HAL
open science

Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine : l'accès du médecin à la connaissance juridique

Nora Boughriet

▶ To cite this version:

Nora Boughriet. Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine : l'accès du médecin à la connaissance juridique. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2013. Français. NNT : 2013LIL20002 . tel-00844513

HAL Id: tel-00844513
https://theses.hal.science/tel-00844513

Submitted on 15 Jul 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PRES Université Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Nora BOUGHRIET

Le 7 mars 2013

Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine. L'accès du médecin à la connaissance juridique

JURY

Directeur de thèse : Madame Johanne SAISON-DEMARS, Maître de conférences, habilitée à diriger des recherches, Université Lille 2.

Membres du jury :

- **Monsieur Emmanuel CADEAU,** Maître de conférences, habilité à diriger la recherche, Université Nantes.
- **Madame Sophie FANTONI-QUINTON,** Professeur des universités, Université Lille 2.
- **Monsieur Jacques HARDY,** Professeur des universités, Université Lille 2.
- **Madame Danièle LOCHAK,** Professeur émérite, Université Paris Ouest-Nanterre La Défense.
- **Monsieur Gérard MÉMETEAU,** Professeur des universités, Université Poitiers.

PRES Université Lille Nord de France

Université Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Nora BOUGHRIET

Le 7 mars 2013

Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine. L'accès du médecin à la connaissance juridique

JURY

Directeur de thèse : Madame Johanne SAISON-DEMARS, Maître de conférences, habilitée à diriger des recherches, Université Lille 2.

Membres du jury :

- **Monsieur Emmanuel CADEAU,** Maître de conférences, habilité à diriger la recherche, Université Nantes.
- **Madame Sophie FANTONI-QUINTON,** Professeur des universités, Université Lille 2.
- **Monsieur Jacques HARDY,** Professeur des universités, Université Lille 2.
- **Madame Danièle LOCHAK,** Professeur émérite, Université Paris Ouest-Nanterre La Défense.
- **Monsieur Gérard MÉMETEAU,** Professeur des universités, Université Poitiers.

L’Université de Lille 2 n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

J’adresse d’abord mes plus sincères remerciements à Madame Johanne Saison-Demars qui, au-delà de ses précieux conseils et de sa disponibilité, a partagé son savoir et sa passion pour le droit médical. Qu’elle reçoive ma gratitude pour la confiance qu’elle m’a accordée.

Je remercie vivement les membres du jury de m’avoir accordée le privilège de leur présence : Monsieur Emmanuel Cadeau, Madame Sophie Fantoni-Quinton, Monsieur Jacques Hardy, Madame Danièle Lochak et Monsieur Gérard Mémeteau.

J’adresse mes remerciements aux membres du CERAPS qui m’ont accueillie dans leur équipe de recherche ainsi que ceux de l’Ecole Doctorale. Je remercie l’Association nationale de la recherche et de la technologie (ANRT). Cette thèse n’aurait pu voir le jour sans son soutien financier.

Je souhaite exprimer ma gratitude au Docteur Jean-Marc Rehby, Président de l’Union régionale des médecins exerçant à titre libéral (2006-2010) et au Docteur Patrick Leroux, Président du pôle juridique (2006-2010) pour la confiance qu’ils ont su m’accorder dans la réalisation d’un projet novateur de sensibilisation des médecins libéraux au droit. Cette expérience enrichissante a sans nul doute inspiré le sujet de cette thèse. Je suis également reconnaissante aux huit médecins qui ont accepté de participer aux entretiens semi-directifs. Leurs discours si précieux ont incontestablement enrichi ce travail de recherche. Je remercie également le Conseil national de l’Ordre des médecins pour m’avoir transmis ses données statistiques.

J’exprime ma gratitude à l’égard des êtres chers qui m’ont accompagnée. Merci à mes parents ainsi qu’à mes sœurs, Samira, Nadia et Yasmina pour avoir cru en moi pendant toutes ces années. Merci à Patrick, mon compagnon qui, par son amour, sa patience et son attention, a contribué à la réalisation de cette thèse. Merci à Marie pour ses conseils avisés et son écoute et à Pauline pour son soutien et sa bonne humeur. Merci à mes relecteurs : Marie, Nadia, Patrick et Pauline.

SOMMAIRE

Première partie

LE DROIT, SOURCE DE CONTRAINTES POUR LE MEDECIN

Titre premier. La juridicisation, infiltration maligne de l'exercice médical ?

Chapitre premier. Le syndrome de juridicisation

Chapitre second. La juridicisation, élément inhibiteur de l'activité médicale

Titre second. La judiciarisation, phobie du corps médical

Chapitre premier. Risque judiciaire ou judiciarisation ?

Chapitre second. La redéfinition de la pratique médicale à l'aune du risque judiciaire

Seconde partie

L'APPROCHE DU DROIT PAR LE MÉDECIN, CONDITION DE SA LIBÉRATION

Titre premier. Les voies de la guérison

Chapitre premier. La voie de l'alternative au conflit

Chapitre second. La voie de la pédagogie

Titre second. Le droit, ressource nécessaire à la pratique médicale

Chapitre premier. Le droit médical, oublié de la formation du corps médical

Chapitre second. Contribution à la recherche d'un paradigme d'accompagnement juridique du médecin

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité Juridique, Droit Administratif
APD	Archives de philosophie du droit
AN	Assemblée nationale
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BONM	Bulletin de l'Ordre national des médecins
Bull. civ.	Bulletin des arrêts la Cour de cassation : chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : chambre criminelle
C.A.	Cour d'appel
C.A.A.	Cour administrative d'appel
C. ass.	Code des assurances
C.C.	Conseil constitutionnel
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C.E.	Conseil d'Etat
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CDM	Code de déontologie médicale
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chronique
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Comm.	Commentaires
Concl.	Conclusions
CP	Code pénal
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz

Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Sous la direction de
DDS	Droit, déontologie et soin
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. soc.	Droit social
éd.	édition
et alii	et autres
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Ibid.	Même ouvrage
Id.	Même ouvrage à la même page
In	Dans
Infra	ci-dessous
JCA	Jurisclasseur administratif
JCP	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique)
JO	Journal officiel
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Méd. et Dr.	Revue Médecine et Droit
N°	numéro
Obs.	Observations
ONM	Ordre national des médecins
Op. cit.	*opere citato* (dans l'ouvrage précité)
Préc.	précité
PUF	Presses universitaires de France
RCA	Responsabilité civile et assurances
RD publ.	Revue de droit public
RDC	Revue de droit des contrats
RDS	Revue Droit et santé
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil Lebon
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDM	Revue générale de droit médical
RHF	Revue hospitalière de France

RIDC	Revue internationale de droit comparé
RRJ	Revue de recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivant
S.	Recueil Sirey
Somm.	sommaire
spéc.	spécialement
Supra	ci-dessus
T.A.	Tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
vol.	volume

Introduction

1. Lorsque le professeur Gérard Mémeteau affirmait que « *la profession (médicale) est frappée d'un traumatisme produit par une déformation de sa connaissance juridique* »[1], il posait les premiers jalons pour une étude plus exhaustive sur la question de l'accès du médecin à la connaissance juridique.

2. L'usage de l'expression « *accès à la connaissance juridique* » nécessite quelques précisions terminologiques. D'abord, cet accès doit être distingué du thème récurrent de l'« *accès au droit* », tel qu'il est étudié sous l'angle historique[2], sociologique[3] ou juridique[4]. Dans une première acception, il renvoie à la possibilité matérielle pour le citoyen de faire valoir ses droits par le recours à la voie juridictionnelle, au travers la saisine d'une autorité, en l'occurrence, le juge. Dans cette hypothèse, il s'agit d'un accès à la justice. Dans une seconde acception, il désigne l'« *accès du citoyen aux droits civiques, civils et sociaux* »[5], à l'instar des droits au logement, à la protection sociale ou encore à la scolarité. Ces deux acceptions doivent être exclues de notre étude.

Mais au-delà de ces définitions, l'accès au droit désigne la connaissance effective des normes juridiques. Dans cette hypothèse, il renvoie à un accès intellectuel au droit. D'ailleurs, si le terme « *accès* » désigne la « *possibilité pour quelqu'un* […] *d'atteindre un lieu, d'y pénétrer* » ou encore une « *entrée, issue* », il représente également la « *possibilité pour quelqu'un, pour un groupe, d'accéder à une connaissance, de la posséder et de la maîtriser* »[6]. Ainsi, Charles Reiplinger affirme qu'« *accéder au droit de quelque manière,*

---

[1] G. Mémeteau, « Des médecins qui avaient peur du droit », *Gaz. Pal.*, 7-8 sept. 2001, p. 7.
[2] C. Dauchez, « Regard historique sur l'accès au droit », *in L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 91-104 ; V. à ce sujet, E. Cartier, « Accessibilité et communicabilité », *Jurisdoctoria*, 2008, n°1, p. 51.
[3] V. notamment : J. Faget, « L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 1995, n°30-31, p. 367-378 ; J. Faget, « Regard sociologique sur l'accès au droit », *in L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 119-135 ; S. Bouamama, Y. Fotia, J. Cormont *et alii*, « L'accès aux droits des étrangers dans le système de l'accès au droit français », *Les figures de la domination*, 8 août 2011, p. 1-21.
[4] V. notamment : A. Rials, *L'accès à la justice*, Paris, P.U.F, 1993, 126 p. ; E. Putman (dir.), *L'accès à la justice*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 278 p. ; Collectif, *Justice et cassation 2008. L'accès au juge*, Paris, Dalloz, 2008, 432 p. ; V. Donier, B. Laperou-Scheneider, *Accès au juge : quelles évolutions ?*, Paris, Lavoisier, 2012.
[5] S. Bouamama, Y. Fotia, J. Cormont *et alii*, « L'accès aux droits des étrangers dans le système de l'accès au droit français », *opere citato*.
[6] *Dictionnaire Larousse*, V°« Accès », 2012.

c'est accéder à une certaine connaissance du droit »[7]. Cette seconde acception nous intéresse particulièrement. Dans notre cadre, l'accès au droit désigne la possibilité pour le corps médical d'accéder à la connaissance du droit, de la posséder et de la maîtriser. Il s'agit d'un accès à la réflexion juridique, c'est-à-dire une « *saisine intellectuelle* » entendue comme la connaissance de l'existence d'une norme et sa compréhension. Car il ne suffit pas d'être informé de l'existence d'un texte juridique, encore faut-il en comprendre sa signification et sa portée. Le degré de compréhension d'un texte par un profane ne peut se déduire de la seule connaissance de l'existence d'un texte.

3. A la lumière de cette ultime définition, nous pouvons envisager qu'il n'y a de questionnements sur l'accès à la connaissance juridique que lorsque cet accès s'avère malaisé. Notre sujet de recherche soulève donc implicitement la question de l'inégalité d'accès au droit. Du professionnel du droit au médecin profane en cette matière, le degré de maîtrise de l'information juridique diffère. Le droit revêt un caractère opaque et inaccessible que l'ignorance du médecin en ce domaine entretient : « *la difficulté pour le justiciable d'accéder de manière autonome à la substance et à l'intelligence des textes est accrue par le défaut de culture juridique* »[8]. Dès lors, le principe irréfragable selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* » semble difficilement applicable.

4. « *L'accès à la connaissance juridique du médecin* » renvoie à la problématique plus générale des rapports entre droit et médecine. En effet, la méconnaissance du droit puiserait ses origines dans une défiance du corps médical à l'égard de l'institution judiciaire et plus généralement de l'ordre juridique. Alors que la médecine est sous l'emprise du droit (§1), le médecin souffre d'un déficit en connaissances juridiques (§2). Le droit devenu incontournable dans l'exercice médical, notre étude a précisément pour objet d'harmoniser les rapports entre droit et médecine par une alliance constructive (§3).

---

[7] C. Reiplinger, « Accès aux études juridiques : la route est droite mais la pente est forte », *Jurisdoctoria*, 2008, n°1, p. 181.
[8] ENA, *L'accès au droit*, Strasbourg, ENA, 2000, p. 6.

§1. La médecine sous l'emprise du droit

5. La médecine repose sur un savoir technique et spécialisé qui semble exclure la soumission à des règles hétéronomes[9]. Pour autant, la médecine, activité sociale, ne peut échapper à l'emprise du droit, instrument de régulation sociale. A l'instar de Marie-Odile Bertella-Geffroy, qui analyse les rapports entre justice et santé, les rapports entre droit et médecine ont été placés successivement sous le signe de l'« *ignorance mutuelle* » puis de l'« *incompréhension mutuelle* »[10].

6. Dans un premier temps, de l'Antiquité jusqu'au Moyen Age, le principe de responsabilité médicale apparaît dans les livres anciens[11]. A titre d'illustration, à Babylone, le Code d'Hammourabi prévoit, à l'encontre des médecins qui ont commis une faute dans leur exercice, des sanctions telles que le paiement d'indemnités ou encore la mutilation : « *deux mille trois cent quatre-vingt-quatorze ans avant notre ère, le Code d'Hammourabi, l'un des plus impressionnants documents de l'Antiquité* […] *qui groupe 282 lois recouvrant à peu près tous les secteurs de la vie privée et collective au temps de Babylone, prévoyait déjà certaines peines applicables aux médecins incompétents et maladroits* »[12].

7. Puis, le droit est placé hors du champ juridique et hors du champ de la justice. Ainsi, pendant la période médiévale, la notion de responsabilité médicale est peu présente, voire inexistante. Des auteurs imputent cette absence au caractère sacré de la médecine, à cette époque : « *les maladies étaient divinisées par les Anciens qui considéraient leur traitement comme un culte* »[13] ou encore « *pendant des siècles, les médecins sont sacralisés. Ils sont les prêtres d'une médecine dont les décisions sont divines* »[14]. Toutefois, il convient de noter qu'au 17ème siècle, un arrêt du Parlement de Paris consacre l'irresponsabilité médicale : « *Aegrotius debet sibi imputare cur talem elegerit » (le malade doit supporter les*

---

[9] F. Dekeuwer-Defossez, « De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine », *in Mélanges offerts à E. Langavant*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 127.
[10] M.-O. Bertella-Geffroy, « L'évolution des rapports justice-santé », *Sève*, 2004, vol. 4, n°5, p. 21-29.
[11] V. J. Saison-Demars, *Le risque médical*, Paris, Ed. L'Harmattan, 1999, p. 9.
[12] F. Ferres, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, thèse de doctorat : droit, Université de Strasbourg, 1934, p. 126 ; V. également : L. Kornprobst, *Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Paris, Flammarion, 1957, p. 27 ; B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse de doctorat : droit privé, Université de Nancy, 1993, p. 13.
[13] L. Kornprobst, *Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, *op. cit.*, p. 28.
[14] B. Guiraud-Chaumeil, *La confiance et le respect retrouvés. Le renouveau médical*, Discours aux chirurgiens, Paris, 9 décembre 2004, p. 1-7, spéc. p. 2.

inconvénients du médecin qu'il a choisi) »[15]. La promulgation du Code civil, le 21 mars 1804, ne bouleverse pas le champ de la responsabilité médicale. Si le corps médical ne peut invoquer une dérogation au droit commun, en revanche, le Code civil « *est quasiment silencieux sur l'exercice de la médecine et bien sûr, aucune dérogation au droit commun n'est envisagée pour le corps médical* »[16].

8. C'est à partir du 19ème siècle que l'ignorance laisse place à l'incompréhension entre droit et médecine[17]. La thèse d'une irresponsabilité médicale qui prédomine dans l'opinion médicale se heurte à de nouvelles positions des magistrats. Elle correspond à une contestation du « *caractère affirmé du principe même de la responsabilité du praticien, aussi bien sur le plan civil que sur le plan pénal* »[18]. Elle repose notamment sur une peur de voir « *la médecine descendre dans une arène continuelle de procès civils et criminels* »[19]. Le principe d'une immunité médicale ne trouve finalement aucun écho. En 1825, suite à un accouchement au cours duquel un enfant est amputé de ses bras, le père de la victime intente un procès contre le Docteur Hélie. Mais au-delà, ce procès marque une vive opposition entre, d'une part, la justice qui considère que le praticien a commis une faute grave et, d'autre part, l'Académie royale de médecine qui soutient que « *la responsabilité des médecins dans l'exercice consciencieux de leur profession ne saurait être justiciable de la loi* »[20]. *In fine*, le 28 septembre 1830[21], le tribunal civil de Domfront, en condamnant le praticien au versement d'indemnités, met fin à la théorie de l'irresponsabilité professionnelle du médecin.

Dans les années suivantes, l'Académie de médecine maintient sa position favorable à une irresponsabilité du médecin. Ainsi, en 1834, elle affirme que « *les médecins et chirurgiens ne sont pas responsables des erreurs qu'ils pourraient commettre de bonne foi*

---

[15] J.-F. Lemaire, « 1696, l'irresponsabilité médicale momentanément consacrée », communication, Société française d'histoire de la médecine, 21 janvier 1984 ; V. également D. Tabuteau, *La sécurité sanitaire*, 2ème éd., Paris, Berger-Levraud, 2002, p. 86.

[16] J.-C. Careghi, « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ? », *RGDM* 2006, n°18, p. 112.

[17] A. Laude, « Les médecins et les malades face au droit », *RFAP* 2005, vol. 1, n°113, p. 114 : « *le 19ème siècle a fait entrer la relation médicale dans le droit* ».

[18] A. Laingui, J. Illies, *La responsabilité du médecin dans l'Ancien Droit*, Ann. Fac. Rennes, 1981, p. 14.

[19] Me Mérieux, plaidoirie sous Cass. Req. 18 juin 1835, S. 1835-1, p. 403-404.

[20] Rapport de l'Académie de médecine, 1829, cité par F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, Paris, J.-B. Baillière, 1882, p. 96 et s.

[21] Tribunal civil de Domfront, 28 septembre 1830, Foucault c./Dr Hélie ; V. à ce sujet : F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique, op. cit.*, spéc. p. 100-102.

dans l'exercice consciencieux de leur art. Les articles 1382 et 1383 du Code civil ne leur sont pas applicables dans ce cas »[22].

La question de la responsabilité du corps médical est de nouveau soulevée en 1832 dans un procès qui oppose le Docteur Thouret-Noroy à Monsieur Guigne, amputé d'un bras, suite à un accident de saignée. Le tribunal d'Evreux décide de condamner le praticien au versement de dommages et intérêts. La Cour d'appel de Rouen confirme cette condamnation. Le Docteur Thouret-Noroy se pourvoit alors en cassation. Il est soutenu notamment par l'Association des médecins de Paris qui, au travers de cette affaire, défend l'ensemble de la profession : « *le principe de la responsabilité une fois admis, l'exercice libre, consciencieux, progressif, utile de l'art de guérir devient impossible, et l'humanité demeure sans cesse en péril. Le médecin sera dans l'alternative ou de s'abandonner à une funeste inaction et de livrer les malades aux progrès certains de leurs maux, ou de tenter des médications, des opérations salutaires sans doute, mais telles cependant que, dans certains cas, on ne pourrait ni calculer ni prévoir, elles pourraient compromettre son honneur, sa réputation, sa fortune* »[23]. Du côté de la justice, le Procureur général Dupin, favorable au principe de responsabilité des médecins, appuie notamment son argumentation sur les propos de Domat selon lequel « […] *lors de l'exercice d'une profession ou d'une fonction publique,* […] *l'on est responsable envers les tiers, non seulement de son imprudence, de sa légèreté, mais encore de l'ignorance de ce qu'on doit savoir* »[24]. En 1835, la Cour de cassation rejette le pourvoi et consacre ainsi la responsabilité délictuelle du médecin.

9. Désormais, l'application du principe de responsabilité à la médecine est indiscutable. En attestent les nombreuses décisions judiciaires et administratives en matière de responsabilité médicale[25]. En 1936, l'arrêt Mercier signe le passage d'une responsabilité délictuelle vers une responsabilité contractuelle du médecin : « […] *attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade* […] *du moins de lui donner des soins, non pas quelconques* […] *mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de*

---

[22] F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique, op. cit.*, p. 96.
[23] Legrand du Saulle cité par J.-C. Careghi, « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ? », *op. cit.*, p. 119.
[24] Domat, cité par J.-C. Careghi, « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ? », *op. cit.*, p. 121.
[25] V. à ce sujet : F. Vialla, *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, L.G.D.J, 2009, 664 p.

circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science […] »[26]. En 2002, les conditions de responsabilité sont harmonisées, qu'il y ait ou non un contrat entre le médecin et le patient[27]. Le temps de l'impunité médicale semble donc révolu. Guy Lazorthes affirme d'ailleurs que si « *pendant longtemps, le médecin a connu une relative impunité* […] *de nos jours, il n'est pas rare que des médecins soient poursuivis devant les tribunaux* […]. *Le médecin est un citoyen comme les autres, soumis aux devoirs de tous. Son métier ne lui vaut aucun privilège, bien au contraire* »[28].

