e) si j'y manque ».

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE 11

PARTIE I. L'APPRÉCIATION DES RAPPORTS ENTRE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE ET LA RESPONSABILITÉ : L'INFLUENCE CACHÉE DE LA DÉONTOLOGIE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE 35

TITRE I. LES RAPPORTS D'AUTONOMIE ENTRE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE 37

CHAPITRE 1. L'AUTONOMIE STATUTAIRE DE LA DÉONTOLOGIE PAR RAPPORT À LA RESPONSABILITÉ CIVILE 39

SECTION 1. LE STATUT FORMEL DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 39

I. LA CODIFICATION DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 40

A. LE SERMENT D'HIPPOCRATE : PRÉMICES DE LA CODIFICATION 41

1. La morale professionnelle 43

2. Interne et libérale 46

B. LES DIFFÉRENTS CODES DE DÉONTOLOGIE MÉDICALE 51

1. L'évolution des codes de déontologie médicale 52

2. L'intégration des codes de déontologie dans le code de la santé publique 55

II. LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE CERTAINS DEVOIRS DÉONTOLOGIQUES 57

A. LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE 58

1. La protection de l'humain 60

2. Le droit à la santé 67

B. LES CONSÉQUENCES DE LA CODIFICATION DE LA DÉONTOLOGIE 71

SECTION 2. LE POUVOIR DISCIPLINAIRE ATTACHÉ À LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 76

I. L'AUTODISCIPLINE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 76

A. L'ORGANISATION DU CNOM 77
B. LES COMPÉTENCES DU CNOM 82
II. LA RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE DU MÉDECIN 86
A. LA PROCÉDURE DISCIPLINAIRE 86
1. À l'égard des médecins 86
2. Les patients du secteur public et privé 89
B. LES LIMITES DE L'AUTODISCIPLINE 90
1. L'absence de partialité 91
2. Le contrôle du Conseil d'État 97
CHAPITRE 2. L'AUTONOMIE SUBSTANTIELLE DE LA DÉONTOLOGIE PAR RAPPORT À LA RESPONSABILITÉ CIVILE 103
SECTION 1. LES FINALITÉS FONDAMENTALEMENT DISTINCTES EN PRINCIPE 104
I. LA FONCTION RÉPARATRICE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE 105
A. LE FONDEMENT CONTRACTUEL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE 105
B. LE FONDEMENT DÉLICTUEL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE . 111
II. LA FONCTION SANCTION DE LA DÉONTOLOGIE 117
A. LA SANCTION DISCIPLINAIRE DU MÉDECIN 117
B. L'INCOMPATIBILITÉ DE LA SANCTION DISCIPLINAIRE ET LES RÉGIMES SPÉCIAUX DE RESPONSABILITÉ 119
SECTION 2. LA QUALIFICATION DU MANQUEMENT DÉONTOLOGIQUE. 121
I. LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'IDENTIFICATION DU MANQUEMENT DÉONTOLOGIQUE 121
A. LE PRINCIPE DU « TOUT MANQUEMENT » 121
1. La faute issue des règles déontologiques connues 122
2. La faute issue des règles déontologiques inconnues 125

B. LA CORRÉLATION DE LA FAUTE DISCIPLINAIRE AU DEVOIR DÉONTOLOGIQUE 127

II. LA PORTÉE DU MANQUEMENT DÉONTOLOGIQUE AU REGARD D'AUTRES DISCIPLINES 130

A. L'AUTONOMIE PAR RAPPORT À L'ÉTHIQUE 131

B. L'AUTONOMIE PAR RAPPORT À D'AUTRES DÉONTOLOGIES 135

Conclusion du titre I 144

TITRE II. L'AMBIGÜITÉ DES RAPPORTS ENTRE LA DÉONTOLOGIE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE 145

CHAPITRE 1. LES RAPPROCHEMENTS DE LA DÉONTOLOGIE ET DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE 147

SECTION 1. LES FINALITÉS EN PARTIE COMMUNES : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DU PATIENT 148

I. LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU PATIENT 148

A. L'INFORMATION DU PATIENT 149

B. LA CONSÉCRATION LÉGISLATIVE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION MÉDICALE 155

1. La construction jurisprudentielle de l'obligation d'information 155

2. La consécration législative 162

II. LA PROTECTION DE L'ATTEINTE À LA VIE PRIVÉE DU PATIENT 166

A. LA CONFIDENTIALITÉ DES INFORMATIONS DU PATIENT 166

1. Le « secret professionnel médical » 166

2. Contenu et sanction du secret professionnel 168

B. LE RÉÉQUILIBRAGE DE LA RELATION DE SOIN 171

1. Le consentement libre et éclairé 172

2. Les obligations subsidiaires du patient 175

SECTION 2. LE RÔLE DU JUGE DANS LE RAPPROCHEMENT DE LA DÉONTOLOGIE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE 177

I. L'AUTONOMIE DU JUGE FACE AU RAPPROCHEMENT DE LA DÉONTOLOGIE ET DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE 178

A. L'OBLIGATION DU JUGE DE RECOURIR AUX RÈGLES DÉONTOLOGIQUES 179

B. LA FACULTÉ DU JUGE DE RECOURIR AUX RÈGLES DÉONTOLOGIQUES 182

II. LE RÔLE DE L'EXPERTISE MÉDICALE DANS LA DÉCISION DU JUGE JUDICIAIRE 185

A. L'ASSUJETTISSEMENT DE L'EXPERT AU RESPECT DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 186

B. L'IMPACT DIRECT DU RAPPORT D'EXPERTISE SUR LA DÉCISION JUDICIAIRE 188

CHAPITRE 2. LES LIMITES AUX RAPPROCHEMENTS DE LA DÉONTOLOGIE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE 197

SECTION 1. LE RAPPROCHEMENT LIMITÉ PAR LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 197

I. LA DÉONTOLOGIE LIMITÉE À LA SPHÈRE DISCIPLINAIRE 198

A. L'EFFECTIVITÉ DE LA LIMITATION 198

B. LA RELATIVITÉ DE LA LIMITATION 203

II. LA RELATIVITÉ DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE À LA PROFESSION 207

A. LE CONTEXTE ACTUEL D'UNE PROFUSION DE RÈGLES DÉONTOLOGIQUES 208

B. LES FONDEMENTS DÉONTOLOGIQUES DE L'OBLIGATION DE SOIN 214

SECTION 2. LE RAPPROCHEMENT LIMITÉ PAR LA RESPONSABILITÉ CIVILE 218

I. LE PRINCIPE D'UNE RESPONSABILITÉ MÉDICALE PLURIELLE 218

A. LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE FAUTIVE 219

B. LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE PÉNALE 222

II. LA RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE SANS FAUTE, UNE RESPONSABILITÉ OBJECTIVE 227

A. L'ESSOR DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉ SANS FAUTE 227

B. L'APPROCHE DISTINCTE DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE PAR LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 231

Conclusion du titre II 235

CONCLUSION DE LA PARTIE I 237

PARTIE II. LA CLARIFICATION DES RAPPORTS ENTRE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE : L'INFLUENCE ASSUMÉE DE LA DÉONTOLOGIE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE 239

TITRE I. LA RESPONSABILITÉ CIVILE FONDÉE PAR LA VIOLATION D'UN DEVOIR DÉONTOLOGIQUE 241

CHAPITRE 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE INFLUENCÉE PAR LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 242