Pour autant, des procès en responsabilité médicale au cours du 20ème siècle ont ravivé les tensions entre droit et médecine. Cela signifie-t-il que « *le mythe d'un privilège de non responsabilité subsiste dans certains esprits* »[29] ? Selon Marie-Angèle Hermitte, « *le désir d'irresponsabilité des médecins n'a jamais été totalement écarté* »[30]. Ainsi, les scandales de transfusion sanguine, dans les années 1980 et 1990, révèlent les rapports conflictuels qui subsistent entre droit et médecine : « *cette opposition entre une médecine qui se voudrait irresponsable par nature et le droit qui lui applique la responsabilité de droit commun va affecter la forme d'un véritable combat* »[31]. Cet auteur démontre que la conception de l'irresponsabilité médicale est issue d'une incompatibilité entre la logique juridique et la logique médicale : « *la responsabilité vue par le droit conduirait à l'irresponsabilité vue par la médecine et, pour que la médecine soit responsable selon ses critères de jugement, il faut que les médecins soient irresponsables selon les critères juridiques. Une incompatibilité de nature entre deux types de responsabilité est affirmée* »[32]. André Demichel a d'ailleurs souligné les oppositions entre les raisonnements et les méthodes du droit, qui repose sur une dogmatique et un impératif et de la santé qui présente un caractère aléatoire[33]. Plus récemment, le drame sanitaire du MEDIATOR®, antidiabétique prescrit comme anorexigène

---

[26] Cass. civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier ; Rapp. L. Josserand, concl. P. Matter, note E. P., *D.* 1936, 1, p. 88 ; Note A. Breton, *S.* 1937, I, p. 321 ; Concl. P. Matter, *Gaz. Pal.*, 1936, 2, p. 41 ; *JCP* 1936, p. 1079 ; Obs. R. Demogue, *RTD civ.* 1936, p. 691.
[27] Art. L. 1142-1 du CSP : « *Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, 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 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* » ; V. à ce sujet : S. Hocquet-Berg, B. Py, *La responsabilité du médecin*, Paris, Heures de France, 2006, p. 15.
[28] G. Lazorthes, *L'homme, la médecine et le médecin*, Paris, Masson, 1993, p. 276.
[29] B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, op. cit.*, p. 20.
[30] M.-A. Hermitte, *Le Sang et le Droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Seuil, 1996, p. 57.
[31] *Idem*, p. 53.
[32] *Id.*, p. 58.
[33] A. Demichel, *Le droit de la santé*, Paris, L.E.H, 1998, p. 15.

à l'origine de complications pulmonaires et cardiaques[34], a soulevé la question de la responsabilité des médecins[35]. L'évocation d'une éventuelle mise en cause du corps médical, dans le cadre de prescriptions hors autorisation de mise sur le marché, a suscité de vives contestations de syndicats médicaux : « *on cherche des boucs émissaires dans cette affaire à travers les médecins prescripteurs* »[36] *ou encore l'« accusation directe des médecins (est) complètement grotesque* »[37].

10. L'emprise du droit sur la médecine altère la relation entre patient et médecin et est à l'origine de l'émergence de deux théories : la « *judiciarisation* » et la « *juridicisation* » de la médecine. D'abord, la « *judiciarisation* » doit être entendue comme une « *propension à privilégier le recours aux tribunaux pour trancher des litiges qui pourraient être réglés par d'autres voies (médiation, accord amiable)* » et une « *intervention croissante des juges dans le contrôle de la régularité des actes de certaines autorités (élus, administrateurs, chefs d'entreprise, etc.)* »[38]. Selon Laurence Engel et Antoine Garapon, ce phénomène général naît de « *l'évolution majeure des sociétés démocratiques qui propulsent le droit et la justice en leur centre* »[39]. Appliquée à la médecine, la judiciarisation signifie que les médecins sont poursuivis de manière croissante devant les tribunaux. En dehors des demandes légitimes de réparation des patients, la judiciarisation revêt donc un caractère péjoratif lorsqu'elle traduit « *un recours abusif des malades aux tribunaux* »[40]. Il en résulte que le corps médical entrevoit le procès comme une épée de Damoclès. Ainsi, suite à des entretiens menés auprès de gynécologues-obstétriciens, Béatrice Jacques souligne que « *tous témoignent d'une peur, d'une pression médico-légale au quotidien, qu'ils associent dans leur discours au thème récurrent de la "perte de confiance" dans le médecin, de sa "désacralisation"* »[41]. De même, le Conseil national de l'Ordre des médecins dénonce l'imputation abusive de responsabilités

---

[34] IGAS, *Enquête sur le MEDIATOR®*, rapport n°RM-2011-001 P, Paris, La Documentation française, 2011, 261 p.

[35] V. à ce sujet, A. Laude, « Dans la tourmente du Mediator® : prescription hors AMM et responsabilité », *D.* 2011, p. 253 ; B. Rajot, « Le Mediator : antidiabétique ou coupe-faim ? Indemnisation des victimes et/ou responsabilités des professionnels de la santé ? Vastes discussions en perspective… », *RCA* 2011, n°6 ; J. Peigné, « Du Mediator® aux prothèses PIP en passant par la loi du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire des produits de santé », *RDSS* 2012, p. 315.

[36] C. Leicher cité par Auteur inconnu, « Facture du Mediator® : Bertrand tente de rassurer les médecins », *Le Parisien*, 7 mai 2011.

[37] M. Chassang, *préc.*

[38] *Dictionnaire Larousse*, V°« Judiciarisation », 2012.

[39] L. Engel, A. Garapon, « La montée en puissance de la justice, disqualification ou requalification du politique ? », *E*sprit, août-septembre 1997, p. 167.

[40] A. Pellissier-Fall, « Les médecins hospitaliers et la judiciarisation de la médecine », *RGDM* 2010, numéro spécial, p. 153.

[41] B. Jacques, *Sociologie de l'accouchement*, Paris, P.U.F, 2007, 208 p.

au corps médical : « *les médecins acceptent cette lourde charge et en supportent les conséquences lorsqu'une faute leur est imputable. Mais ils ne peuvent endosser des responsabilités excessives qui reviennent à d'autres intervenants ou à l'ensemble de la société, suivant des principes fondamentaux de solidarité et d'assistance* »[42]. Les évolutions jurisprudentielles en matière de présomption de faute ou de perte de chance alimentent, sans nul doute, ce discours sur l'engagement abusif de la responsabilité des médecins.

Selon le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), « *cet élément de méfiance grandissante est d'autant plus fâcheux qu'il se nourrit souvent d'une confusion entre ce qui peut paraître comme une simple demande légitime de renseignements complémentaires, parfois une réclamation, et la mise en route d'un procès pénal qui reste rare* »[43]. La réalité d'une judiciarisation de la médecine reste donc à apprécier[44], eu égard aux données chiffrées[45] mais également au regard de l'introduction de procédures de règlement amiable[46]. Si la théorie d'une judiciarisation de la médecine reste à démontrer, la crainte d'un procès médical participe incontestablement à l'émergence d'une « *médecine défensive* » : « *la judiciarisation de la médecine et sa médiatisation, au lieu d'aboutir à une meilleure protection du patient, risquent de se retourner contre lui en proposant des pratiques coûteuses, iatrogènes et en faisant fuir les médecins des disciplines dites "à risques"* »[47].

11. Mais le principe de responsabilité du médecin ne suffit pas à définir la place croissante du droit dans l'activité médicale. Un phénomène de « *juridicisation* », que nous définirons comme « *une formalisation et une extension des règles écrites inscrites dans l'ordre juridique constituant des références disponibles, pratiques et utilisées pour les actions et interactions en vigueur* »[48], est également à l'œuvre. La prolifération de règles juridiques atteste de la place croissante du droit dans le champ médical. Si l'encadrement juridique de l'activité médicale s'avère nécessaire pour poser des limites à la toute puissance médicale, le

---

[42] Communiqué du CNOM du 23 novembre 2000 cité par A. Jaunait, *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale*, Paris, Dalloz, 2005, p. 327.
[43] CCNE, *Avis sur la formation à l'éthique médicale*, n°84, juin 2004.
[44] V. notamment : L. Helmlinger, D. Martin, « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *Les Tribunes de la santé*, 2004, vol. 4, n°5, p. 39-46. ; G. Rousset, « Judiciarisation et juridicisation de la santé : entre mythe et réalité », *Carnets de bord*, 2009, n°16, p. 23-28, spéc. p. 24.
[45] *Infra* n°302 à 323.
[46] *Infra* n°458 à 500.
[47] J. Lansac, M. Sabouraud, « Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale », *Sève*, 2004, p. 47-56.
[48] J. Pélisse, « Juridicisation n'est pas judiciarisation : usages et réappropriations du droit dans la conflictualité au travail », papier pour le Colloque AFSP, 2007, p. 10. Consulté sur : *http://www.afsp.msh-paris.fr*, le 12 mai 2010.

foisonnement de règles juridiques auxquelles le médecin doit se soumettre suscite des interrogations voire des contestations. En 2004, le professeur Bernard Guiraud-Chaumeil l'exprime en ces termes : « *pouvez-vous accepter que nous ayons besoin de protection dans chacun de nos actes, que les décrets, les arrêtés, les circulaires décident pour nous. La médecine est souvent incertaine et le doute intervient dans chacune de nos décisions. N'oublions pas aussi, s'il nous reste un peu d'humour, que les arrêtés sont faits pour que rien ne bouge, et que les circulaires tendent à ce que tout tourne en rond* »[49].

Ainsi, le paternalisme médical des années 1950 a laissé place à une « *procéduralisation* » de la médecine qui se traduit par un nombre croissant de procédures à respecter à l'occasion de soins médicaux[50]. A titre d'illustration, l'obligation d'information du patient répond à une certaine exigence formelle[51] qui, selon Daniel Saadoun, « *soumet davantage encore la médecine à une règle procédurale, qui place la médiation symbolique du médecin non plus au sein de l'acte, mais dans le droit* »[52]. La reconnaissance de droits individuels et collectifs aux usagers, au travers de nombreuses décisions et de textes juridiques, particulièrement la loi du 4 mars 2002[53], a conduit au renforcement des devoirs qui incombent aux médecins. Dès lors, l'encadrement juridique prégnant de l'activité médicale pose la question de la conciliation entre, d'une part, l'autonomie du médecin dans la pratique de son art et, d'autre part, la « *procéduralisation* » du colloque singulier en vue de protéger le patient.

L'émergence du droit dans l'activité médicale est perçue, par le corps médical, comme une ingérence. Selon Nathalie Albert, « *à trop vouloir encadrer l'entre-deux qui s'instaure entre le malade et son médecin, le risque est en effet d'altérer le climat de confiance qui doit l'imprégner et d'alimenter une suspicion dans laquelle nul n'a rien à gagner* »[54]. En effet, la norme juridique est envisagée par le corps médical sous son angle coercitif. Elle apparaît, dans l'imaginaire social, uniquement comme « *un ensemble de normes articulant des obligations, et même plus précisément des obligations assorties de*

---

[49] B. Guiraud-Chaumeil, *La confiance et le respect retrouvés. Le renouveau médical*, *op. cit.*, p. 1-7, spéc. p. 5.
[50] V. A. Laude, « Les obligations de "procédure" à l'occasion des soins », *RGDM* 2003, n°11, p. 41-48 ; A. Laude, « Les médecins et les malades face au droit », *RFAP* 2005, vol. 1, n°113, p. 113-120, spéc. p. 114.
[51] Art. L. 1111-2 du CSP.
[52] D. Saadoun cité par V. Girault, « La médecine dans les mains des patients et des juges », *Press. Med*. 2004, vol. 33, n°8, p. 554.
[53] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002, p. 4118.
[54] N. Albert, « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA* 2003, n°2, p. 361.

sanctions »[55]. L'ordre juridique est réduit à son angle répressif, « *comme si tout le droit était constitué sur le modèle du droit pénal* »[56]. Cette technique de direction des conduites apparaît rigide tant elle laisse peu de marge de manœuvre aux intéressés. La juridicisation de la médecine est appréhendée comme un élément inhibiteur de l'activité médicale qui place le médecin dans une insécurité juridique, réduit sa part d'initiative et met en danger les principes fondamentaux de l'exercice médical, à l'instar de la liberté de prescription[57].

12. Les discours d'une judiciarisation et d'une juridicisation de la médecine attestent de la place croissante du droit dans le domaine médical. Si le droit est incontournable dans l'activité médicale, il convient de porter notre regard sur l'accès du médecin à la connaissance juridique.

§2. Une connaissance lacunaire du droit

13. Le médecin entretient des rapports étroits avec le droit dans diverses circonstances, à tel point que Jean Clavreul souligne que « *la médecine instaure un ordre, qui, à bien des égards, est un ordre juridique* »[58]. Ainsi, droit et médecine se rencontrent lors d'une mission d'expertise, le médecin devenant alors un auxiliaire de justice[59]. De même, la médecine légale soulève, selon les termes du Doyen Savatier, des « *problèmes de médecine au regard du droit* »[60]. Par ailleurs, le médecin qui, selon l'article R. 4127-50 du Code de la santé publique doit faciliter au patient l'accès à des avantages sociaux, est confronté à des situations juridiques, de manière réitérée, dans son exercice professionnel. Tel est le cas lorsqu'il remplit un dossier de demande d'admission en établissement hébergeant des personnes âgées dépendantes (EHPAD)[61] ou lorsque, selon les conditions énumérées par l'article L. 5121-12-1 du Code de la santé publique, il prescrit un traitement hors autorisation de mise sur le marché.

---

[55] P. Amselek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *in La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J, 2009, p. 6.
[56] *Ibidem*.
[57] *Infra* n°181 à 194.
[58] J. Clavreul, *L'Ordre médical*, Paris, Le Seuil, 1978, 282 p.
[59] V. art. 232 et s. du CPC.
[60] R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, H. Péquignot, *Traité de droit médical*, avant-propos, Paris, Librairies techniques, 1956.
[61] Décret n°2012-493 du 13 avril 2012 relatif au dossier de demande d'admission dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, *JO* n°0091 du 17 avril 2012, p. 6939 ; Arrêté du 13 avril 2012 fixant le modèle de dossier de demande d'admission dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes prévu par l'article D. 312-155-1 du code de l'action sociale et des familles, *JO* n°0091 du 17 avril 2012, p. 6941.

Enfin, le droit médical qui constitue « *un ensemble de règles juridiques applicables aux actions de santé* »[62] traduit la rencontre entre droit et médecine.

14. Mais le médecin dispose-t-il suffisamment de connaissances juridiques pour appréhender ce droit qui l'entoure ? D'emblée, il convient d'apporter des précisions terminologiques. Il n'est pas anodin que notre sujet de recherche s'intéresse à la « *connaissance juridique* » du médecin plutôt qu'au « *savoir juridique* ». Entre ces deux vocables, une distinction doit être posée. Selon Jean-Laurent Pecchioli, la profondeur du contenu permet de différencier le savoir et la connaissance[63]. Ainsi, le « *savoir* », du latin *sapere* qui signifie « *avoir du discernement* », désigne le fait d'« *avoir une connaissance étendue d'une matière qui peut s'enseigner, se transmettre* »[64]. Il s'agit de connaissances étendues et approfondies. En effet, le savoir représente un « *ensemble de connaissances et de recherches, ayant un degré suffisant d'unité, de généralité et susceptible d'amener les hommes qui s'y consacrent à des conclusions concordantes qui ne résultent ni de conventions arbitraires, ni des goûts ou des intérêts individuels qui leur sont communs, mais de relations objectives que l'on découvre graduellement et que l'on confirme par des méthodes de vérifications définies* »[65]. Le savoir est donc un ensemble de connaissances « *nombreuses, systématisées et amassées par un travail continu de l'esprit* »[66].

A la lecture de ces définitions et au regard de notre sujet de recherche, il s'avère que le savoir juridique est l'apanage du professionnel du droit et non du médecin profane. En effet, le professionnel du droit possède « *une connaissance plus théorique et plus abstraite du fonctionnement de l'ordre juridique, une familiarité avec la conceptualisation et le raisonnement juridiques, s'appuyant sur un apprentissage préalable et méthodique* »[67]. Le droit est donc érigé en savoir sacré[68] dont le monopole appartient au professionnel du droit. Des auteurs révèlent d'ailleurs que « *si chacun de nous se trouve ainsi être un sujet actif ou passif du droit, le savoir juridique, lui, est monopolisé par un groupe de spécialistes* »[69] ou encore que « […] *les professionnels du droit sont les seuls maîtres dans l'art de fabriquer,*

---

[62] J.-M. Auby, *Le droit de la santé*, Paris, P.U.F, 1981, p. 13.
[63] J.-L. Pecchioli, *La circulation du savoir juridique. Recherche épistémologique pratique et théorique*, Paris, ANRT, 2000, p. 10.
[64] *Dictionnaire Larousse*, V°« Savoir », 2012.
[65] A. Lalande, *Dictionnaire technique et critique de la philosophie*, 15ème éd., Paris, P.U.F, 1985, p. 954.
[66] J.-L. Pecchioli, *La circulation du savoir juridique. Recherche épistémologique pratique et théorique*, *op. cit*.
[67] D. Lochak, « Les usages du savoir juridique », *in L'état des sciences sociales*, Paris, La Découverte, 1986, p. 328.
[68] *Id.*, p. 329
[69] D. Lochak, « Les usages du savoir juridique », « Les usages du savoir juridique », *op. cit.*, p. 327.

comprendre et pratiquer le droit »[70]. Il en résulte que le médecin profane est dans l'incapacité d'accéder à ce savoir juridique.

En revanche, la « *connaissance* » désigne l'« *action, (le) fait de comprendre, de connaître les propriétés, les caractéristiques, les traits spécifiques de quelque chose* »[71]. Elle est composée d'« *éléments cognitifs épars et ponctuels* » et c'est en ce sens qu'elle se distingue du savoir. Dans notre cas, il s'avère que la connaissance juridique du médecin, plus accessible que le savoir juridique, n'est pas toujours acquise. En effet, au-delà de connaître l'existence d'un texte juridique, le médecin n'en connaît pas nécessairement le contenu. Or, le médecin, comme tout citoyen, est présumé connaître la loi, selon l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Seule exception, l'article 122-3 du Code pénal admet l'erreur de droit : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». Mais cette disposition vise principalement les hypothèses de non publication d'un texte juridique ou la transmission d'une information erronée par l'administration.

15. Par conséquent, dans le cadre d'un litige, le médecin ne peut invoquer son ignorance de la loi pour s'exonérer de sa responsabilité[72]. De la même manière, les informations erronées d'une organisation professionnelle ou syndicale qui ont guidé l'action du praticien ne peuvent valoir cause exonératoire, même si elles démontrent sa volonté d'être informé sur la réglementation en vigueur[73]. Enfin, le médecin ignorant du droit ne peut pas, comme le souligne Gilles Devers, « *objecter le caractère succinct de l'apprentissage juridique dispensé au cours des études médicales et celui embryonnaire, apporté par la formation continue* »[74]. Si le médecin connaît peu ou prou le droit, cela tient, en effet, au constat paradoxal que le droit, qui fait partie intégrante de l'exercice médical, ne représente qu'une portion congrue de la formation, initiale et continue, du médecin. Si en 1984, Louis Roche affirmait que « *tout médecin doit avoir des connaissances en droit médical et médecine légale nécessaires à*

---

[70] P. Huyghebaert, B. Martin, *Quand le droit fait l'école buissonnière. Pratiques populaires de droit*, Paris, E. Charles Léopold Mayer, 2002, 224 p.
[71] *Dictionnaire Larousse*, V°« Connaissance », 2012.
[72] V. SDAS, 4 mai 1983, *BONM*, avril 1984, p. 34.
[73] SD, 28 mai 1979, *BONM*, 1981, p. 27, cité par G. Devers, « Le procès disciplinaire ordinal », *DDS* 2006, vol. 6, n°3, p. 325 : « *le médecin peut alors être tenté de se référer à l'interprétation donnée par une organisation professionnelle ou syndicale. Ce souci d'information témoigne d'une forme d'attention, mais ne peut valoir cause exonératoire* » ; SDAS, 7 février 1991, *Bull. CNOM*, décembre 1992, p. 196, cité par G. Devers, « Le procès disciplinaire ordinal », *op. cit.* : « *le fait que le praticien ait été induit en erreur par des indications données par une organisation professionnelle, n'est pas de nature à faire disparaître la faute, mais reste un élément d'appréciation de la sanction* ».
[74] G. Devers, « Le procès disciplinaire ordinal », « Le procès disciplinaire ordinal », *op. cit.*

l'exercice de la profession, qu'elle se fasse dans un cadre libéral ou hospitalier »[75], les études médicales comme la formation continue sont pauvres en enseignements juridiques[76].

Ainsi, en 2012, sur l'ensemble des trente-sept universités françaises[77] habilitées, par arrêté conjoint du ministre chargé de l'enseignement supérieur et du ministre chargé de la santé, à délivrer le diplôme d'Etat de docteur en médecine, quinze universités intègrent des enseignements juridiques dans le cadre de la première année commune aux études de santé (PACES)[78] contre trois universités lors de la deuxième année dite « PCEM 2 » ou « L2 »[79]. Les propos de Bruno Py, en 1992, ne sont pas désuets : « *nous ne nous permettrons qu'une seule observation liée au contenu des enseignements : le futur médecin ne bénéficie quasiment d'aucune formation à caractère juridique. Quelques heures de législation médicale, d'organisation hospitalière et de responsabilité juridique, dans le cadre de l'unité de valeur de "médecine légale" au cours du deuxième cycle, forment le seul bagage juridique du futur praticien* »[80].

16. D'autre part, la présomption de connaissance du droit revêt un caractère fictif, eu égard, à une inflation normative galopante, « […] *posée aujourd'hui à la fois comme une évidence et comme un constat difficilement discutable* »[81]. Dans le domaine de la santé, Jean-Marc Sauvé met en exergue cette hypertrophie normative : « *le premier code de la santé, en 1953, comportait 792 articles. On en dénombrait, au 1er juillet 2007, 9 672, soit une multiplication de son volume par un facteur douze en un demi-siècle* »[82]. Face à cette réglementation mouvante applicable à l'activité médicale, il semble illusoire de prétendre à une connaissance exhaustive du droit en vigueur et ce, en dépit de la « *communicabilité de la règle de droit* » qui résulte de deux opérations, la promulgation et la publication, prévues à l'article 1er du Code civil[83].

---

[75] L. Roche, « Organisation de la médecine légale en France ; son intégration hospitalière-introduction », *Journal de médecine légale – Droit médical*, 1984, n°4, p. 415.
[76] *Infra* n°603 à 608.
[77] Cismed, *annuaire des facultés*. Consulté sur : *http://www.cidmef.u-bordeaux2.fr*, le 20 juin 2012.
[78] Annexe IV, *Enquête sur le programme de la PACES dans les Universités de médecine, dans le cadre de l'unité d'enseignement 7 « Santé, Société, Humanité »*, France, juin 2012.
[79] Annexe VII, *Enquête sur le programme de la DCEM2 dans les Universités de médecine*, France, juin 2012.
[80] B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, op. cit.*, p. 41.
[81] R. Vanneuville, « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlements. Revue d'histoire politique*, 2009, vol. 1, n°1, p. 82 ; V. en ce sens : B. Latour, *La Science en action*, Paris, Gallimard, 1995, 663 p.
[82] J.-M. Sauvé, « Les évolutions du Code de la santé publique », *in Le Code de la santé publique, un demi-siècle après sa légalisation*, Paris, Editions de santé Presses de Sciences Po, 2008, p. 7.
[83] V. notamment : P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA* 2000, n°46, p. 6 ; X. Souvignet, « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, 2008, n°1, p. 33.

17. Outre les hypothèses d'une formation juridique déficitaire et d'une hypertrophie normative, la connaissance lacunaire en droit du médecin s'explique par la méconnaissance du « *langage juridique* ». François Terré souligne que « *le droit est, à sa manière, un langage. Et comme tout langage, sa fonction première est d'assurer la communication de la connaissance juridique* »[84]. De même, Gérard Cornu affirmait qu'« *il y a un langage du droit parce que le droit donne un sens particulier à certains termes* »[85]. Il en résulte que le droit constitue un langage, au sens d'une « *manière de parler propre à un groupe social ou professionnel, à une discipline, à un domaine d'activité, à quelque chose* »[86].

Gérard Cornu met en évidence que si le langage juridique a pour fonction de s'adresser à tous, initiés et non-initiés, il revêt cependant un caractère hermétique. En effet, d'un côté, le langage juridique a « *vocation à régner non seulement sur les échanges entre initiés, mais dans la communication du droit à tous ceux qui en sont les sujets. En ce sens, on peut dire que le langage du droit est un langage public, social, un langage civique* »[87]. D'un autre côté, Gérard Cornu met en évidence un « *écran linguistique* » qui s'installe entre initiés et profanes en droit : « *le fait est que le langage juridique n'est pas immédiatement compris par un non juriste. Il n'entre pas d'emblée dans l'entendement de celui qui ne possède que la langue commune. La communication du droit se heurte à un écran linguistique* […] *ce phénomène d'opacité est un fait d'expérience* »[88].

La langue juridique dispose d'un style, d'un vocabulaire et d'une syntaxe particuliers. Surtout, elle revêt un « *caractère composite* » puisqu'elle contient des éléments issus de la langue courante et d'autres éléments étrangers[89]. Ce « *caractère composite* » est à l'origine d'un paradoxe mis en exergue par Jean-Louis Sourioux et Pierre Lerat : « *le droit est un phénomène aussi largement social que les langues mais qui suscite un sentiment d'étrangeté chez le plus grand nombre* »[90]. De même, Jean-Claude Gémar regrette le caractère abscons de la langue juridique : « *les juristes pratiquent un discours souvent obscur*

---

[84] F. Terré, « Libres propos », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, printemps-été 2010, n°34, p. 2.
[85] G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 20 ; V. également, A. Meillet, *Linguistique historique et linguistique générale*, Paris, Champion, 1982, p. 245 ; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921, p. 460.
[86] *Dictionnaire Larousse*, V°« Langage », 2012.
[87] G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 177.
[88] *Id*., p. 12.
[89] J.-L. Sourioux, P. Lerat, *Le langage du droit*, Paris, P.U.F, 1975, p. 9.
[90] *Ibid*.

et tortueux à souhait, et cela dans la plupart des langues véhiculaires, en Occident tout au moins »[91].

La spécificité du vocabulaire juridique constitue donc une entrave à l'accès au droit des profanes. Jean-Pierre Gridel met en évidence que l'utilisation de termes juridiques obscurs exclut de fait les non initiés au droit : « *exposez gravement, devant des personnes non averties, que "la grosse est une expédition particulière de la minute", et l'auditoire se demandera quel est l'établissement psychiatrique le plus adapté à votre cas* »[92]. Finalement, la langue juridique crée une frontière entre ceux qui maîtrisent le droit et ceux qui en sont dépourvus. A ce titre, Jean-Claude Gémar considère que la langue juridique revêt un caractère initiatique dans la mesure où seule une initiation au droit, à la langue juridique ou encore au fonctionnement de la justice permet d'accéder à la compréhension juridique[93]. Si tel est le cas d'autres disciplines comme la médecine, la philosophie ou encore les mathématiques, l'hermétisme du langage juridique pose des problèmes spécifiques. En effet, le monopole d'accès du langage juridique par des professionnels du droit prive les profanes d'un accès à un bien public qu'est le droit. Ainsi, Jean-Louis Sourioux souligne « *l'insertion de ce langage (juridique) dans une relation permanente de "savoir-pouvoir"* »[94]. Dès lors, « *"parler droit", c'est communiquer entre initiés* »[95]. D'ailleurs, Cécile Robin qui étudie la langue de la Cour de cassation considère que « *l'emploi de la langue juridique constitue pour le juge de cassation un instrument de pouvoir. Elle permet l'éviction totale et définitive du justiciable profane* »[96]. Il en résulte que l'absence de maîtrise de ce langage du droit prive le médecin d'un accès à la connaissance juridique.

18. Le « *caractère ésotérique voire impénétrable* »[97] du droit fait régulièrement l'objet de dénonciations, au regard des objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité du droit[98]. Jean-

---

[91] J.-C. Gémar, « Les fondements du langage du droit comme langue de spécialité », *Revue générale du droit*, Université d'Ottawa, Faculté de droit, 1990, vol. 21, n°4, p. 719.
[92] J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, Paris, Dalloz, 1994, p. 23.
[93] J.-C. Gémar, « La langue juridique, langue de spécialité au Québec : éléments de méthodologie», *French Review*, 1980, vol. 6, n°53, p. 880-893 ; V. également, C. Deschamps, « Enseignement/apprentissage des collocations d'une langue de spécialité à un public allophone : l'exemple de la langue juridique », *Études de linguistique appliquée*, 2004, vol. 3, n°135, p. 361-370.
[94] J.-L. Sourioux, « Pour une fondation langagière du droit », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, printemps-été 2010, n°34, p. 9.
[95] M. Domingo, « Parler droit », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, printemps-été 2010, n°34, p. 1.
[96] C. Robin, « La langue de la Cour de cassation », *RRJ* 2001, vol. 1, n°2, p. 517.
[97] D. Péano, « Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives », *AJDA* 2011, p. 612.

Claude Gémar souligne, à ce titre, que « *depuis toujours, la manière de rédiger les lois et les autres textes porteurs de règles juridiques ne cesse de préoccuper le monde des juristes, praticiens et théoriciens confondus* […] »[99]. Les pouvoirs publics se sont emparés de ce problème d'accès au droit de l'ensemble des citoyens, par une volonté de simplification du droit[100] ou encore la création d'une Commission de terminologie et de néologie en matière juridique, présidée par François Terré, qui vise à simplifier le langage juridique[101]. De même, l'œuvre de codification, l'obligation de motivation des décisions de justice, la pratique des *obiter dicta* et des opinions séparées apparaissent comme des instruments pédagogiques d'accès au droit[102].

19. Le professeur Danièle Lochak met en évidence les conséquences du non accès au droit des citoyens profanes : « *le droit est si étroitement lié aux pratiques sociales que le non-accès au savoir juridique entretient l'opacité des rapports sociaux, la non-transparence des institutions, la méconnaissance des mécanismes de fonctionnement de la société* »[103]. Dans notre cadre, face à un encadrement juridique de plus en plus prégnant, il semble nécessaire que le médecin appréhende le droit pour connaître, d'une part, ses obligations et, d'autre part, les droits des patients qu'il soigne. Sans cette connaissance, il est à craindre une augmentation du risque judiciaire ou, au contraire, une inertie de l'action médicale. Par conséquent, la connaissance du droit apporte une sécurité juridique au médecin qui est en mesure de déterminer son champ d'intervention ainsi que ses limites d'action.

Si le droit fait partie intégrante de l'exercice médical, le médecin dispose d'une connaissance du droit insuffisante. Notre étude a pour objet de résoudre cette contradiction.

§3. Présentation de notre étude

---

[98] C.C., 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, n°99-421 DC du 16 décembre 1999, *Rec.* C.C., p. 136, *JO* du 22 décembre 1999, p. 19041.

[99] J.-C. Gémar, « De la traduction (juridique) à la Jurislinguistique. Fonctions proactives du traductologue », *Meta : journal des traducteurs*, 2005, vol. 50, n°4, p. 2.

[100] Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JO* n°0110 du 13 mai 2009, p. 7920.

[101] Décret n°96-602 du 3 juillet 1996 relatif à l'enrichissement de la langue française, *JO* n°155 du 5 juillet 1996, p. 10169 ; Arrêté du 1er août 2003 modifiant l'arrêté du 16 février 1998 portant création de la Commission spécialisée de terminologie et de néologie en matière juridique**,** *JO* n°187 du 14 août 2003, p. 14047 ; V. à ce sujet : A.-M. Leroyer, « La spécificité du langage du droit », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, printemps-été 2010, n°34, p. 8 : « *La commission participe au travail de simplification du langage juridique et d'enrichissement de la langue française, en s'attachant, conformément à la politique du gouvernement, à rendre le droit plus accessible, moins technique et moins désuet* ».

[102] *Infra* n°501 à 560.

[103] D. Lochak, « Les usages du savoir juridique », *op. cit.*

20. Si l'on s'était tenu aux propos du Doyen Savatier, « *de même que le confluent de deux fleuves, celui du droit et de la médecine produit nécessairement des remous* »[104] ou à ceux d'André Demichel, « (le) *droit et* (la) *médecine* (est) *un couple condamné à une indissociabilité conflictuelle* »[105], cette étude n'aurait sans doute pu naître.

21. Partant du principe que la méconnaissance du droit est à l'origine d'une « *médecine effrayée par le droit* »[106], ce travail de recherche a pour ambition de parvenir à une connexion entre droit et médecine, « *accessible à la fois aux médecins et aux juristes de plus en plus souvent confrontés à des situations qui nécessitent une double approche que des barrières terminologiques ou techniques ont trop longtemps interdite* »[107]. Nombre de situations attestent que médecine et droit entretiennent des liens d'interdépendance. L'ambition d'un rapprochement de ces deux disciplines, dans le cadre d'une *alliance constructive*, ne semble donc pas incongrue.

22. D'abord, des précisions terminologiques s'imposent. Le dictionnaire Larousse définit une « *alliance* » comme un « *accord*, (une) *union de choses de nature différente* ». Il s'agit également d'un « *rapport de concordance ou de convenance existant ou établi entre des choses et qui est satisfaisant pour l'esprit* », « *une adaptation* » ou encore « *une harmonie* ». Dans notre cadre, parler d'alliance entre droit et médecine signifie donc qu'un accord, qu'une harmonie est à l'œuvre entre deux parties de nature différente, le droit et la médecine. Le Doyen Savatier signifiait cette opposition de nature lorsqu'il affirmait que « *l'un (le médecin) connaît la loi sous l'aspect de la loi biologique, l'autre (le juriste) sous l'aspect de la loi civile* »[108]. Cette alliance à laquelle nous tendons doit être « *constructive* », c'est-à-dire qu'elle doit être « *apte à faire progresser une situation* » et « *manifester une efficacité pratique* »[109].

L'intérêt de ce travail de recherche est donc de parvenir à un équilibre entre ces deux disciplines. En effet, le droit est devenu incontournable dans l'exercice médical. Or le médecin ne dispose pas d'outils juridiques pour pouvoir appréhender le droit qui l'entoure.

---

[104] R. Savatier, « Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes », *in Les métamorphoses économiques et sociales du droit*, chapitre VIII, Paris, Dalloz, 1959, p. 235.
[105] A. Demichel, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », *in Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 725.
[106] G. Mémeteau, « Des médecins qui avaient peur du droit », *op. cit*.
[107] J.-H. Soutoul, « Convergence ou influence ? », *Méd. et Dr*. 2010, vol. 10, n°100-101, p. 4.
[108] R. Savatier, « Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes », *op. cit.*, p. 239.
[109] *Dictionnaire Larousse*, V°« Constructif », 2012.

23. La connaissance juridique du médecin profane est subordonnée à son « *accès au fonds de savoir* (juridique) *disponible* »[110]. C'est à cette condition que le droit et la médecine peuvent s'allier de manière constructive. Dans ces conditions, l'alliance vers laquelle nous tendons réside en la définition d'outils juridiques, à destination des médecins, qui favorisent l'accès à la connaissance du droit. Notre réflexion est née à l'aune d'une expérience menée au sein de l'Union régionale des médecins exerçant à titre libéral (URMEL)[111], organisme qui représente les médecins libéraux devant les instances décisionnelles et facilite leur exercice professionnel. Le constat d'une connaissance lacunaire du droit, préjudiciable à l'exercice de l'art médical, a amené cette Union à concevoir des outils juridiques pratiques sur lesquels le médecin peut se reposer. En l'occurrence, cette structure propose aux médecins libéraux de la région Nord-pas de Calais et d'autres régions partenaires un service de conseils juridiques, une lettre juridique et une bibliothèque de fiches juridiques consultables en ligne. Le médecin intègre ces différents outils dans son exercice professionnel, eu égard aux différentes problématiques juridiques auxquelles il est confronté au quotidien.

24. Au regard de la réussite de cette expérience novatrice, notre démarche vise à renforcer les capacités des médecins à comprendre le droit applicable à leur exercice professionnel et à le relier à leur pratique. Le droit peut ainsi devenir un outil d'autonomie et de développement des pratiques. En effet, par la connaissance juridique, le médecin peut se départir d'une vision contraignante du droit comme nous y invite Antoine Jeammaud lorsqu'il exhorte à « *se libérer d'une définition ressassée de la règle de droit et de reconnaître qu'elle n'est pas toujours* […] *la prescription d'une conduite, que ses objets peuvent être forts divers et très variés dans ses rapports aux comportements des acteurs. Bref, qu'elle n'est pas toujours et pour tous synonyme de contrainte* »[112].

25. Mais comment le médecin peut-il accéder à la connaissance du droit ? A l'instar d'Etienne Picard, nous pouvons nous interroger sur les modalités d'accès au droit, au sens matériel et intellectuel. Doit-il être mené par une « *liberté faculté* », c'est-à-dire un apprentissage autodidacte par la consultation de livres et de revues juridiques ?[113] Doit-il être l'effet d'un « *droit-liberté* », à savoir un droit d'être informé ?[114] S'agit-il d'un « *droit*

---

[110] N. Stehr, « Le savoir en tant que pouvoir d'action », *Sociologie et sociétés*, 2000, vol. 32, n°1, p. 159.
[111] URMEL devenue Union régionale des professionnels de santé médecins libéraux (URPS ML) en 2010.
[112] A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements, plus qu'une crise », *Dr. soc.* 1988, p. 589.
[113] E. Picard, « L'accès au droit », *Jurisdoctoria*, Préface, octobre 2008, n°1, p. 16.
[114] *Ibid*.

créance », au sens d'une exigence qui peut être revendiquée ?[115] En d'autres termes, il s'agit de déterminer « *l'ensemble des moyens offerts aux destinataires pour bénéficier de ce droit* »[116], c'est-à-dire, dans notre cas, les techniques d'information, les outils et méthodes qui permettent l'amélioration de l'accès des médecins au droit. En effet, si certains documents produits par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation font œuvre de didactisme, la compréhension des administrés, en l'occurrence des médecins, reste toute aussi prégnante. En effet, ces « *canaux d'information reliant l'auteur de la règle de droit aux sujets de droit* »[117] restent insuffisants en matière de pédagogie. Il convient donc de définir des outils juridiques à la portée des médecins. Tel est l'objet de cette étude.

26. Notre questionnement sur les modalités d'accès au droit du médecin nous amène inexorablement à la question de la vulgarisation du droit, peu ou prou étudiée[118]. La vulgarisation peut être définie comme l'« *action de mettre à la portée du plus grand nombre, des non-spécialistes des connaissances techniques et scientifiques* »[119]. Vulgariser le droit signifie mettre à la portée du plus grand nombre des connaissances juridiques que facilite une diffusion pédagogique. La vulgarisation constitue donc un acte de transmission du savoir juridique du professionnel du droit vers le citoyen profane, en l'occurrence le médecin. Elle peut également représenter une appropriation volontaire de connaissances juridiques du médecin novice, sous la forme d'un apprentissage autodidacte.

L'entreprise de vulgarisation n'est pas chose aisée. Dans le domaine scientifique, les propos du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) font écho à la vulgarisation du droit : « *être précis et compréhensible par le plus grand nombre, sans simplifier à l'extrême un message qui pourrait devenir mensonger, nécessite un effort et des compétences dont l'importance est souvent sous-estimée* »[120]. La simplification du droit ne doit pas conduire l'émetteur du message à s'éloigner du message juridique qu'il tend à diffuser au destinataire. Suivre la voie de la vulgarisation n'est donc pas le choix de la facilité. Dès lors, la question se pose de savoir comment diffuser une information vulgarisée du droit sans la dénaturer ?

---

[115] *Ibid*.
[116] A. Dezallaï, « Les relations entre l'émetteur de l'accès au droit et son destinataire », *Jurisdoctoria*, 2008, n°1, p. 118.
[117] P. Cam, A. Supiot, « La vulgarisation du droit du travail », *ARSH*, 1984, p. 35.
[118] D. Mainguy, *A propos de la vulgarisation du droit et du savoir juridique* [en ligne] : « *S'il y a bien un thème qui est presque inexistant en France, c'est bien celui de la vulgarisation du droit* ». Consulté sur : *http://www.daniel-mainguy.fr*, le 15 septembre 2012.
[119] *Dictionnaire Larousse*, V°« Vulgarisation », 2012.
[120] CCNE, *Avis sur la communication d'informations scientifiques et médicales, et société : enjeux éthiques*, n°109, février 2010.

Comment atteindre un degré d'intelligibilité sans s'éloigner de la vérité juridique ? Ces questionnements sont ceux d'Ariane Poulantzas qui, s'intéressant à la vulgarisation philosophique, s'interroge en ces termes : « *comment faire l'économie de la technicité, comment simplifier sans trahir ? Ces questions sont incontournables. Vulgariser, c'est nécessairement perdre en rigueur et en substance* »[121].