SECTION 1. LE REJET DE LA DÉONTOLOGIE COMME FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE 242

I. LE REJET ORTHODOXE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE 243

A. LE REJET MOTIVÉ PAR CERTAINS PRINCIPES DÉONTOLOGIQUES 243

B. LE REJET JURISPRUDENTIEL ET DOCTRINAL 249

II. LE REJET DE LA DÉONTOLOGIE MOTIVÉ PAR L'ABSENCE DE JURIDICITÉ DE LA DÉONTOLOGIE 252

A. LA REMISE EN CAUSE DU CARACTÈRE NORMATIF DE LA DÉONTOLOGIE 253

B. LA POSITION ACTUELLE NUANCÉE DE LA JURISPRUDENCE 256

SECTION 2. L'INCIDENCE DIRECTE DE LA SANCTION DISCIPLINAIRE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE 259

I. LA PRISE EN COMPTE DE LA SANCTION DISCIPLINAIRE 260

A. LA FAUTE DISCIPLINAIRE À L' « APPUI » DE LA FAUTE CIVILE 260

B. LA SANCTION DISCIPLINAIRE, OUTIL DE JUSTIFICATION DE LA RÉPARATION CIVILE 266

II. LES CONSÉQUENCES DE L'INCIDENCE DE LA DÉONTOLOGIE SUR LA RESPONSABILITÉ 268

A. L'INTERPRÉTATION DE L'INFLUENCE DE LA FAUTE DISCIPLINAIRE SUR LA FAUTE CIVILE 269

B. LES CONSÉQUENCES RELATIVES DU DÉCLIN DE LA DÉONTOLOGIE 274

CHAPITRE 2. L'IDENTIFICATION DES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES SUSCEPTIBLES D'INFLUENCER LA RESPONSABILITÉ CIVILE 279

SECTION 1. LES RÈGLES PROFESSIONNELLES À VALEUR JURIDIQUE CERTAINE 280

I. LES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES AYANT REÇU UNE CONSÉCRATION 280

A. LA CONSÉCRATION LÉGALE ET RÉGLEMENTAIRE 281

B. LA CONSÉCRATION JURISPRUDENTIELLE 287

II. LES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES MATÉRIELLEMENT IMPÉRATIVES 291

A. L'IMPÉRATIVITÉ JUSTIFIÉE PAR LA SUBSTANCE DE LA RÈGLE DÉONTOLOGIQUE 292

B. L'IMPÉRATIVITÉ DES RÈGLES PROFESSIONNELLES AYANT EXCLUSIVEMENT UN CARACTÈRE PROFESSIONNEL 295

SECTION 2. LES RÈGLES PROFESSIONNELLES À VALEUR JURIDIQUE INCERTAINE 300

I. LA RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE CONDITIONNÉE AUX DONNÉES ACQUISES DE LA SCIENCE 300

A. LA NOTION DE « DONNÉE ACQUISE DE LA SCIENCE » 301

B. L'INCERTITUDE DE L'ACQUISITION DES DONNÉES 303

II. LE RÔLE JOUÉ PAR LES RECOMMANDATIONS DE BONNE PRATIQUE 307

A. LA LÉGITIMITÉ DES RECOMMANDATIONS DE BONNE PRATIQUE 307

B. LE STATUT JURIDIQUE DES RECOMMANDATION DE BONNE PRATIQUE 310

Conclusion du titre I 318

TITRE II. L'AFFIRMATION D'UNE IDENTITÉ DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE 319

CHAPITRE 1. L'ASSIMILATION PARTIELLE SYSTÉMATIQUE DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE 321

SECTION 1. L'ASSIMILATION DES FAUTES JUSTIFIÉE PAR L'INTÉRÊT PROTEGÉ 322

I. LA DÉTERMINATION DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER 323

A. LES DIFFICULTÉS DE DÉTERMINATION D'UN SEUL INTÉRÊT À PROTÉGER 323

B. L'APPROCHE GÉNÉRALE DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER : LA SANTÉ 328

II. LA DÉTERMINATION DU TITULAIRE DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER 331

A. LE PATIENT TITULAIRE PRIVILÉGIÉ DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER 331

B. LA HIÉRARCHIE DES INTÉRÊTS À PROTÉGER 337

SECTION 2. L'ASSIMILATION DES FAUTES LIMITÉE PAR L'INTÉRÊT PROFESSIONNEL 339

I. L'INAPPLICABILITÉ DE L'HYPOTHÈSE D'ASSIMILATION DES FAUTES AU PROCÈS DISCIPLINAIRE 339

A. LE MAINTIEN DE L'AUTONOMIE DE LA FAUTE DÉONTOLOGIQUE DANS LE PROCÈS DISCIPLINAIRE 340

B. JUSTIFICATION DE L'EXCLUSION DE L'HYPOTHÈSE DE L'ASSIMILATION DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE AU PROCÈS DISCIPLINAIRE 342