Mais la vulgarisation du droit ne doit pas être entrevue sous un angle péjoratif. Elle est un acte noble consistant en un partage de savoir le plus large possible. La vulgarisation est donc placée au cœur de notre problématique d'accès au droit puisqu'elle facilite l'accès des profanes au droit.

27. Notre étude implique que l'on s'intéresse à l'ensemble des médecins libéraux et salariés puisqu'ils bénéficient d'une formation médicale similaire. Toutefois, le champ de notre étude est circonscrit aux médecins exerçant en cabinet et dans un établissement public de santé. Nous avons volontairement exclu les médecins salariés non hospitaliers de notre travail de recherche car il nous a semblé complexe d'être fidèle à la réalité de la médecine salariée de par sa composition hétérogène (médecine territoriale, médecine du travail ou encore médecine de protection maternelle et infantile). Notre étude a reposé principalement sur une analyse du droit positif. Nous avons ainsi recensé les hypothèses législatives et jurisprudentielles au regard desquelles nous avons mis en évidence une emprise du droit sur la médecine. La recherche d'un modèle d'alliance constructive entre le droit et la médecine ne pouvait résider en cette seule analyse du droit positif. Nous avons alors privilégié une ouverture vers la sociologie, au travers d'une étude qualitative, afin de recueillir le discours des médecins sur les rapports qu'ils entretiennent avec le droit et leur perception de la formation médicale initiale et continue dont ils ont bénéficié.

28. Ce travail de recherche est un « *essai* ». Le choix de ce terme n'est pas anodin. Il révèle que cette étude, loin de parvenir à un objectif d'exhaustivité sur le sujet, constitue une tentative de parvenir à construire un « *paradigm*e » novateur d'alliance constructive entre droit et médecine. Le paradigme, défini comme un modèle, une conception à laquelle une communauté se réfère[122], doit être une référence en matière d'accès au droit du médecin.

---

[121] A. Poulantzas, « La vulgarisation philosophique : pour ou contre ? », *Horizons philosophiques*, 1998, vol. 8, n°2, p. 42.

[122] F. Armengaud, *Encyclopædia Universalis*, V°« Paradigme, *philosophie* » [en ligne]. Consulté sur : *http://www.universalis-edu.com.doc-distant.univ-lille2.fr/encyclopedie/paradigme-philosophie/*, le 18 septembre

Cette étude a pour objectif de démontrer que, loin de constituer une contrainte dans l'exercice médical, le droit doit être envisagé comme une ressource dans l'action du médecin puisqu'il fait partie intégrante de son exercice. Droit et médecine peuvent parvenir à une entente harmonieuse. Dans notre cadre, la recherche d'un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine consiste à définir une forme d'accès du corps médical à la connaissance juridique.

29. Cette logique guide le plan de la thèse qui sera consacré, dans une première partie, au droit, sources de contraintes pour le médecin et, dans une seconde partie, à l'approche du droit par le médecin, condition de sa libération.

2012 ; R. Boudon, H. Damisch, J. Goguel *et al.*, *Encyclopædia Universalis*, V°« Modèle » [en ligne]. Consulté sur : *http://www.universalis-edu.com.doc-distant.univ-lille2.fr/encyclopedie/modele/*, le 18 septembre 2012.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT, SOURCE DE CONTRAINTES POUR LE MÉDECIN

30. Si l'on se penche sur le rapport qu'entretient le médecin avec la règle de droit, il apparaît que le droit revêt un caractère coercitif. D'abord, la règle de droit revêt un caractère impératif ; elle dirige, commande les individus : « *autrement dit, l'arrière-pensée du discours normatif juridique, c'est l'obligation, le fait qu'une norme aboutit le plus souvent à interdire, à réduire le champ du possible à l'alternative du licite et de l'illicite, du permis et de l'interdit* »[123]. Denys de Béchillon envisage le droit comme un moyen de « *fabriquer de l'interdiction ; prescrire, commander, obliger* »[124]. C'est en ce sens que le droit, par son caractère impérativiste, représente un ordre de contrainte. Les règles de droit distinguent l'espace de comportement interdit de celui licite[125]. Il en résulte, dans le domaine médical, qu'« *entre le juridique et le médical, le croisement est* […] *périlleux, car il demeure un "reste" spécifique à la relation thérapeutique qui ne peut apparaître dans une perspective qui contractualise cette relation* »[126]. Dès lors, il convient de s'interroger sur une vision unique du colloque singulier en termes de droits et devoirs.

31. D'autre part, la règle de droit revêt un caractère sanctionnateur. La norme, qui s'impose comme une contrainte dans l'exercice médical, s'inscrit dans un système d'obligations assorties de sanctions : « *le Droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seule la contrainte physique peut, doit être employée par un Homme envers un autre. Si la société ne connaissait pas la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du Droit* »[127]. Dès lors, le médecin entrevoit la règle de droit sous son angle répressif, la sanction étant un critère du droit : selon Raymond Carré de Malberg, c'est « *l'essence même de la règle de Droit que d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate* »[128]. Il en résulte que si le respect d'une règle de droit est fondé sur la peur du gendarme, le médecin exerce son art sous la menace d'un procès : « *la règle de droit, c'est dans la conception dominante et aussi dans l'opinion la règle dont la violation appelle l'intervention du juge* […] »[129].

---

[123] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *RD publ.* 1991, n°5, p. 1206.
[124] D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 177.
[125] *Ibid.*
[126] M. Saadoun, « Le patient, entre droit et revendication : la médecine saisie par le droit », *in La judiciarisation de la médecine*, Paris, Flammarion, 2004, p. 15-23, spéc. p. 22.
[127] H. Kelsen, « La validité du Droit international », *RCADI* 1932, La Haye, IV, p. 124.
[128] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, CNRS, 1962, p. 57.
[129] J. Rivero, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *in Etudes L. julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1974, p. 457.

32. Le plan adopté dans cette première partie reprend ces caractéristiques dans deux titres respectivement consacrés au rapport qu'entretient le médecin avec la règle de droit. D'une part, nous déterminerons dans quelle mesure le recours accru à la règle de droit est assimilé à une infiltration maligne de l'activité médicale (titre premier). D'autre part, nous envisagerons la menace accrue d'un procès comme une phobie du corps médical (titre second).

TITRE PREMIER

LA JURIDICISATION, INFILTRATION MALIGNE DE L'EXERCICE MÉDICAL ?

« *Le droit positif est aujourd'hui un océan parcouru de courants multiples. Le législateur français n'est plus le seul maître à bord* ».

P. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale*, 2ème éd., Paris, Defrénois, 2005, n°235, p. 167.

33. La norme juridique applicable à l'exercice médical cristallise l'attention des médecins. En effet, si l'encadrement juridique de l'activité médicale n'est pas un phénomène nouveau, la place des règles juridiques dans la sphère médicale ne cesse de croître. Ce processus d'infiltration progressive de la médecine par le droit est désigné sous le terme de « *juridicisation* », qui définit « *la sollicitation croissante du droit par un grand nombre d'acteurs et de citoyens dans la vie quotidienne* »[130]. Il se manifeste notamment par une inflation du nombre de normes juridiques dans les domaines de la vie sociale, dans notre cas de l'activité médicale. François Terré souligne d'ailleurs que « *la juridicisation atteste que, plus que jamais, le droit gouverne les rapports sociaux* »[131]. Les règles juridiques, plus nombreuses et denses en terme de contenu, sont le signe du recul d'un paternalisme médical des années 1950 et l'émergence de l'autodétermination du patient.

34. L'infiltration de l'exercice médical par le droit soulève la question de la préservation de l'indépendance du médecin dans l'exercice de son art. En effet, si l'encadrement juridique de l'activité médicale garantit une régulation des rapports entre médecins et patients, le processus de juridicisation est assimilé à une ingérence dans la profession, mal vécue par les praticiens. L'imposition d'obligations et de procédures dont la légitimité apparaît incertaine constitue une entrave à l'exercice de la médecine, « *alors que de leur point de vue, ils ne peuvent exercer leur devoir qu'à la condition* […] *de ne pas être soumis à condition formelle contraignante* »[132]. Dans un premier temps, nous envisagerons l'ensemble des symptômes qui contribuent à poser un diagnostic de juridicisation de l'activité médicale (chapitre premier). Puis, nous apprécierons la force inhibitrice du droit sur l'activité médicale (chapitre second).

---

[130] F. de Coninck, Y. Cartuyvels, A. Franssen *et al.*, *Aux frontières de la justice, aux marges de la société*, Academia Press et politique fédérale scientifique, 2005, p. 256.
[131] D. Terré, *Les questions morales du droit*, Paris, P.U.F, 2007, p. 45.
[132] M. Saadoun, « Le patient, entre droit et revendication : la médecine saisie par le droit », *op. cit.*, p. 22.

CHAPITRE PREMIER

LE SYNDROME DE JURIDICISATION

35. La médecine, art conjectural, fluctue au gré des avancées techniques et scientifiques. En matière de biomédecine, qu'il s'agisse de la médecine prédictive, de l'assistance médicale à la procréation ou encore des diagnostics prénatal et préimplantatoire, se pose la question du cadre d'intervention et des limites d'action à ériger. La conciliation entre progrès médical, respect de l'être humain et acte médical doit donc être pensée et encadrée.

Le paysage médical a également évolué avec l'émergence de nouvelles formes de pratiques médicales collectives qui remplacent peu à peu l'exercice individuel et isolé. En atteste la création de réseaux de santé, de maisons médicales de garde ou encore de maisons de santé pluriprofessionnelles. A titre d'illustration, pour ces dernières, l'absence de cadre juridique adéquat constituait un frein à leur développement. En effet, aucun des statuts prévus par le Code civil, à l'instar de la société civile de moyens ou de la société civile professionnelle, n'était adaptée notamment pour la perception de financements publics et la répartition en seconde intention entre les membres de la société. Devant la faiblesse des montages juridiques existants, aussi nombreux soient-ils, la loi du 10 août 2011 dite « loi Fourcade »[133], crée une nouvelle forme de société, la société interprofessionnelle de soins ambulatoires (SISA), intégrée dans le Code de la santé publique, afin de répondre aux exigences de ce nouvel exercice coordonné et pluriprofessionnel. Ce nouveau statut juridique met en évidence la nécessité de produire du droit face un exercice médical de plus en plus complexe.

36. Face aux différentes évolutions de l'activité médicale, l'intervention du droit dans la sphère médicale remplit une fonction régulatrice. L'encadrement de la médecine revêt un caractère nécessaire dont les contours restent à déterminer (section 1). Toutefois, nous sommes passés d'un encadrement juridique nécessaire à une immixtion excessive du droit dans l'activité médicale (section 2).

---

[133] Loi n°2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JO* n°0185 du 11 août 2011, p. 13754.

Section 1. La nécessité d'un encadrement de l'activité médicale

37. La vie en société nécessite que naissent des règles destinées à régir les comportements, individuels ou collectifs. Force est de constater que l'étude du vivant est accompagnée « […] *de considérations éthiques, variables, en fonction de la subjectivité humaine et parfois fluctuantes, selon l'opinion des uns et des autres* »[134]. Il semble donc indispensable que soient posés des garde-fous. Christian Saint-Germain, s'intéressant à la notion de « *limite* » étudiée par Pierre Legendre, la définit comme « *ce sans quoi il n'est pas de relations possibles entre les individus, les Etats* »[135], au-delà d'être une simple borne. Ainsi, cet auteur considère que l'existence de la personne humaine nécessite des contours et des délimitations et nous pourrions ajouter à « *la personne humaine* », « *toute activité humaine* ». En effet, les défis scientifiques, les progrès médicaux ou encore les prouesses chirurgicales sont autant de risques de dérives vers une non limite. Pierre Legendre souligne d'ailleurs que « *les bouleversements technologiques et la commercialisation des découvertes scientifiques du côté de la biologie, servent d'écran protecteur à une inépuisable revendication de toute puissance* »[136].

Par conséquent, si l'encadrement de l'activité médicale par le droit positif revêt un caractère nécessaire, il convient de porter notre regard sur la nature des règles susceptibles de régir l'activité médicale (§1). Puis, nous déterminerons les sources dans lesquelles l'encadrement de l'activité médicale puise sa force (§2).

---

[134] Sénat, *Les instances nationales de bioéthique*, Les Documents de travail, avril 2001, n°LC 89, p. 24.
[135] C. Saint-Germain, *La technologie médicale hors-limite, le cas des xénogreffes*, Canada, Presses de l'Université du Québec, 2001, 126 p.
[136] P. Legendre, *L'inestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident*, Leçon IV, Paris, Fayard, 1985, p. 31.

§1. La détermination de la forme de régulation

38. Notre société, marquée par la révolution scientifique, a fait naître de nouvelles situations, de nouveaux questionnements. A chaque progrès médical se pose la question de l'attitude à adopter afin de ne pas sombrer dans une dérive de toute puissance. La délimitation de l'activité médicale implique que des règles soient érigées, en guise de limites ou d'interdits. Doivent-elles être issues de la déontologie, de l'éthique ou du droit ? A qui incombe la fonction de régir l'activité médicale ? Est-ce à la déontologie, à l'éthique ou au droit de traiter les questions liées à la vie ? La prescription et la proscription de comportements à adopter doivent-elles émaner d'autorités autorégulatrices ou de l'Etat ? A cet effet, il convient d'analyser les rôle et pouvoir de l'autorégulation ainsi que d'en déterminer les limites (A). Puis nous montrerons que le contrôle de l'activité médicale doit venir de l'extérieur. Le droit apparaît alors comme un puissant instrument de régulation sociale (B).

A. LE DÉPASSEMENT DE L'AUTORÉGULATION DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE

39. L'activité médicale ne peut fonctionner sans encadrement. Les progrès médicaux, l'utilisation de nouvelles technologies et l'émergence de nouvelles pratiques professionnelles nécessitent des garde-fous. A ce titre, l'éthique et la déontologie constituent des tentatives de régulation de l'activité médicale (1). Cependant, elles ne peuvent suffire à encadrer l'activité médicale (2).

1. <u>Les tentatives de régulation</u>

40. L'autorégulation de l'activité médicale désigne l'encadrement par des règles créées par un groupe d'individus et dont ils sont les destinataires. L'éthique (a) et la déontologie professionnelle (b) apparaissent comme des instruments d'autorégulation de l'activité médicale.

a. La prise de conscience éthique

41. L'activité médicale est encadrée par des règles éthiques. Un retour aux origines étymologiques nous amène à la conclusion que les notions de « *morale* », du latin « *mos, mores* » et d'«*éthique* », du grec « *ethos* » sont synonymes puisqu'elles font référence aux

mœurs et aux règles relatives aux comportements. Nous utiliserons donc le vocable « *éthique* » dans notre développement.

42. Selon la doctrine, l'éthique revêt un caractère universel et de ce fait, sa vocation première serait d'accompagner les développements de la liberté humaine parmi lesquels se situe la science. Le point de départ de l'éthique ne peut être fixé au jugement de Nuremberg. Il y eut auparavant des prémices[137]. En effet, à l'aube du 20ème siècle, Claude Bernard, médecin, expose déjà sa conception relative aux expérimentations thérapeutiques sur les malades : « *donc, parmi les expériences qu'on peut tenter sur l'homme, celles qui ne peuvent que nuire sont défendues, celles qui sont innocentes sont permises, et celles qui peuvent faire du bien sont commandées* »[138]. Les événements qui suivront lui donneront raison.

En 1947, le Code de Nuremberg reflète les réflexions éthiques issues du « *procès des médecins* »[139] faisant suite aux expérimentations médicales humaines dans les camps de concentration. Ce code définit les principes éthiques devant encadrer la recherche médicale sur des sujets humains et pose des limites[140]. En 1964, la Déclaration d'Helsinki, adoptée par l'Assemblée Médicale Mondiale[141], reprend les principes dégagés par le Code de Nuremberg. Elle est amendée à Tokyo en 1975 puis complétée à Venise en 1983. La déclaration révisée d'Edimbourg en 2000, dans son article 13, dispose que tout protocole « *doit être soumis pour examen, commentaires, avis, et le cas échéant, pour approbation, à un comité d'éthique mis en place à cet effet* ».

La réflexion éthique se structure notamment, en 1983, par la création d'une instance, le Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE)[142], chargé de « *donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et de publier des recommandations sur ce sujet* »[143].

---

[137] G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, 3ème éd., Bordeaux, L.E.H, 2006, p. 167 ; V. également : P. Gramain-Kibleur, *Le monde du médicament à l'ère industrielle ; les enjeux de la prescription médicamenteuse de la fin du XVIIIe au début du XXe siècle*, Lille : ANRT, 2001, thèse de doctorat : épistémologie soutenue en 1999 à l'Université de Paris-VII, p. 107.
[138] C. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, Garnier-Flammarion, 1865, p. 98.
[139] Jugement du Tribunal Militaire Américain, Nuremberg, 19 et 20 août 1947.
[140] H. Doucet, *L'Ethique de la recherche*, Canada, Presses de l'Université de Montréal, 2002, 270 p.
[141] Déclaration d'Helsinki, adoptée par la 18ème Assemblée Générale de l'Assemblée Médicale Mondiale, Helsinki, Finlande, juin 1964.
[142] Décret n°83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, *JO* du 25 février 1983 p. 630.
[143] Art. 23 de 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, *JO* n°175 du 30 juillet 1994, p. 11060.

En outre, il peut lui être assigné une mission de « *régulateur de l'éthique* » voire d'« *instance d'appel ou de contrôle des autres comités* »[144]. Sous l'impulsion du CCNE, des comités d'éthique locaux naissent dans les centres hospitaliers universitaires (CHU)[145]. Ils ont pour vocation de rendre des avis sur des problèmes éthiques internes aux établissements de santé, au regard de cas cliniques ou de protocoles de recherches qui leur sont présentés. Ils participent notamment à développer la prise en considération de l'éthique dans ces établissements.

Sur le plan international, deux comités participent à la production de normes éthiques. D'une part, le Comité International de Bioéthique (CIB) de l'Unesco, créé en 1993, rend des avis sur la brevetabilité du génome humain et publie des avis relatifs au dépistage et aux tests génétiques, à l'utilisation des cellules souches embryonnaires pour la recherche thérapeutique ou encore le consentement[146]. D'autre part, le Comité *ad hoc* d'experts pour la bioéthique (CAHBI), créé en 1985, devenu le Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) en 1992, est en charge des activités intergouvernementales du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique. Il est le fondateur d'une convention sur les droits de l'homme et la biomédecine et du premier traité international en ce domaine. En outre, il élabore des protocoles additionnels sur divers sujets parmi lesquels l'interdiction du clonage d'êtres humains, la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, la recherche biomédicale et les tests génétiques à des fins médicales.

La déontologie constitue une autre forme de régulation de l'activité médicale.

b. Le développement de la déontologie médicale

43. La notion de « *déontologie* » provient de « *deontos* » et de « *logos* », en grec, qui signifient le discours sur le devoir. Terme créé par Jérémy Bentham[147] en 1825, la déontologie désigne « *la partie de l'Ethique traitant des devoirs moraux que crée, pour un individu, l'exercice d'une certaine profession* »[148].

---

[144] G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, *op. cit*., p. 183.
[145] CCNE, *Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme. Réflexions et propositions*, n°2, 9 octobre 1984.
[146] Consultation du site : *http://www.unesco.org*, le 12 décembre 2010.
[147] J. Bentham, *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et Science*, Paris, Bossange frères libraires, 1825, p. 56.
[148] F. Marcoux, *Droit médical et déontologie*, Paris, Maloine, 1970, p. 73.

44. La déontologie médicale constitue donc un ensemble de principes et de règles qui encadrent l'activité médicale et auxquels doivent se conformer les médecins. François Marcoux souligne que « *l'origine de la déontologie se confond avec celle de la médecine. En effet, dans les millénaires qui ont précédé notre ère* […] *les préceptes moraux en usage dans la profession médicale étaient déjà édifiés. Transmis de maître à disciples, ils inspiraient la conduite de ceux qui avaient la vocation de soigner* »[149]. Le Serment d'Hippocrate de Cos constitue la référence des premiers préceptes éthiques appliqués à la médecine, à l'instar du respect du secret, de la bienfaisance et du principe « *primum non nocere* »[150]. Ce texte, précurseur de la déontologie médicale, représente « *dans son humanisme traditionnel l'ensemble des lois éternelles qui doivent préciser la conduite du médecin vis-à-vis de son malade, de ses confrères et de la société* »[151]. La déontologie médicale repose sur des principes érigés en devoirs déontologiques, à l'instar de la « *dignité* », de la « *moralité* » ou de la « *probité* »[152]. La norme déontologique fait référence au comportement attendu du médecin, eu égard aux objectifs et aux principes d'organisation définis par et pour la profession.

45. L'étude de l'histoire de l'exercice médical met en exergue la place prépondérante du regroupement de la profession médicale, qu'il s'agisse des « *hétairies* »[153] dans le monde antique, des « *confréries* » au Moyen Age ou encore des « *corporations* » au 18ème siècle. L'Ordre des médecins, garant de la déontologie médicale, puise ses origines dans le « *Congrès Médical de France* » en novembre 1845. Il est alors proposé que soit mis en place un « *collège médical* » dont la vocation première serait de servir « *d'intermédiaire entre le corps médical et la société, entre le corps médical et chacun de ses membres, ayant à la fois des fonctions de protection et de moralisation et chargé de soutenir les droits des médecins et de maintenir la dignité professionnelle* »[154]. De nombreux projets relatifs à la création d'un Conseil de l'ordre médical se multiplient, notamment après la loi Chevandier[155], qui consacre l'existence des premiers syndicats médicaux. En 1896, le professeur Grasset souligne que « *la*

---

[149] *Ibid*.
[150] Hippocrate, *Traité des Epidémies* (I, 5), 410 av. J.-C. ; Traduire « *Primum non nocere* » par « *d'abord, ne pas nuire* ».
[151] M. Martiny, *Hippocrate et la médecine*, Paris, Arthème Fayard, 1964, p. 131.
[152] Article R. 4127-2 et R. 4127-3 du CSP.
[153] V. E. Scheid-Tissinier, « Classe dirigeante, classe dangereuse ? Une représentation des élites dans l'Athènes du IVe siècle », *Histoire urbaine*, août 2004, vol. 2, n°10, p. 36.
[154] J. Pouillard, « Historique de l'ordre national des médecins 1845-1945 », texte présenté à la Société Française d'Histoire de la médecine, CNOM, séance du 15 mai 2004, p. 3.
[155] Loi Chevandier, 30 novembre 1892, *JO* du 1er déc. 1893, *D.* 1893, 4, p. 8 ; V. J. Léonard, *La médecine entre les savoirs et les pouvoirs*, Paris, Aubier-Montaigne, 1981, 384 p.

médecine et les médecins ne seront honorés et estimés à leur valeur que si les médecins eux-mêmes donnent l'exemple de la considération réciproque et suivent scrupuleusement, dans leurs rapports mutuels, les règles de haute convenance que la coutume, à défaut de la loi, impose à la confiance de chacun »[156]. C'est par la loi du 7 octobre 1940 que fut créé l'Ordre des médecins, sous le gouvernement de Vichy. *In fine*, l'ordonnance du 24 septembre 1945 crée l'Ordre des médecins tel que nous le connaissons actuellement, c'est-à-dire « […] *chargé du maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine* […] *et à l'observation des règles dictées par le code de déontologie* »[157]. Cette ordonnance décide également de la promulgation d'un Code de déontologie pour chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme et prévoit que le Conseil national de l'Ordre assure la préparation du code et le soumette au Conseil d'Etat avant la publication, sous la forme d'un règlement d'administration publique. Le premier Code de déontologie médicale opposable aux médecins apparaît alors en 1947[158] et est, à maintes reprises, modifié[159].

Si l'activité médicale est par excellence au cœur des problématiques éthiques et déontologiques, ces deux formes d'autorégulation sont-elles suffisantes pour encadrer cette activité ?

2. <u>Les limites de l'autorégulation</u>

46. La quête du savoir scientifique ne doit pas faire perdre de vue la protection de la personne humaine. A l'instar des expérimentations humaines dans les camps d'extermination au cours de la seconde guerre mondiale, de nombreux événements révèlent que la science ne peut être autogérée par le corps médical, sans contrôle extérieur. Jean-Pierre Baud souligne

---

[156] J. Pouillard, « Historique de l'ordre national des médecins 1845-1945 », *op. cit.*, p. 4.
[157] Art. L. 4121-2 du CSP.
[158] Décret n°47-1169 du 27 juin 1947 de déontologie médicale application de l'ordonnance 45-2184 du 24-09-1945, *JO* du 28 juin 1947, p. 5993 modifié par le décret n°49-1130 du 2 août 1949 modification de l'art. 11 du D. 47-1169 du 27-06-1947, *JO* du 10 août 1949 p. 7934 et le décret n°51-1369 du 28 novembre 1951 modification du dernier alinéa de l'art. 69 du D. 47-1169 du 27-06-194, *JO* du 30 novembre 1951, p. 11842.
[159] Décret n°55-1591 du 28 novembre 1955 abroge et remplace le D.47-1169 du 27-06-1947, portant code de déontologie médicale, *JO* du 6 décembre 1955, p. 11856, modifié par le décret n°77-638 du 21 juin 1977 modification des art. 1er (al. 1e), 64 (al. 3), 68 (al. 1) et adjonction des art. 13-1 et 26-1 au décret 55-1591 du 28-11-1955 portant code de déontologie médicale, *JO* du 23 juin 1977 p. 3378 ; Décret n°79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale, *JO* du 30 juin 1979, p. 1568 ; Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, *JO* n°209 du 8 septembre 1995, p. 13305 modifié par le décret n°2003-880 du 15 septembre 2003 relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins et aux conditions de participation des médecins à cette permanence et modifiant le code de la santé publique, *JO* n°214 du 16 septembre 2003 p. 15863 ; Décret n°2005-481 du 17 mai 2005 modifiant le code de déontologie médicale, *JO* n°114 du 18 mai 2005, p. 8589 ; Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, *JO* n°0108 du 8 mai 2012, p. 8479.

ainsi que « *l'on a perçu très tôt qu'il y avait des dangers à manipuler inconsidérément les composants de la matière inerte et la vie qui animait les êtres* »[160]. Il en résulte qu'en matière de régulation de l'activité médicale, l'éthique (a) et la déontologie médicale (b) s'avèrent insuffisantes.

a. Les insuffisances de l'éthique

47. D'emblée, nous pouvons affirmer que le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) joue un rôle important dans l'encadrement de l'activité médicale tant il exerce une influence sur la législation. Jean-Christophe Galloux souligne que *« le champ juridique et le champ éthique se compénètrent intimement autorisant le Comité consultatif national d'éthique à passer habilement et sans doute inconsciemment de l'un à l'autre. L'utilisation de concepts juridiques, de procédés du raisonnement juridique voire d'un discours essentiellement juridique accentuent encore ce débordement sur le champ du droit* »[161].

Certains avis, rapports et recommandations peuvent être assimilés à des actes pouvant influencer la norme juridique. Dans son avis n°8, le Comité souligne que « *la rapidité des évolutions scientifiques et du développement des pratiques prend de court la réflexion éthique* » ce qui justifie *« dans un contexte à la fois provisoire et aléatoire, l'élaboration de normes susceptibles d'assurer une régulation de ces nouveaux pouvoirs* »[162]. Ainsi, le législateur introduit les articles 16-10 à 16-12 dans le Code civil en s'inspirant des avis rendus en 1989[163] et 1991[164] en matière d'étude génétique des caractéristiques d'une personne et d'empreintes génétiques.

48. Cependant, cette influence du CCNE sur la législation ne peut masquer les insuffisances de l'éthique à encadrer l'activité médicale. En effet, l'influence du CCNE demeure relative et diffuse. Le professeur Jean Bernard souligne, à cet égard, que « *le comité n'est pas responsable des conduites gouvernementales, il donne un avis que les*

---

[160] J.-P. Baud, « Le savant fou », *in Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, Paris, Autrement, 1994, p. 130.
[161] J.-C. Galloux, « Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ? », *in La doctrine juridique*, Paris, P.U.F, 1993, p. 22.
[162] CCNE, *Avis relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques*, n°8, 15 décembre 1986.
[163] CCNE, *Avis relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (technique des empreintes génétiques)*, n°17, 15 décembre 1989.
[164] CCNE, *Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population. (Problèmes des « banques » de l'ADN, des « banques » de cellule et de l'informatisation des données)*, n°25, 24 juin 1991.

gouvernements suivent ou ne suivent pas ». Il agit uniquement tel « […] *un organisme de réflexion, de confrontation, il n'est en aucun cas un organisme de décision* »[165]. En outre, une règle éthique ne détient aucune force obligatoire ni contraignante et n'implique donc aucune sanction extérieure, contrairement à d'autres formes de régulation de l'activité médicale. Selon Jean-François Malherbe, l'éthique est davantage une « […] *réflexion personnelle que mène un sujet* […] *pour créer la réponse la plus noblement humaine à la question : "qui deviens-tu ?"* »[166]. La sanction attachée à l'éthique est de nature intérieure et n'exerce donc aucune contrainte matérielle sur le médecin. L'éthique « *ne connaît de sanction qu'en conscience* »[167]. Ainsi, le CCNE émet des avis et recommandations, sans force contraignante. Il n'est pas en mesure de prendre des décisions ni de produire des règles juridiques. Il ne dispose pas de compétence normative directe. Les avis éthiques rendus sont contraignants uniquement d'un point de vue moral. Selon Christian Saint-Germain, le rôle des comités d'éthique serait principalement consultatif et consisterait notamment à entériner des pratiques[168]. Le CCNE est donc une autorité morale qui ne peut exercer de pression qu'au travers de la persuasion ou de la conviction.

De la même manière, la déontologie médicale s'avère insuffisante.

b. Les insuffisances de la déontologie médicale

49. Longtemps, la déontologie fut assimilée à une morale professionnelle. Le Code de déontologie était voué à « […] *faire preuve des usages suivis dans la profession* »[169]. Les normes déontologiques étaient des « *règles juridiques en état d'émergence, non encore assimilables à des règles de droit positif* »[170].

La déontologie médicale a subi des évolutions qui lui confèrent une place au sein du système juridique. Le Code de déontologie médicale détient une force contraignante. En attestent sa forme réglementaire[171] et son intégration dans le Code de la santé publique depuis le 29 juillet 2004[172]. En outre, l'efficacité de la norme déontologique est supérieure à celle de

---

[165] J. Bernard, *Ethique et recherches biomédicales*, Paris, La Documentation française, 1987, p. 32.
[166] J.-F. Malherbe, « De la crédibilité de l'éthique », *DDS* 2002, vol. 2, n°1, p. 5.
[167] Auteur inconnu, « Les Cahiers pédagogiques. Droit, morale et éthique », *DDS* 2002, vol. 2, n°2, p. 219.
[168] C. Saint-Germain, *La technologie médicale hors-limite, le cas des xénogreffes, op. cit.*, p. 91-92.
[169] J. et R. Savatier, J.-M. Auby, H. Péquignot *et al.*, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, p. 117.
[170] J.-M. Auby, *Droit médical*, Litec, fasc. 40-2, 1997.
[171] Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, *JO* n°209 du 8 septembre 1995, p. 13305.
[172] 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, *JO* n°183 du 8 août 2004, p. 37087.

la règle morale, eu égard aux sanctions disciplinaires qui peuvent être prononcées à l'encontre des médecins. La « *discipline* » désigne un « *ensemble de règles et devoirs imposés aux membres d'un corps ou d'une profession, ou attachés à l'exercice d'une fonction et dont le régime de sanction est autonome tant en ce qui concerne les instances compétentes et la procédure que la définition des infractions et la nature des peines* »[173]. L'article L. 4124-6 du Code de la santé publique[174] énonce les sanctions pouvant être prononcées par la Chambre disciplinaire nationale de première instance. Enfin, en 1993, le Conseil d'Etat considère que les dispositions du Code de déontologie médicale constituent « *des principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient* »[175]. La Cour de cassation considère, par ailleurs, que la responsabilité civile d'un praticien peut être engagée au motif d'une méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale[176].

50. Cependant, le Code de déontologie médicale peut s'avérer insuffisant dans la résolution de problèmes particuliers auxquels sont confrontés les médecins. En effet, il véhicule uniquement de grands principes déontologiques fondés sur des valeurs morales sans toujours parvenir à aider le praticien dans ses choix. Gilles Devers souligne, à cet égard, que les codes, parmi lesquels le Code de déontologie, jouent un rôle secondaire, au motif que « *ces textes se révèlent d'un maniement d'autant plus délicat qu'ils contiennent des formules très larges telles que la dignité du malade, la probité, la moralité, la conscience personnelle…* »[177]. Les propos de Jean Geronimi, inspecteur général des services judiciaires, prononcés lors de la proposition de rédaction d'un Code de déontologie pour la magistrature, pourraient être transposés à la déontologie médicale. En effet, il souligne qu'« *un code est toujours en retard par rapport à l'évolution des mœurs* » ou encore qu'il « […] *risquerait par trop de figer la vie qui par nature est évolutive* »[178].

---

[173] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Discipline », Association Henri Capitant, Paris, P.U.F, 2007.
[174] Article L. 4124-6 du CSP : « *les peines disciplinaires que la chambre disciplinaire de première instance peut appliquer sont les suivantes : 1° L'avertissement ; 2° Le blâme ; 3° L'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme, conférées ou rétribuées par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, les établissements reconnus d'utilité publique ou des mêmes fonctions accomplies en application des lois sociales ; 4° L'interdiction temporaire d'exercer avec ou sans sursis ; cette interdiction ne pouvant excéder trois années ; 5° La radiation du tableau de l'ordre* […] ».
[175] C.E., Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, n°124960, *Rec*. p. 194 ; Concl. D. Kessler, *RFDA* 1993, p. 1002 ; Note C. Maugüé, L. Touvet, *AJDA* 1993, p. 530 ; Note G. Lebreton, *D*. 1994, p. 352 ; Note J.-M. Peyrical, *D*. 1994, p. 74 ; Note J. Hauser, *RTD civ*. 1993, p. 803.
[176] Cass. 1ère civ., 18 mars 1997, n°95-12.576, *Bull. civ*. 1997, I, n°99, p. 65.
[177] G. Devers, « Un code de déontologie, pour quoi faire ? », *DDS* 2010, vol. 10, n°2, p. 133.
[178] J.-L. Geronimi, cité par G. Devers, « Un code de déontologie, pour quoi faire ? », *op. cit.*, p. 134.

51. En outre, il semble intéressant de porter un regard sur l'étendue des pouvoirs du Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM). Ce dernier propose des modèles contractuels relatifs à la profession, mis à la disposition des médecins. S'il leur recommande d'en faire usage, il ne leur impose pas. Toutefois, il dispose d'un pouvoir réglementaire lui permettant de rédiger des « *clauses essentielles* » qui revêtent le caractère de décisions réglementaires[179]. En d'autres termes, ce sont des dispositions réglementaires, au même titre que les articles du Code de déontologie médicale. Elles peuvent donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[180]. Ainsi, l'Ordre des médecins précise dans ses commentaires de l'article 83 du Code de déontologie médicale que « *la contestation du caractère réglementaire de ces clauses essentielles des contrats-types entraîne comme conséquence, à côté de leur caractère obligatoire, leur soumission, comme toute disposition réglementaire au contrôle de légalité du Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir et par celle de l'exception d'illégalité qui peut s'exercer sans condition de délai* »[181].

Cependant, tous les contrats ne comportent pas d'aspects impératifs, à l'instar du modèle de contrat d'exercice en clinique, proposé par l'Ordre des médecins, qui ne contient aucune clause essentielle[182]. Par ailleurs, il ne suffit pas d'inclure dans un contrat des clauses essentielles. Encore faut-il que cela réponde à une exigence d'adéquation de la clause extraite du modèle à la volonté des deux parties[183]. Il en résulte qu'«*"en cas d'inadaptation manifeste", la clause tirée du modèle sera "sans portée"* »[184].

52. Par ailleurs, conformément à l'article L. 4113-9 du Code de la santé publique, les praticiens sont dans l'obligation de « […] *communiquer au conseil départemental de l'ordre dont ils relèvent les contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de leur profession ainsi que, s'ils ne sont pas propriétaires de leur matériel et du local dans lequel ils exercent ou exerceront leur profession, les contrats ou avenants leur assurant l'usage de ce matériel et de*

---

[179] Sur le pouvoir réglementaire confié à l'Ordre, V. C.E., 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, *Rec*. p. 881 ; Concl. J. de Clausade, *Dr. Soc*. 1987, p. 749 ; Obs. D. Chelle, X. Prétot, *D*. 1989, p. 65.
[180] G. Mémeteau, *Cours de droit médical, op. cit*., p. 151 ; V. C.E., 14 février 1969, *A.N.S.M.G*, *Rec.* p. 96 ; Sur le recours pour excès de pouvoir contre une clause à caractère réglementaire, V. C.E., Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n°138536, *Rec.* p. 274 ; Chron. D. Chauvaux, *AJDA* 1996, p. 807 ; Note P. Devolvé, *RFDA* 1997, p. 89.
[181] ONM, Commentaires de l'article 83 du CDM.
[182] C. Daver, obs. sous Cass. 1ère civ., 25 juin 2002, *RGDM*, 2003, n°10, p. 297.
[183] G. Mémeteau, *Cours de droit médical, op. cit*.
[184] J. Mestre, B. Fagès, obs. sous Cass. 1ère civ., 3 juillet 2001, *RTD civ*. 2001, p. 877 ; V. en ce sens : G. Mémeteau, *Cours de droit médical, op. cit*.

ce local », et ce dans un délai d'un mois suivant la conclusion du contrat. Le médecin peut également communiquer son contrat à l'état de projet, à l'Ordre des médecins, afin d'obtenir un avis avant la signature. L'Ordre des médecins communique alors ses observations dans un délai d'un mois[185]. Bien que cette communication soit obligatoire dans le cadre de l'article précité, le Conseil national de l'Ordre des médecins ne dispose d'aucune compétence pour délivrer un avis en matière juridique : « *l'avis que rend le CNOM est scientifique, éthique et déontologique* »[186]. Le contrôle porte uniquement « *sur la conformité déontologique des stipulations du contrat en cause, au regard notamment du respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle ainsi que des principes du libre choix, de la liberté d'installation et de prescription, du secret professionnel et du paiement direct, sur sa validité juridique (absence de clauses contraires à l'ordre public et à la loi), sur sa cohérence interne (clauses obscures, contradictoires, mal rédigées) et enfin sur son opportunité au regard du bon exercice de la profession (clauses léonines ou potentiellement conflictuelles)* »[187].

L'avis du CNOM n'a donc aucune force coercitive puisque un praticien peut continuer son projet même s'il a reçu un avis défavorable[188]. De même, il ne peut être imputé une quelconque responsabilité à l'instance ordinale qui n'aurait pas émis d'avis défavorable pour un contrat qui en relèverait. Les décisions du CNOM s'imposent donc aux parties signataires uniquement si elles le souhaitent. A titre d'illustration, dans le cadre de l'activité des médecins libéraux intervenant en établissements de santé privés, force est de constater qu'en matière de contrats d'exercice libéraux (CEL), le contrôle opéré par les instances ordinales n'a pas pour conséquence la nullité de l'acte. Dans un arrêt du 18 avril 1961, la Cour de cassation considère que « *les contrats contraires aux règles déontologiques ne sont pas nuls de ce seul fait* »[189]. De même, dans un arrêt du 3 juillet 1970, le Conseil d'Etat rappelle que « *le fait d'exercer en se fondant sur un CEL critiqué par le CDOM ne constitue pas une faute* »[190]. Dans l'hypothèse où l'instance ordinale aurait averti à plusieurs reprises le médecin et la clinique, il pourrait toutefois être reconnu une « *inexécution de bonne foi* ».

---

[185] Art. L. 4113-12 du CSP.
[186] F. Jornet, F. Rousselot, « Rapport de commission d'enquête », Sénat, 30 mars 2010, *in Rapport n°685 (2009-2010) fait au nom de la commission d'enquête sur la grippe A*, déposé le 29 juillet 2010.
[187] ONM, Commentaires de l'art. 83 du CDM.
[188] *Ibid.* : « *En règle générale, l'Ordre n'a aucun pouvoir d'approbation. Le contrat est valable de par la signature des parties, indépendamment des observations qu'il peut être amené à formuler et seule l'autorité judiciaire peut en prononcer l'annulation* ».
[189] Cass. 1ère civ., 18 avril 1961, *JCP* 1961, II, 12184.
[190] C.E., 3 juillet 1970, *N'Guyen Van Phi Long*, *Rec.* p. 460.