II. LA SANCTION DISCIPLINAIRE PROTECTRICE DES INTÉRÊTS DU GROUPE PROFESSIONNEL 344

A. L'INTÉRÊT PRIVÉ PROTEGÉ PAR LE GROUPE PROFESSIONNEL 345

B. JUSTIFICATION DE L'EXCLUSION DE L'ASSIMILATION DES FAUTES AU PROCÈS DISCIPLINAIRE 347

CHAPITRE 2. LES CONSÉQUENCES DE L'ASSIMILATION DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE 349

SECTION 1. LES CONSÉQUENCES LIÉES À L'INDÉPENDANCE DU JUGE JUDICIAIRE 350

I. L'ABSENCE D'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU DISCIPLINAIRE 351

A. L'ABSENCE D'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU DISCIPLINAIRE SUR LE CIVIL 351

B. L'ABSENCE D'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU DISCIPLINAIRE SUR LE PÉNAL 354

II. LES PROPOSITIONS D'AMÉNAGEMENT 359

A. LA SANCTION DISCIPLINAIRE PRÉALABLE À LA DÉCISION JUDICIAIRE 359

B. LA SANCTION DISCIPLINAIRE POSTÉRIEURE À LA DÉCISION JUDICIAIRE 362

SECTION 2. LES CONSÉQUENCES PROCÉDURALES DE L'ASSIMILATION DES FAUTES CIVILE ET DÉONTOLOGIQUE 365

I. LES INTERACTIONS ENTRE LES PROCÉDURES DISCIPLINAIRE ET JUDICIAIRE 365

A. LA TRANSMISSION DE LA DÉCISION JUDICIAIRE AU JUGE DISCIPLINAIRE 366

B. L'INCOMPÉTENCE DU JUGE DISCIPLINAIRE À STATUER SUR LES INTÉRÊTS CIVILS 368

II. L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DE L'ACTION DISCIPLINAIRE 370

Conclusion du titre II 375

CONCLUSION DE LA PARTIE II 377
CONCLUSION GÉNÉRALE 379
BIBLIOGRAPHIE 385
INDEX 427
TABLE DES MATIÈRES 435

L'influence des devoirs déontologiques sur la responsabilité du médecin

La responsabilité civile médicale, en constante évolution, connait depuis quelques années une période d'influence. Cette influence est liée à la prise en compte jurisprudentielle de règles d'origine privée qui transforment le régime juridique du droit commun de la responsabilité du médecin. En outre, le médecin libéral est soumis à une responsabilité plurale, à la fois civile, pénale et disciplinaire. La thèse porte essentiellement sur l'étude des rapports entre la responsabilité civile du médecin et les règles de déontologie médicale. Il s'agit d'analyser les conséquences d'un manquement au code de déontologie médicale sur la responsabilité du médecin. L'intérêt du sujet est de mettre en évidence les liens existants entre les devoirs déontologiques et la responsabilité civile. A cet effet, l'opportunité du détournement de la finalité de la règle déontologique au profit de la responsabilité civile interroge. L'analyse jurisprudentielle de la responsabilité civile permettra de constater d'une part, que toutes les règles déontologiques n'ont pas vocation à influencer la responsabilité civile médicale et d'autre part, que les liens entre les règles de droit commun de la responsabilité civile et celles de la déontologie médicale sont souvent ponctuels. En effet, tout dépend de la nature de la règle transgressée, de sa valeur juridique, de sa finalité et de son destinataire. Dans ce cas, faire une étude détaillée de l'état de la jurisprudence civile et disciplinaire permet d'apprécier concrètement l'influence de la règle déontologique sur la responsabilité civile du médecin. *In fine*, distinguer les rapports entre les deux règles permettra de mettre en évidence leur autonomie respective mais également leur finalité communément protégée.

The influence of ethical duties over physician's liability

Medical liability which is constantly evolving has known for several years significant changes linked to the legal developments of private law which influences the legal liability of doctors. Furthermore, the private practitioner is subjected to multiple liabilities, including civil, criminal, and disciplinary. This thesis focuses on the links between the liability of doctors and the rules of medical ethics. It is about analyzing physician's liability given the consequences of non-compliance to the code of medical ethics. The interest of this research is to highlight the existing links between ethical requirements and liability by questioning, the advisability of deflecting the ethical rules in favor of liability. An analysis of liability case law will show, on one side, that not all ethical rules are intended to influence medical liability, and on the other hand, that the links between general rules of liability and medical ethics are often ad hoc. As a matter of fact, it all depends on the nature of the rule infringed, its legal status, its aim, and its addressee. In such cases, a detailed study of the state of liability and disciplinary case law allows a concrete assessment of the influence of ethical rules over physician liability. Ultimately, distinguishing the relationship between those two rules will highlight each other's autonomy but also their commonly protected purpose.