53. L'encadrement de l'activité médicale ne peut donc se satisfaire des seules règles éthiques et déontologiques. Ces dernières doivent nécessairement acquérir une force dans l'ordre positif. Face aux insuffisances dont nous avons présenté préalablement l'étendue, l'intervention de règles juridiques dont les médecins ne sauraient s'affranchir nous semble nécessaire, ce que soulignait, en ces termes, le Doyen Savatier : « *partout où est engagé l'humain, il y a place légitime pour le juge. Le médecin, parce qu'il est notre maître biologique, est exposé aux vertiges du maître. L'existence du juge rappelle à ceux qui se laisseraient aller à ce vertige, la nécessité de se surveiller toujours. Et les médecins eux-mêmes doivent regarder comme salutaire pour leur profession la garde vigilante que monte, autour d'elle, la justice, pour la protection même de cet humanisme qui leur tient tant à cœur* […]. *Si grande que soit, envers les médecins, notre dette de reconnaissance, elle ne les met pas, eux-mêmes, à part et au-dessus de cette vie sociale qui est le domaine du droit. Les médecins restent, parmi nous et comme nous, des citoyens et des justiciables. Qu'ils pardonnent aux juristes de le rappeler* »[191].

[191] R. Savatier, « Au confluent de deux humanismes : Entente et mésentente entre médecins et juristes », *Le Concours Médical*, 7 janvier 1956, p. 74.

B. LA CARACTÉRISATION DE LA FORCE DU DROIT POSITIF

54. Les différentes évolutions de l'activité médicale plaident en faveur d'un encadrement juridique. Les professeurs Jacques Moreau et Didier Truchet soulignent, à ce titre, « *la mutation du domaine de la médecine et des professions de santé* » ainsi que l'apparition de traitements qui ont une propension à « *modifier* » l'être humain[192]. Citant les propos du Conseil d'Etat, Stéphanie Hennette-Vauchez rappelle que « *face à la science qui s'assigne de connaître ce qui est, il revient au droit d'assurer sa fonction normative et de dire ce qui doit être* »[193]. Parmi les règles destinées à régir les comportements individuels et collectifs, la règle de droit, inhérente à toute vie en société organisée[194], apparaît donc prépondérante. En effet, le droit est un remède aux insuffisances de l'éthique et de la déontologie. Il organise les relations interindividuelles et prononce des mesures d'ordre public. Si l'encadrement juridique de l'activité médicale semble revêtir un caractère nécessaire, il semble opportun de définir les caractéristiques de « *la force normative* »[195] du droit.

55. Chaïm Perelman identifie ainsi « *quatre différences essentielles* »[196] entre les modalités d'application des règles juridiques et des règles morales. Dans un premier temps, il considère qu'à la différence des règles morales qui ne font l'objet d'aucun code et qui varient au gré des idéologies, les règles de droit sont codifiées et doivent être respectées par tous sans exception. Le droit est ainsi marqué par sa rigueur, contraire à toute forme de décision arbitraire. Cette absence d'arbitraire est garantie par le caractère général du droit, hostile aux particularismes. Il se caractérise également par son souci de cohérence puisque les règles édictées doivent s'inscrire dans la temporalité.

Dans un second temps, Chaïm Perelman souligne qu'« *alors qu'en morale, tout le monde peut se former une opinion et émettre un jugement, approuver ou désapprouver une conduite particulière, en droit, seul le juge compétent est qualifié pour appliquer la loi et rendre un jugement* »[197]. La force du droit consiste donc en son caractère coercitif, là ou les autres régulations interviennent par la persuasion ou la répréhension[198]. La contrainte exercée

---

[192] J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz-Sirey, 2000, 300 p.
[193] S. Hennette-Vauchez, *Le droit de la bioéthique*, Paris, La Découverte, 2009, p. 34.
[194] G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, t. 1, 2ème éd., Paris, Sirey, 1972, p. 3.
[195] C. Thibierge *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J, 2009, 891 p.
[196] C. Perelman, *Le droit et la morale devant l'euthanasie*, *Morale et enseignement*, Bruxelles, 1963, p. 367 et s.
[197] *Ibid*.
[198] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 38.

par le droit sur les individus se matérialise par la sanction, critère de juridicité. Ainsi, selon Hans Kelsen, « *le droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seule la contrainte physique peut, doit être employée par un Homme envers un autre. Si la société ne connaissait pas la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du Droit* »[199].

La violation de la règle de droit justifie donc l'intervention du juge de laquelle la règle de droit « […] *tire sa spécificité par rapport aux autres règles de conduite, et son efficacité pratique* »[200]. En effet, à la différence de la règle morale intériorisée par chaque individu, la règle de droit est extérieure. Le Doyen Carbonnier souligne d'ailleurs que « *dans toute société comme dans tout groupe, il faut un chef qui donne des ordres pour que la vie en société se déroule dans l'ordre* […]. *La règle de droit est donc un ensemble de « préceptes de conduites extérieures proposés à l'homme (et qui) s'impose à lui sous la pression de la contrainte sociale* »[201]. Ainsi, une règle de droit s'impose d'autant mieux aux individus qu'elle émane de l'Etat.

Dans un troisième temps, Chaïm Perelman distingue, d'une part, la morale qui repose « […] *sur des règles dont l'énoncé comporte des termes vagues* » et, d'autre part, le droit qui revêt une précision et une clarté[202]. Les règles juridiques ne peuvent se satisfaire d'appréciations approximatives, et ce en vue d'assurer la sécurité juridique. Le droit a pour vocation de proscrire les abus et de tendre vers une harmonisation des comportements des individus en vue de favoriser la paix sociale. Il concilie les différentes valeurs sociales afin de répondre aux exigences de paix sociale et de justice[203].

Dans un dernier temps, il oppose la morale, individuelle, au droit, phénomène social. En d'autres termes, la règle de droit tire sa force normative « […] *dans sa capacité à figurer un standard, un modèle de comportement auquel tout citoyen peut et doit se référer (force symbolique)* » mais également « […] *dans son aptitude concrète à réguler les rapports*

---

[199] H. Kelsen, « La validité du Droit international », *op. cit*.
[200] J. Rivero, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *op. cit*.
[201] J. Carbonnier, *Droit civil : introduction*, 25ème éd., Paris, P.U.F, 1997, p. 22.
[202] C. Perelman, *Le droit et la morale devant l'euthanasie*, *Morale et enseignement*, *op. cit*.
[203] J.-L. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, P.U.F, 1987, p. 259.

sociaux en orientant et encadrant ses actes (force régulatrice) »[204]. Ainsi, dans le domaine de la bioéthique, la loi qui tire sa force de son caractère général, obligatoire et coercitif s'impose devant les règles éthiques. Devant une situation, le législateur opère un travail de qualification juridique. Afin de légitimer son intervention, il classe des objets de nature similaire pour définir une catégorie à laquelle il attache des droits et des devoirs[205]. En effet, la loi est « *une prescription qui ne vise ni un cas particulier, et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée par avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes entrant dans les prévisions abstraites du législateur* »[206].

56. Au regard des insuffisances de l'éthique et de la déontologie, il apparaît donc nécessaire que des règles juridiques encadrent l'activité médicale. Il convient alors de mettre en évidence les sources, formelles et informelles, du droit applicable à cette activité.

§2. Les sources de l'encadrement juridique de l'activité médicale

57. Selon Philippe Jestaz, « *le droit est une création continue. Il vient de partout et pas seulement des organes officiellement chargés de le produire* »[207]. La notion de « *source de droit* » désigne l'ensemble des règles juridiques appliquées dans un Etat. Toutefois, toutes les règles ne peuvent être qualifiées de la sorte. En effet, la règle de droit puise sa force dans « *la compétence de son auteur, la légitimité de sa source et la nature de l'instrument qui la porte* »[208]. Il en résulte que la détermination des sources du droit médical soulève la question de la nature, de la légitimité et de la compétence d'une autorité à créer du droit. Nous mettrons en évidence que l'activité médicale puise ses sources dans différentes disciplines juridiques (A). Cependant, si au sens strict, la Constitution, la loi et les règlements constituent des sources formelles du droit positif, des sources informelles, à l'instar de la jurisprudence et de la doctrine, peuvent être identifiées (B).

---

[204] V. Sizaire, « La force normative de la loi à l'épreuve de l'affaiblissement de l'autorité juridictionnelle du pouvoir judiciaire », *in La force normative. Naissance d'un concept, op. cit.*, p. 734.
[205] V. à ce sujet : R. Lafore, « La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale », *Informations sociales*, 2010, vol. 1, n°157, p. 18 ; T. de Rochegonde, « Point de vue critique sur la proposition de loi "recherches impliquant la personne humaine" », *RGDM* 2011, n°38, p. 341-357.
[206] J.-C. Bécane et M. Couderc, *La loi*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1994, p. 45.
[207] P. Jestaz, *Le droit*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 61.
[208] C. Thibierge *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept, op. cit.*, p. 750.

A. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE AU CONFLUENT DES DISCIPLINES JURIDIQUES

58. La notion de « *droit médical* » pose d'emblée le problème de sa définition et de son contenu. A quel droit se référer lorsque nous étudions les règles juridiques applicables à l'exercice médical ? Le droit médical fait partie intégrante du droit de la santé qui constitue « *un ensemble de règles juridiques applicables aux actions de santé* »[209]. Au croisement de plusieurs disciplines juridiques, il se caractérise par sa transversalité. Il désigne « *l'ensemble des connaissances juridiques qui trouvent à s'appliquer dans l'exercice de la profession médicale* »[210]. Selon André Demichel, « *la notion de droit médical renvoie, en effet, à la notion de médecine telle qu'elle résulte de la législation actuelle* »[211]. Il en résulte que son domaine d'application est vaste, le droit médical s'intéressant à l'organisation de la profession, aux contrats des médecins, aux conditions d'engagement de la responsabilité médicale ou encore aux établissements de santé. D'une part, nous montrerons que le droit médical bénéficie d'une autonomie limitée (1). D'autre part, nous étudierons dans quelle mesure le droit médical est sous l'emprise du droit de la consommation (2).

1. <u>L'autonomie limitée du droit médical</u>

59. D'emblée, le droit médical semble disposer d'une autonomie limitée, eu égard aux différentes disciplines juridiques dans lesquelles il puise ses sources. Tout d'abord, le droit médical se nourrit du droit civil qui, destiné davantage, à l'origine, à régler les questions relatives à la propriété et la transmission, a été progressivement appliqué au champ médical. Le droit médical use ainsi du droit des personnes, des biens et des obligations. Il reste à préciser que les dispositions du Code civil ne sont pas spécifiques à l'activité médicale, sauf dans de rares exceptions, à l'instar des articles relatifs à la rédaction de certificats dans le cadre de la protection juridique des majeurs vulnérables[212].

D'autre part, le droit médical se base sur le droit des sociétés. Les modalités d'organisation de l'exercice des médecins libéraux trouvent ainsi leur fondement dans des

---

[209] J.-M. Auby, *Le droit de la santé*, *op. cit*.
[210] M. Penneau, « Le droit médical », INSERM, 27 janvier 2004. Consulté sur : *http://infodoc.inserm.fr/ethique*, le 10 février 2011.
[211] A. Demichel, *Droit médical*, Paris, Berger-Levrault, 1983, p. 11.
[212] Art. 431, 442 et 481 du C. civ.

formes juridiques telles que les sociétés d'exercice libéral[213], les sociétés civiles professionnelles[214] ou encore les sociétés civiles de moyens[215].

En outre, le droit pénal constitue une source importante du droit médical. Des faits répréhensibles pour lesquels un médecin est condamné pénalement dans le cadre de son exercice professionnel peuvent recevoir la qualification d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne[216] ou d'atteinte involontaire à la vie[217]. Cependant, très peu d'articles du Code pénal sont spécifiques à l'activité médicale. Ainsi, l'article 226-14 alinéa 2 du Code pénal relatif au signalement par le médecin de sévices et de privations par dérogation au secret professionnel et l'article 223-10 du Code pénal[218] relatif aux sanctions en cas d'interruption volontaire de grossesse sans le consentement de la personne intéressée apparaissent comme de rares exceptions d'application spécifique du Code pénal à l'activité médicale. Par conséquent, il peut paraître surprenant que des faits similaires reçoivent la même qualification en présence d'auteurs foncièrement différents. S'agissant de la non assistance à personne en péril, prévue à l'article 223-6 du Code pénal, aucune distinction n'est apportée, selon que le délit soit reproché à un médecin ou un citoyen. Dès lors, « *pour le juge professionnel comme pour l'homme de la rue, il restera toujours psychologiquement malaisé de ranger sous la même qualification pénale les crimes commis par intérêt personnel et ceux qui furent accomplis pour le service d'un intérêt collectif* […]»[219].

Par ailleurs, le droit médical se sert également du droit de la sécurité sociale, notamment pour toutes les questions relatives à la protection sociale mais également du droit administratif qui détermine les règles d'organisation et de fonctionnement des établissements de santé. Enfin, le droit disciplinaire, représenté par la déontologie médicale, fait partie intégrante du Code de la santé publique et constitue à cet effet une branche incontournable du droit médical.

---

[213] Art. 1871 et suivants du C. civ.
[214] Art. 1845 à 1870-1 du C. civ.
[215] Art. 1832 et suivants du C. civ.
[216] Art. 222-7 du CP.
[217] Art. 221-6 du CP.
[218] Art. 223-10 du CP : « *L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ».
[219] J. Verhaegen, « L'humainement inacceptable en droit de la justification », *in Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 148-149.

60. Il semble donc indéniable que le droit médical se nourrit principalement des autres disciplines, ce qui démontre les limites de son autonomie. Toutefois, la question de son indépendance s'est posée à l'occasion de l'adoption de textes qui ont bouleversé le secteur de la santé. Il s'agit notamment des lois du 31 décembre 1970 et du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière[220], des lois de bioéthique du 29 juillet 1994, du 6 août 2004 et du 7 juillet 2011[221], ou encore des ordonnances du 21 avril 1996 en matière d'organisation hospitalière et d'assurance maladie[222]. Plus récemment deux lois attirent particulièrement notre attention. D'une part, la loi du 4 mars 2002[223] est la « *loi médicale par excellence* »[224] puisqu'elle consacre notamment les différentes évolutions jurisprudentielles en matière de responsabilité médicale et énonce les devoirs des médecins, au regard des droits des patients. A titre d'illustration, cette loi consacre le droit d'être informé sur son état de santé[225] et fixe les règles d'accès aux informations de santé[226], dispositions qui ne figurent dans aucun autre texte. D'autre part, la loi du 21 juillet 2009 dite « *loi HPST* »[227] constitue un texte de référence de 135 articles applicables dans le champ sanitaire et médico-social. Cette loi médicale porte ainsi de nombreuses modifications au Code de la santé publique, au Code de la sécurité sociale mais également au Code de l'action sociale et des familles.

61. Il semble donc difficile de parvenir à la conclusion d'un droit médical autonome puisqu'à l'exception des lois que nous avons énoncées, le droit médical se nourrit principalement des autres disciplines juridiques parmi lesquelles le droit de la consommation qui exerce une influence non négligeable dont il nous semble opportun d'en étudier l'étendue.

---

[220] Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, JO du 3 janvier 1971, p. 67 ; Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, *JO* n°179 du 2 août 1991, p. 10255.
[221] 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, *JO* n°175 du 30 juillet 1994, p. 11060 ; Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO* n°182 du 7 août 2004, p. 14040 ; Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JO* n°0157 du 8 juillet 2011, p. 11826.
[222] Ordonnance n°96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, *JO* n°98 du 25 avril 1996, p. 6311.
[223] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002, p. 4118.
[224] G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, *op. cit.*, p. 91.
[225] Art. L. 1111-2 du CSP.
[226] Art. L. 1112-1 du CSP.
[227] Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JO* n°0167 du 22 juillet 2009, p. 12184.

2. Le droit médical, sous l'emprise du droit de la consommation ?

62. L'activité médicale est de plus en plus encadrée par des règles issues du droit de la consommation. Il convient de vérifier si au final, le droit de la consommation tient une place prépondérante dans la construction du droit médical, par rapports aux autres droits. Nous pouvons d'emblée affirmer qu'il ne peut y avoir de conception mercantile de la relation médecin-patient. En effet, l'activité médicale ne peut être pratiquée comme un commerce, ainsi que le prévoit l'article R. 4127-19 du Code de la santé publique. A défaut d'une analyse mercantile, il nous semble pourtant intéressant d'analyser l'influence du consumérisme, représenté par le droit de la consommation, sur l'activité médicale. Le droit de la consommation serait ainsi applicable à certaines parties de l'activité médicale avec toutefois quelques limites dans son étendue d'application. Nous écarterons donc volontairement les manifestations de l'influence du droit de la concurrence sur le droit médical même si elles nous semblent avérées et appréciables en diverses circonstances[228]. Aussi envisagerons-nous, d'une part, l'assimilation de l'activité médicale à une prestation de service (a) et, d'autre part, les manifestations controversées de consumérisme médical (b).

a. L'assimilation de l'activité médicale à une prestation de service

63. Dans un premier temps, l'activité médicale semble constituer une activité économique. Si nous nous référons à la définition négative du « *service* » proposée par Daniel Mainguy, il s'agirait d'une prestation qui n'est pas un bien corporel fourni à titre onéreux[229]. Un service peut revêtir un aspect matériel, financier ou intellectuel. Les soins médicaux entreraient dans la catégorie des services intellectuels[230] et les soins constitueraient donc une « *prestation de service* ». L'Organisation mondiale de la santé (OMS) définit d'ailleurs l'expression « *prestations de service* » comme « *le mode de combinaison des divers éléments*

---

[228] V. C.E., 23 février 1949, *Faveret, Rec.* p. 88 ; J. Penneau, obs. sous C.A. Paris, 15 avril 1992, *D.* 1993, somm. p. 20 : « *Il n'est pas possible d'écarter l'activité de chirurgien du champ d'application du droit de la concurrence* […] *aussi cette concurrence doit pouvoir s'exercer non seulement quant aux prix pratiqués mais aussi quant à la pratique de chaque spécialité* »; C. Maugüe, concl. sous C.E., 27 avril 1998, *M. Cornette de Saint-Cyr*, n°184473 et n°184557, *AJDA* 1998, p. 831 : « *nonobstant leurs spécificités, les activités de soins n'en restent pas moins des activités de service, et les relations entre les médecins et leurs malades sont des relations économiques* » ; J.-L. Fourgoux « Santé et concurrence, un traitement spécifique ? », *Gaz. Pal.* 2000, n°72, p. 47-50 ; Art. L. 410-1 du C. comm. du livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence : « *les règles définies s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services* […] ».

[229] D. Mainguy, « Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires », *RTD civ.* 1999, p. 47.

[230] J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2003, 631 p.

(ressources financières, personnel, matériel et médicaments) permettant d'assurer une série d'interventions dans le domaine de la santé »[231].

64. En vertu du droit communautaire, les activités médicales, qui comprennent les prestations hospitalières, doivent être considérées comme des « *services* » ce qu'a rappelé la Cour de justice des communautés européennes, le 12 juillet 2001 : « […] *il résulte d'une jurisprudence constante que les activités médicales relèvent du champ d'application de l'article 60 du traité*[232]*, sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre* »[233]. Ainsi, la Cour de justice de l'union européenne (CJUE) a développé une jurisprudence en matière d'accès aux soins de santé des assurés sur l'ensemble du territoire européen. Dans un arrêt du 31 juillet 1984, la CJCE rappelle que les services de santé n'échappent pas au principe de libre circulation[234]. Conformément à ce principe, les patients peuvent bénéficier de soins, au sein de services de santé d'autres pays membres de l'Union européenne (UE)[235]. La qualification de « *services* » vaut également dans la circonstance où la prise en charge des soins est assurée par un organisme d'assurance maladie : « *une prestation médicale ne perd pas sa qualification de prestation de services au motif qu'elle serait prise en charge par un service national de santé ou par un régime de prestation en nature* »[236].

En outre, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice qui consacre le droit des patients à bénéficier du remboursement des traitements médicaux dans un autre Etat membre, la directive du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers[237] a pour objectifs de « *clarifier les droits des patients concernant leur accès à des soins de santé transfrontaliers et à leur remboursement ; garantir la qualité et la sécurité des soins qu'ils recevront dans un autre Etat de l'UE ; promouvoir la coopération en matière de soins entre les Etats membres* »[238].

65. Si les prestations à caractère médical entrent dans la catégorie des services, le médecin, lui, est assimilé à un « *prestataire de service* » ce que dispose notamment l'article

---

[231] Consultation du site : *http://www.who.int*, le 30 novembre 2010.
[232] L'article 60 devenu l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.
[233] CJCE, 12 juillet 2001, *Geraets-Smits et Peerbooms*, C-157/99, *Rec*. p. I-5473, point 53.
[234] CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, *Rec*. p. 377.
[235] CJCE, 28 avril 1998, *Kohll et Decker*, C-120-95 et C-158/96.
[236] CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré et Van Riet*, C-385/99, *Rec*. p. I-4509, point 103.
[237] Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *JO* L88 du 4 avril 2011.
[238] V. Article « Soins transfrontaliers : les droits des patients ». Consulté sur : *http://europa.eu*, le 4 mai 2011.

L. 4112-7 du Code de la santé publique : « *le médecin* […] *prestataire de service est tenu de respecter les règles professionnelles applicables en France et est soumis à la juridiction disciplinaire compétente* ». De son côté, le patient serait assimilé à un « *consommateur de soins* ». Selon Bertrand Mathieu, la désignation du patient par le terme d'« *usager* » « […] *manifeste une conception à la fois "consumériste" et publique de la médecine* »[239]. Le patient aurait « *des attitudes consuméristes vis-à-vis du médecin qui tend à devenir un prestataire de service* »[240].

L'assimilation du patient à un consommateur de soins se retrouve dans différentes sources. Ainsi, l'Académie Nationale de Médecine utilise cette assimilation lorsqu'elle regrette que la loi du 4 mars 2002 contribue à « *substituer une attitude consumériste de l'usager à la tradition Hippocratique et humaniste de la médecine française* »[241]. De même, l'article 169 du Traité sur l'Union Européenne dispose que l'Union contribue notamment à la protection de la santé « *afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs* »[242].

S'agissant de produits de santé, la CJCE fait également référence aux consommateurs de soins en soulignant qu'« *il y a lieu de considérer qu'un produit est présenté comme possédant des propriétés curatives ou préventives au sens de la directive 65/65 non seulement lorsqu'il est décrit ou recommandé expressément comme tel, éventuellement au moyen d'étiquettes, de notices ou d'une présentation orale, mais également chaque fois qu'il apparaît, de manière même implicite mais certaine aux yeux d'un consommateur moyennement avisé, que ledit produit devrait - eu égard à sa présentation – avoir un effet tel* »[243].

Enfin, le patient est également assimilé à un consommateur dans le domaine du contentieux. En 1984, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait confirmé la possibilité pour une association de consommateurs de se porter partie civile lors d'un

---

[239] B. Mathieu, « Les droits des personnes malades », *LPA* 2002, n°122, p. 1.
[240] F. Giraud, G. Dériot, J.-L. Lorrain, *Rapport au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Sénat, t. 1, n°174, 16 janvier 2002, p. 16.
[241] D. Pellerin, *Rapport au nom de la Commission XV (éthique et responsabilités professionnelles) et d'un groupe de travail sur la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé,* Acad. Nationale Méd., 2003. Consulté sur le site : *http://www.academie-medecine.fr/*, le 10 mars 2011.
[242] Art. 169 du Traité sur l'Union Européenne.
[243] CJCE, 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, aff. 227/82, *Rec*. 3883 et s.

contentieux pénal mettant en cause un praticien et soulignait que devaient être considérées comme des « *consommateurs* » de services les personnes avec lesquelles un médecin conclut un contrat médical[244].

66. Comme nous avons pu le montrer, et reprenant les propos de Francine Demichel, « *la médecine est devenue un bien de consommation et l'activité médicale est de plus en plus une production industrielle de soins* »[245]. L'analyse du « *colloque singulier* » que forme le couple médecin-patient laisse entrevoir des manifestations de consumérisme médical. Même si Jean Savatier soulignait qu'il peut être « *aventureux de leur appliquer un droit édicté pour le monde du négoce et de l'argent* […] »[246], de nombreuses illustrations plaident en faveur d'une relation médicale sous l'emprise accrue du droit de la consommation.

b. Les manifestations controversées de consumérisme médical

67. Diverses dispositions du droit médical peuvent être rapprochées du droit de la consommation. Tout d'abord, l'obligation d'information, consacrée par la loi du 4 mars 2002[247], est à rapprocher de celle qui prévaut en droit de la consommation[248]. Les prestations à caractère médical sont d'ailleurs visées par le premier alinéa de l'article L. 113-3 du Code de la consommation relatif à l'obligation d'information des consommateurs incombant aux prestataires de service. Technique qui puise ses origines dans le droit commun des obligations[249], l'obligation d'information demeure « […] *l'un des mécanismes les plus utilisés en droit de la consommation* »[250]. Dans le domaine médical, elle garantit une relation équilibrée entre les deux parties, le médecin et le patient. Le rapport Evin considère d'ailleurs que le « *fondement philosophique de l'obligation d'informer est le droit de chacun à être traité dans le système de soins en citoyen et en adulte responsable. Il s'identifie insensiblement aux droits du consommateur vis-à-vis des fournisseurs de soins et prestataires de services de santé* »[251].

---

[244] Cass. crim., 15 mars 1984, *Bull. crim*. 1984, n°178, p. 461 : « *Les personnes avec lesquelles un médecin conclut un contrat médical doivent être considérées* […] *comme consommateurs desdits services* »
[245] F. Demichel, « Les contradictions actuelles du droit de la santé », *RGDM* 2004, n°13, p. 180.
[246] J. Savatier, *Etude juridique de la profession libérale*, thèse de doctorat : droit, Paris, L.G.D.J, 1947, p. 40 et s.
[247] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *préc*.
[248] Art. L. 111-1 à L.114-1 du C. consom.
[249] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J, 1992, 573 p.
[250] G. Roussel, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Bordeaux, L.E.H, 2009, p. 104.
[251] C. Evin, *Les droits de la personne malade : séance des 11 et 12 juin 1996*, Paris, Direction des Journaux officiels, 1996, 251 p.

68. Pour autant, nous pouvons déceler des différences fondamentales dans l'utilisation de cette technique, selon qu'elle émane du droit médical ou du droit de la consommation. Ces divergences tendent à rendre l'utilisation de cette technique spécifique au droit médical. Dès lors, le droit de la consommation semble exercer une influence limitée sur le droit médical. En premier lieu, l'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient, codifiée aux articles L. 1111-2 et R. 4127-35 du Code de la santé publique, puise ses sources dans un principe différent de celui de l'obligation d'information en droit de la consommation. Dans le premier cas, l'obligation d'information « *trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de dignité de la personne* »[252]. Dans le second cas, l'obligation d'information est motivée par « *la recherche d'une égalité entre contractants dans le cadre d'un rapport mercantile, c'est-à-dire une motivation technique issue du droit des contrats* »[253]. D'autre part, le médecin peut être dispensé d'informer son patient. En effet, l'article L. 1111-2 alinéa 3 du Code de la santé publique prévoit 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 transmission* »[254]. Cette possibilité est une spécificité du droit médical qui n'existe pas en droit de la consommation.

69. Par ailleurs, en principe, le médecin ne peut refuser de soigner un patient et ce, conformément aux articles L. 1110-3[255], L. 1110-5[256] et R. 4127-7[257] du Code de la santé publique. Le refus de soins peut notamment se traduire par **«** *le fait pour un professionnel de santé de ne pas accepter de recevoir certaines personnes du seul fait qu'elles sont bénéficiaires de la CMU complémentaire* »[258]. Dans cette hypothèse, le refus de soins à un bénéficiaire de la CMU-C peut être assimilé à un refus de vente, prohibé par les articles

---

[252] Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°00-14564, *Bull. civ.* I, n°249 ; Rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, *D. 2001*, Jur. 3470 ; Note O. Cachard, *JCP G* 2002, II, 10045 ; Note C. Clément, *LPA* 2001, n°243, p. 15 ; F. Marmoz, *LPA* 2002, n°52, p. 17.

[253] G. Roussel, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, op. cit.*, p. 107.

[254] V. également : Art. R. 4127-35 du CSP.

[255] Art. L. 1110-3 du CSP : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention et aux soins* ».

[256] Art. L. 1110-5 du CSP : « *Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées* ».

[257] Art. R. 4127-7 du CSP : « *Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à son égard* […] ».

[258] Circulaire 33/2008, Prise en charge des réclamations et des plaintes formulées par les bénéficiaires de la CMU complémentaire ou par les professionnels de santé, Assurance Maladie, 30 juin 2008.

L. 122-1[259] et R. 121-13 du Code de la consommation[260], ce que rappellent le rapport relatif aux refus de soins aux bénéficiaires de la CMU[261] et la circulaire 33/2008 de l'assurance maladie[262].

Toutefois le médecin peut invoquer des raisons professionnelles ou personnelles afin de légitimer son refus, « *hors les cas d'urgence et ceux où il manquerait à son devoir d'humanité* »[263]. Le Conseil national de l'Ordre des médecins, dans son commentaire de l'article 47 du Code de déontologie médicale, souligne que le dégagement du médecin de ses responsabilités est subordonné à une triple condition préalable : « *il ne doit pas ou plus y avoir urgence* », il « […] *doit informer sans délai le patient de son refus ou de son impossibilité à continuer à le prendre en charge* » et « *il doit prendre toutes dispositions pour que soit assurée la continuité des soins, avec notamment transmission de toutes les informations nécessaires à un autre médecin désigné par le patient* ». Ainsi, le praticien peut refuser des soins pour des raisons professionnelles lorsque ces derniers dépassent ses compétences[264] ou lorsqu'il estime que les soins demandés ne poursuivent pas une nécessité ou une finalité thérapeutique, au sens de l'article 16-3 du Code civil.

En outre, depuis 1975[265], le médecin bénéficie, en matière d'interruption volontaire de grossesse[266], d'une clause de conscience qu'il peut exercer au nom de certaines valeurs. Cette possibilité est également étendue à l'interruption médicale de grossesse et à la stérilisation volontaire[267]. Le Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de

---

[259] Art. L. 121-1 du C. consom. : « *Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit. Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2* […] ».

[260] Art. R. 121-13 du C. consom. : « *Sont punis des peines d'amende prévues pour les contraventions de la 5e classe : 1° Les ventes ou offres de vente, les prestations de services ou offres de telles prestations faites avec primes aux consommateurs ou acheteurs, prohibées par l'article L. 121-35 ; 2° Les refus ou subordinations à conditions, de ventes ou de prestations de services, interdits par l'article L. 122-1* […]. *En cas de récidive, les peines d'amende prévues pour la récidive des contraventions de la 5e classe sont applicables* ».

[261] J.-F. Chadelat, *Le refus de soins aux bénéficiaires de la CMU*, Rapport pour Monsieur le Ministre de la santé et des solidarités, 30 novembre 2006, p. 7.

[262] Circulaire 33/2008, *préc*.

[263] Art. 47 du CDM, codifié à l'art. R. 4127-47 du CSP.

[264] Art. R. 4127-70 du CSP : « *Tout médecin est, en principe, habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais il ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose* ».

[265] Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 dite Simone Veil relative à l'Interruption volontaire de grossesse, *JO* du 18 janvier 1975, p. 739.

[266] Art. L. 2212-8 du CSP.

[267] Art. L. 2123-1 du CSP.

Biotechnologies souligne, à ce titre, que la clause de conscience « *concerne tous les actes médicaux non thérapeutiques, lorsqu'ils portent en germe un risque d'atteinte à l'intégrité de l'individu ou de la réification de la personne humaine. Seuls de tels actes sont en effet susceptibles de heurter la conscience du médecin et les valeurs en jeu rendent légitimes ce refus* »[268]. La clause de conscience fait donc obstacle à toute poursuite pénale. Certes conditionnelle, la liberté de refus de soins est donc possible pour le praticien ce qui constitue « *un motif légitime* » et donc une forme de résistance au code de la consommation qui proscrit toute invocation personnelle pouvant contrevenir à la vente d'un produit ou la prestation d'un service[269].

70. Outre l'obligation d'information, le domaine du contentieux médical a fait émerger une notion issue du droit de la consommation, le « *délit de tromperie* »[270], créé par la loi du 1er août 1905[271] afin de sanctionner, à l'origine, la commercialisation malhonnête de produits viciés. Cependant, dans une certaine mesure, le législateur a prévu une application de cette infraction dans le domaine médical puisqu'il est institué une circonstance aggravante en cas d'atteinte à la santé. La qualification de tromperie est au cœur des actions en justice des scandales sanitaires, à l'instar de l'hormone de croissance ou du sang contaminé. Dans ce dernier cas, « *certains hémophiles comparaient ce délit (issu du code de la consommation) à celui de mise en vente de yaourt périmés* »[272]. De même, dans l'affaire du *MEDIATOR*®, en cours d'instance, les différentes plaintes avec constitution de partie civile visent également la qualification de tromperie. En l'espèce, cette spécialité pharmaceutique, destinée à l'origine à traiter des problèmes de diabète puis utilisée pour ses propriétés anorexigènes, serait à l'origine d'atteintes cardiaques graves[273].

La qualification pénale de tromperie pourrait constituer une réponse efficace en cas de défectuosité d'un produit de santé. Il convient alors de déterminer les conditions d'application de ce délit aux affaires médicales et d'en définir les limites. Tout d'abord, la constitution du délit de tromperie est subordonnée à l'existence d'un contrat portant sur des

---

[268] G. Augendre, F. Belaisch, C. Byk, *Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies*, V° « Clause de conscience », Montrouge, Editions législatives, 1994, 3 950 p.
[269] Art. L. 122-1 du C. consom.
[270] Art. 213-1 et s. du C. consom.
[271] Loi du 1er août 1905 relative à la répression des fraudes dans les ventes des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, *JO* du 5 août 1905, p. 4813.
[272] M.-O. Bertella-Geoffroy, « Il n'y a pas de judiciarisation de la médecine », *Medecinews*, 23 mai 2008. Consulté sur : *http://www.medecinews.com*, le 13 décembre 2010.
[273] V. A. Morelle, A.-C. Bensadon, E. Marie, *Enquête sur le MEDIATOR*, Rapport IGAS, janvier 2011, 260 p.

marchandises ou sur une prestation de services. Les produits dérivés du sang ont ainsi fait l'objet d'une assimilation à des marchandises dans l'affaire du sang contaminé. D'autre part, le délit de tromperie ne peut être retenu que s'il est identifié préalablement un contrat. Dans l'affaire du sang contaminé, cette condition fut identifiée, eu égard à la relation de soins entre les médecins qui ont prescrit les transfusions de sang et les patients qui ont bénéficié du sang. En revanche, dans l'affaire des hormones de croissance, le Tribunal de Grande Instance de Paris, après avoir rappelé que ce délit « *vise quiconque aura trompé ou tenté de tromper le contractant par quelque moyen que ce soit, notamment sur les qualités substantielles de toutes marchandises, les risques inhérents à l'utilisation d'un produit et les contrôles effectués sur celui-ci* » ne le retient pas, considérant que « *l'élément préalable que constitue le contrat fait dès lors défaut ; que le délit de tromperie aggravée ne peut être établi et qu'il convient de relaxer les prévenus de ce chef de poursuite* ». En l'espèce, le Tribunal considère que les liens unissant les bénéficiaires du traitement et leurs familles, d'une part, et les médecins hospitaliers et la pharmacie centrale, d'autre part, doivent être analysés en « *une relation usager/service public administratif exclusive de tout lien contractuel* ». De même, il conclut qu' « *aucun rapport direct n'existait entre les personnes traitées par hormone de croissance et l'Institut Pasteur* »[274]. En outre, la constitution du délit de tromperie présuppose que soit identifiée une tromperie sur la composition du produit ou sur les qualités substantielles du produit. Dans l'affaire du sang contaminé, le sang et ses dérivés viciés ont été reconnus comme constituant une tromperie sur les qualités substantielles puisque les victimes étaient en droit d'attendre légitimement que le produit soit sain. Enfin, la constitution du délit de tromperie suppose que l'auteur de l'infraction avait connaissance du danger du produit.

Dans une certaine mesure, le délit de tromperie, issu du Code de la consommation, constitue donc une forme de réponse appropriée aux affaires de santé publique. Ce délit trouve cependant ses limites d'application notamment dans la recherche cumulative d'un cadre contractuel préalable, d'une tromperie sur la composition ou les qualités essentielles du produit et d'une intention de frauder. Dans l'affaire du sang contaminé, certains auteurs

[274] T.G.I Paris (ch. Corr.), 14 janvier 2009, n°9135820020.

qualifiaient ainsi cette infraction de « *délit d'épicier* »[275] ou de « *qualification avariée* »[276] afin de signifier l'inadaptation de ce délit.

71. Ainsi, les spécificités de l'activité médicale, et notamment du colloque singulier, entravent toute possibilité d'application intégrale des règles issues du droit de la consommation et suppriment donc toute dérive vers un consumérisme à outrance. Le rôle du droit de la consommation demeure donc marginal dans la construction du droit médical. Le droit médical puise ses sources dans plusieurs discplines juridiques et, à ce titre, dispose d'une autonomie relative. D'autres sources informelles doivent être identifiées. Il convient de s'intéresser au rôle de la jurisprudence dans la production du droit médical.

B. UN DROIT ESSENTIELLEMENT JURISPRUDENTIEL ?

72. La jurisprudence, science du droit, fait l'objet de nombreuses définitions. Julien Bonnecase la définit comme « […] *l'état actuel du droit, tel qu'il est reflété par l'ensemble des solutions qui, dans une matière donnée, se trouvent consacrées par les décisions des tribunaux* »[277]. Selon Philippe Jestaz, il semble difficile de parvenir à une définition unifiée de la notion de jurisprudence tant ce terme peut désigner « *l'ensemble des jugements rendus* », « *la norme jurisprudentielle* » ou encore « *l'activité des tribunaux* »[278]. Toute réflexion relative à la jurisprudence soulève nécessairement la question de son mode de participation à la création du droit : la jurisprudence est-elle une source formelle du droit positif ? A l'origine, la jurisprudence caractérisait « *la vertu de la prudence appliquée au droit* »[279]. En d'autres termes, la jurisprudence désignait l'ensemble des sources du droit, dès lors qu'elles revêtaient « *la prudence du droit et la justice* ».

73. Plus récemment, certains auteurs, à l'instar d'Olivier Dupeyroux ou François Gény, réfutent la possibilité d'assimiler la jurisprudence à une source de droit. Le premier la qualifie de « *source abusive* »[280]. Le second considère que la jurisprudence ne peut être classée parmi les sources formelles du droit au motif qu'elle ne peut garantir une stabilité juridique de par

---

[275] V. J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Sang contaminé et qualification pénale avariée », *Gaz. Pal.* 1992, p. 673 ; J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « L'affaire du sang contaminé : la triple ambiguïté de l'arrêt de la chambre criminelle du 22 juin 1994 », *Gaz. Pal.* 1994, p. 1135.
[276] J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Sang contaminé et qualification pénale avariée », *op. cit*.
[277] J. Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, 3ème éd., Paris, Sirey, 1939, p. 152.
[278] P. Jestaz, « Source délicieuse (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 74.
[279] D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, V°« Jurisprudence », Paris, P.U.F, 2003.
[280] O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive de droit », *in Mélanges Maury*, t. 2, Paris, Dalloz, 1960, p. 349.

ses évolutions au gré des nécessités sociales[281]. En revanche, pour d'autres auteurs, la jurisprudence serait une source de droit[282]. La jurisprudence détiendrait une force obligatoire, ce que Philippe Jestaz motive de la manière suivante : « *si la jurisprudence a force de règle, c'est peut-être parce que chacun s'accorde à la reconnaître pour telle et l'on retrouverait ici la même idée qui sert de fondement à la coutume. En dépit des prohibitions officielles, coutume et jurisprudence seraient des sources du droit par un effet de consensus généralisé* »[283]. Il peut ainsi être constaté que le juge administratif contribue largement à l'œuvre du droit administratif[284], ce dernier revêtant un caractère « *essentiellement jurisprudentiel* », selon la formule de René Chapus[285].

74. Pour autant, la participation de la jurisprudence à la création du droit ne suffit pas à affirmer que la jurisprudence constitue une source fondamentale du droit. Dès lors, devons-nous percevoir les juges tels « *des conseillers ou ministres d'équité* […] » ou plutôt comme des « […] *interprètes de textes ou artisans de la jurisprudence* »[286] ? Si la jurisprudence est une source de droit dont la fonction est protéiforme (1), sa portée normative reste toutefois limitée (2).

1. <u>Le rôle protéiforme de la jurisprudence</u>

75. La parole du juge est une source primordiale du droit médical. Ainsi, des arrêts historiques ont contribué à la construction de la responsabilité médicale[287]. Au travers de ces décisions, il est alors possible d'entrevoir les représentations du juge sur le droit tel qu'il doit être appliqué. La jurisprudence est une source de droit qui interprète (a), crée (b) ou inspire (c) la règle de droit inexistante ou insuffisante.

---

[281] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 2, Paris, L.G.D.J, 1899, p. 212.
[282] B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, 5ème éd., Paris, Litec, 2000, n°887 et s.
[283] P. Jestaz, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. p. 11 ; V. également : P. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, chron. p. 149.
[284] Pour une analyse du pouvoir normatif du juge administratif, J. Rivero « Le juge administratif, un juge qui gouverne », *D.* 1951, chron., p. 21.
[285] R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15ème éd., Paris, Montchrestien, 2001, 1 427 p. ; R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, 15ème éd., Paris, Montchrestien, 2001, 797 p.
[286] F. Saverio Nisio, J. Carbonnier, *Regards sur le droit et le non-droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 152.
[287] V. notamment : Cass. Req., 18 juin 1835, *Thouret-Noroy, S.* 1835, 1, p. 401, concl. M. Dupin ; Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c./ Epoux Mercier, op. cit.* ; C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, *Gomez, Rec*. p. 498 ; Note J. Moreau, *JCP* 1991, II, 21698 ; Note R.-M. Medouze, *RDSS* 1991, p. 258 ; Note C. Esper, *RFDC* 1992, p. 185 ; C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *Rec.* p. 127 ; Concl. S. Daël, *Rec.* p. 127 ; Note M. Paillet, *RD publ*. 1993, p. 1099 ; Chron. C. Maugüe, L. Touvet, *AJDA* 1993, p. 344 ; Note J. Moreau, *JCP G* 1993, II, 22061.

a. La fonction interprétative de la jurisprudence

76. Dans un premier temps, la jurisprudence détient une fonction interprétative. En effet, elle comble les vides juridiques, pour suivre l'évolution des mœurs ou pour ne pas laisser perdurer une situation dont la résolution est en attente. Selon l'article 1er du Code civil, « *les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République* ». Le juge dispose toutefois d'une marge de liberté. Conformément à l'article 4 du Code civil, il ne peut refuser de juger « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* », sous peine d'être « *coupable de déni de justice* »[288], sanctionné par l'article 434-7-1 du nouveau Code pénal. Une réserve est toutefois apportée puisque, dans l'hypothèse où les dispositions de la loi présentent une clarté, le juge ne peut s'engager dans la voie de l'interprétation, sauf « […] *si l'application du texte aboutissait à quelque absurdité* »[289].

Il est possible de parler d'« *obscurité* » ou d'« *insuffisance* » de la loi lorsque l'absence de définition des termes employés ou le manque de clarté des dispositions constituent une entrave à son application. Le caractère lacunaire de la loi, né d'une imprécision ou d'une incomplétude, doit cependant être distingué des « *creux* » de la loi, définis par le Doyen René Savatier[290]. En effet, dans ce dernier cas, le législateur est imprécis afin de « […] *laisser à ceux dont il régit la conduite un choix discrétionnaire des modalités d'application de ses prescriptions* »[291].

77. Le rôle de la jurisprudence est variable[292]. Son impact différerait en fonction du contenu des textes en vigueur, ce qui expliquerait que « *la jurisprudence joue un rôle d'autant plus important que les textes sont lacunaires* »[293], notamment lorsque la loi est mal écrite ou est insuffisante. Certains textes juridiques souffrent ainsi d'incomplétude par le fait que le législateur n'ait pas pu tout prévoir ou tout régler dans une situation donnée. En effet, « *le voudrait-il, le législateur ne pourrait prévoir toutes les situations, toutes les difficultés*

---

[288] Art. 4 du C. civ.
[289] Trib. civ. Seine, 24 avril 1952, *JCP* 1952, II, 7108 : « […] *toute recherche de la volonté du législateur par voie d'interprétation est interdite au juge, lorsque le sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscur, ni ambigu, et doit par conséquent être tenu pour certains* […] *il n'y aurait exception que si l'application du texte aboutissait à quelque absurdité* ».
[290] R. Savatier, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », *in Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 521.
[291] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *in Le doute et le droit*, colloque de la Cour d'appel de Paris, Paris, 12 avril 1991.
[292] P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 11ème éd., Paris, Litec, 2006, 442 p.
[293] *Ibid*.

susceptibles de naître de l'application des textes qu'il édicte »[294]. Certains auteurs utilisent ainsi l'expression de « *pathologie législative* »[295] pour désigner la faiblesse de certains textes dans lesquels la volonté du législateur semble mal retranscrite.

78. La jurisprudence en droit médical laisse ainsi entrevoir de nombreux exemples d'interventions, ce qui corrobore l'idée « […] *qu'il est au-dessus de la prévoyance humaine de tout embrasser dans des lois* »[296]. Une première illustration est celle de l'application de l'article L. 1142-1 du Code de la santé en vertu duquel « […] *seuls les établissements, services et organismes* […] *sont responsables de plein droit des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ». Cet article pose d'emblée le problème de qualification d'« *établissement de santé* », notion dont les contours juridiques non définis par le législateur laissent aux juges une marge d'appréciation. Faute de définition légale, il a été retenu un critère fonctionnel fondé sur les articles L. 6111-1 et L. 6111-2 du Code de la santé publique qui définissent les missions qui incombent à ces établissements, auquel il convient d'ajouter un critère matériel basé sur la présence ou non d'installations. Ainsi, dans un avis du 28 juin 1994[297], le Conseil d'Etat souligne que lorsqu'une structure de soins, telle qu'une structure de dialyse ou une structure de soins alternative à l'hospitalisation, dispense des soins définis à l'article L. 711-2 du Code de la santé publique[298], elle doit être qualifiée d'« *établissement de santé* » et répondre aux mêmes obligations. Le juge administratif a suivi cette analyse lorsqu'il s'est prononcé sur la qualification d'« *établissement de santé* ». Ainsi, le 9 avril 1997[299], le Tribunal administratif considère qu'une structure disposant d'une unité de chimiothérapie ambulatoire doit être qualifiée d'établissement de santé.

La question des cabinets médicaux suscite les mêmes interrogations notamment lorsqu'ils sont organisés sous formes de sociétés. Ainsi, le juge judiciaire a du récemment répondre à la question de l'application à certaines structures et, notamment aux sociétés civiles de moyens (SCM), de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique relatif au

---

[294] H., L. et J. Mazeaud, *Introduction à l'étude du droit*, 12ème éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 2000, vol. 1, n°93, p. 166.
[295] A. Antole *et al.*, « La pathologie législative, comment en sortir ? », Actes du colloque du 23 mai 1997 organisé par l'association des juristes namurois, Bruxelles, La charte, 1998.
[296] J.-J. de Cambaceres, *Projet de code civil, corps législatif, 1795-1814, Conseil des cinq-cents*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 408.
[297] C.E., Sect. soc., avis n°356.100, 28 juin 1994.
[298] Actuel art. L. 6111-2 du CSP.
[299] T.A. Poitiers, 9 avril 1997, *CH de la Rochelle c/Préfet de la région Poitou-Charentes, Préfet de la Vienne et autres*, req. 941729.

régime de responsabilité de plein droit des établissements de santé en matière d'infections nosocomiales. La question implicite non résolue par le législateur était la possibilité d'assimilation de ces structures à des établissements de santé. La Cour d'appel de Douai est venue trancher la question dans un arrêt du 6 janvier 2011 en indiquant « *qu'une société civile de moyens, dont l'objet consiste à faciliter à chacun de ses membres l'exercice de leur profession par une mise en commun des moyens nécessaires, n'exerce pas une activité de prévention, de diagnostic ou de soins* »[300]. Elle écarte donc toute responsabilité de ce type de structure et considère, par conséquent, qu'en cas d'infection nosocomiale, sera recherchée uniquement la responsabilité des membres qui la composent. En matière de responsabilité du fait des infections nosocomiales, la jurisprudence apporte donc les éclaircissements nécessaires, face à l'obscurité et à l'insuffisance de la loi.

79. La jurisprudence, par sa fonction interprétative, peut également marquer sa désapprobation d'une loi en limitant ses effets. Ainsi, le 6 octobre 2005[301], la France est sanctionnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) au motif que la loi du 4 mars 2002 applicable aux instances en cours est contraire à l'article 1er du protocole n°1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. S'appuyant sur cette décision, les juridictions civiles et administratives considèrent que cette disposition législative ne peut s'appliquer aux dommages antérieurs à la date d'entrée en application de la loi. Ainsi, la Cour de cassation, par trois arrêts rendus le 24 janvier 2006[302] et le Conseil d'Etat, par un arrêt du 24 février 2006[303], limitent la portée dans le temps de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002, intégré à l'article 2 de la loi du 11 février 2005 qui prévoit que « *les dispositions* […] *sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* ».

---

[300] C. Caillé, note sous C.A. Douai, 6 janvier 2011, n°08-04560, *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, février 2011, n°212, p. 12.

[301] CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03 ; Obs. Th. Revet, *RTD civ. 2005*, p. 798 ; Note F. Baude, *RGDM* 2006, n°18, p. 382 ; Note P. Hennion-Jacquet, *RDSS* 2006, p. 149 ; Obs. Ch. Radé, *Dr. famille* 2005, n°258 ; Chron. F. sudre, *JCP G* 2006, I, 109 ; Note A. Zollinger, *JCP G* 2006, II, 10061 ; Obs. F. Bellivier, *RTDH* 2006, n°67, p. 667.

[302] Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *CPAM de Loir-et-Cher c/ société le Sou médical et autres*, n°02-12.260 ; Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *M. Franck X. et autres c/ M Pol. et autres*, n°02-13.775 ; Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Fondation Bagatelle et autre c/ Société hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM) et autres* ; *Société Axa assurances c/ fondation Bagatelle et autres*, 01-16.684, 01-17.042.

[303] C.E., 24 févr. 2006, *Levenez*, n° 250704, *JCP* A 2006, 1074.

b. La fonction créatrice de la jurisprudence

80. La jurisprudence revêt une fonction supplétive de la loi, créatrice de droit. Le juge est alors assimilé à un « *législateur des cas particuliers* »[304], un « *jurislateur* » ou encore un « *colégislateur* »[305]. Jean-Etienne-Marie Portalis soulignait ainsi que « *c'est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir* […] *il est donc nécessairement une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer la loi par les lumières de la droiture et du bon sens* »[306]. Force est de constater que la place dévolue à la jurisprudence est justifiée par l'inertie d'action du législateur dans certains domaines. Ainsi, en matière de bioéthique, le juge est amené à trancher des litiges relatifs à des questions sociétales, faute d'intervention du législateur. En effet, selon Jean Bernard, la production de normes juridiques peut s'avérer difficile lorsqu'elle concerne « *le sens de l'existence* »[307].

81. La problématique de la cession de la clientèle d'un fonds libéral constitue une première illustration du rôle créateur de la jurisprudence. En effet, la loi donne une existence juridique à la clientèle uniquement dans le domaine commercial[308]. Ce silence du législateur posait donc le problème de la licéité des cessions de clientèles des médecins. Par un arrêt du 7 novembre 2000[309], la Cour de cassation rompt ce silence en affirmant l'existence d'un fonds libéral d'exercice des médecins, distinct du fonds de commerce et en posant le principe de licéité des cessions de clientèles médicales, subordonnées au respect de la liberté de choix du médecin par le patient.

82. La fonction créatrice de la jurisprudence trouve une seconde illustration dans le domaine de la défectuosité des produits de santé. Dans les années 1990, se développe une défiance à l'égard de la vaccination contre l'hépatite B qui serait à l'origine d'affections démyélinisantes à l'instar de la sclérose en plaques ou de la maladie de Guillain-Barré. La loi

---

[304] G. Ripert cité par P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *La Revue Juridique Thémis*, 1992, vol. 26, n°1, p. 1-19, spéc. p. 13.
[305] E. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etat-Unis*, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.
[306] J.-E.-M. Portalis, « La publication, les effets et l'application des lois en général », *in Titre préliminaire du code civil*, 23 février 1803.
[307] J. Bernard, *De la biologie à l'éthique*, Paris, Buchet/Chastel, 1990, p. 4.
[308] Art. 1128 du C. civ. : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ».
[309] Cass. 1ère civ., 7 novembre 2000, *Woessner c/ Sigrand*, n°98-17731 ; Note G. Loiseau, *JCP E* 2003, n°10, 419 ; Note F. Vialla, *JCP G* 2001, II, 10452 ; Obs. J. Mestre, B. Fages, *RTD civ*. 2001, p. 130 ; Obs. R. Libchaber, *Defrénois* 2001, n°37, p. 431 ; Obs. J. Rochfeld, *JCP G* 2001, 1301, n°16 ; Obs. G. Mémeteau, *RDSS* 2001, n°2, p. 317 ; Rapp. P. Bargue, obs. G. Mémeteau, *Méd. et Dr*. 2001, n°47.

du 19 mai 1998 transposant en droit français[310] la directive du 25 juillet 1985[311] encadre la responsabilité du fait d'un produit de santé. Elle prévoit ainsi que le fait générateur de la responsabilité, qui incombe au producteur, consiste en un défaut de sécurité du produit et souligne qu'un lien de causalité certain entre le dommage et le défaut du produit doit être prouvé par la victime, en vertu de l'article 9 du Code de procédure civile[312], ce que rappellera la Cour de cassation dans différentes espèces[313]. Dès lors, les victimes se heurtent à la difficulté d'apporter la preuve de l'imputabilité de leur affection à l'injection vaccinale. En effet, aucun lien de causalité scientifique n'a pu être établi entre la vaccination et les affections démyélinisantes ce que souligne, par deux communiqués du 12 février 2008 et du 15 octobre 2008, l'Académie de médecine : « *8 études nationales et internationales ont démontré l'absence de relation statistiquement significative entre la SEP et la vaccination contre l'hépatite B. Une étude publiée par Hernan a soulevé des questions mais sa méthodologie a été réfutée par les experts de l'OMS* […] »[314].

Pendant de nombreuses années, l'indemnisation des victimes, sous-tendue par l'établissement d'un lien de causalité certain entre le fait générateur de dommage et le dommage, ne subissait pas le même traitement selon la juridiction devant laquelle les actions intentées contre les producteurs étaient intentées. Ainsi, les décisions du Conseil d'Etat, dans le cadre de contentieux de la fonction publique, étaient plus favorables aux professionnels de santé victimes ayant subi une vaccination contre l'hépatite B, obligatoire depuis la loi du 18 janvier 1991[315]. Dans cette hypothèse, les dispositions légales, au travers de l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique, faisant suite au régime de responsabilité sans faute institué par la loi du 1er juillet 1964[316], prévoient que *« la réparation d'un dommage imputable*

---

[310] Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *JO* n°117 du 21 mai 1998, p. 7744.

[311] Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L 210 du 7 août 1995.

[312] Art. 9 du CPC : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

[313] V. notamment : Cass. 1ère civ., 27 février 2007, n°06-10.063 ; Cass. 1ère civ., 22 janv. 2009, n°07-16.449.

[314] V. P. Bègue, M. Girard, J. Frottier, F. Denis et la sous-commission « vaccinations », « Sur la vaccination de l'hépatite B en France », *Bull. Acad. Natl. Med.*, 12 février 2008 ; P. Bègue et la sous-commission « vaccinations », « la vaccination contre l'hépatite B en France : maintien des recommandations et renforcement de la couverture vaccinale », *Bull. Acad. Natl. Med.*, 15 octobre 2008.

[315] Loi n°91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, *JO* du 20 janvier 1991, p. 1048.

[316] Loi n°64-643 du 1er juillet 1964 relative a la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et à la répression des infractions à certaines dispositions du code de la sante publique, *JO* du 2 juillet 1964, p. 5762, modifiée notamment par la loi n°75-401 du 26 mai 1975 modifiant l'art. l10-1 du code de la sante publique afin de faire supporter par l'Etat la réparation de tout dommage imputable directement à une vaccination obligatoire et

directement à une vaccination obligatoire […] *est supportée par l'Etat »*. Par quatre arrêts en date du 9 mars 2007, le Conseil d'Etat reconnaît donc un lien de causalité juridique, eu égard à certaines conditions cliniques individuelles[317]. Face à une impossibilité de thèse scientifique consensuelle sur le lien de causalité entre la vaccination et la pathologie, le rapporteur public souligne qu'existent « *suffisamment d'avis autorisés pour admettre que l'inoculation du vaccin peut jouer le rôle de facteur déclenchant au développement de la maladie sur des sujets présentant certaines prédispositions les exposant à un risque supérieur à la moyenne* »[318]. Faute de causalité scientifique avérée, le Conseil d'Etat apprécie l'histoire clinique des victimes par la prise en considération de trois critères cumulatifs : le bref délai d'apparition des premiers symptômes suite à la vaccination et/ou ses rappels (compris entre deux et trois mois), l'état de bonne santé du patient avant l'injection vaccinale et l'absence de symptômes antérieurs à la vaccination[319].

Parallèlement, certaines décisions de la Cour de cassation étaient favorables aux victimes par une application de la législation sur les accidents de travail[320]. A titre d'illustration, le 10 décembre 2009, la Cour admet qu'une sclérose en plaques, développée plusieurs années suite à une vaccination contre l'hépatite B injectée dans le cadre professionnel, peut être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail[321].

Le droit à l'indemnisation des victimes diffère donc lorsque l'action intentée relève du droit commun et ne s'inscrit pas dans le cadre des vaccinations obligatoires encadrées légalement. Les décisions prétoriennes semblent plus sévères pour les victimes, induisant, par conséquent une forme de discrimination. Ainsi, le 23 septembre 2003, la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation refuse de reconnaître la responsabilité d'un laboratoire mis en cause

---

insérant un art. l10-2 dans ce même code (art. 10-2 : déclaration de la part du médecin ou de la sage-femme de toute vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions définies au présent code), *JO* du 27 mai 1975, p. 5267.

[317] C.E., 9 mars 2007, *Mme Schwartz c/ Centre hospitalier général de Sarreguemines*, n°267635 ; C.E., 9 mars 2007, *Commune de Grenoble c./ Mme Stéfani*, n°278665 ; C.E., 9 mars 2007, *Mme Thomas c./ Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, n°285288 ; C.E., 9 mars 2007, *Mme Poulard c./ Ministre de l'emploi et de la solidarité, n°283067* ; Concl. T. Olson, *AJDA* 2007, p. 861 ; Note A. Laude, *JCP G* 2007, II, 10142 ; Note L. Neyret, *D.* 2007, p. 2204.

[318] C.E., 9 mars 2007, *préc.*

[319] C.E., 10 avril 2009, *Mme Christiane A.*, n°296630.

[320] V. notamment : Cass. soc., 2 avril 2003, *Herbaut c/ CPAM*, n°00-21.768, *Bull. civ*. 2003, n°132, p. 130 ; Cass. 2ème civ., 14 septembre 2006, *CPAM du Gard c/Herbaut et A*, n°04-30.642.

[321] Cass. 2ème civ., 10 décembre 2009, n°08-20.539.

au motif que la preuve d'un lien de causalité entre la vaccination et la maladie n'a pu être apportée[322].

La fonction créatrice du juge prend tout son sens par le vide créé par l'existence d'une législation uniquement applicable aux vaccinations obligatoires. Ainsi, la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation infléchit sa position par trois arrêts du 22 mai 2008[323] traduisant un véritable revirement de jurisprudence. En l'espèce, elle adopte une position similaire à celle tenue par les juridictions administratives en considérant que, faute d'un lien certain entre la sclérose en plaques et l'affection démyélinisante, la réparation du dommage doit reposer sur le fondement de présomptions « […] *pourvu qu'elle soient graves, précises et concordantes* »[324], au sens de l'article 1353 du Code civil. L'usage de cet article permet ainsi de répondre à l'exigence d'un lien de causalité. Un arrêt de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation du 9 juillet 2009[325] confirme la consécration de la reconnaissance d'une certitude juridique relative comme fondement de l'indemnisation des victimes, par l'adoption similaire d'un raisonnement par présomption. Cette illustration jurisprudentielle démontre la force créatrice de la jurisprudence justifiée, en l'espèce, par l'impossibilité de laisser perdurer une situation discriminante pour les victimes.

83. Pourtant, cette possibilité pour le juge de créer du droit, faute de législation, est soumise à des variations, ce que souligne Patrick Mistretta par la formule de « *valses hésitations de la Cour de cassation* »[326]. En effet, une décision de la Cour de cassation du 25 novembre 2010 vient remettre en cause les dernières avancées jurisprudentielles[327]. En l'espèce, la victime a été déboutée de sa demande d'indemnisation alors même qu'elle

---

[322] Cass. 1ère civ., 23 septembre 2003, n°01-13.063, *Bull. civ.* 2003, I, n°188 ; Note N. Jonquet, A.-C. Maillols, D. Mainguy, E. Terrier, *JCP G* 2003, II, 10179 ; Obs. G. Viney, *JCP G* 2004, I, 101, n°23 ; Obs. P. Jourdain, *RTD civ*. 2004, p. 101 ; Note Y.-M. Serinet, R. Mislawski, *D.* 2004, p. 898 ; Obs. D. Mazeaud, *D*. 2004, somm. p. 1344 ; C. Radé, *Resp. civ. Et assur*. 2003, chron. 28.

[323] Cass. 1ère civ., 22 mai 2008, Beaulaton c/ CPAM de la Sarthe et autres, n°05-20.317, Gacem c/ Razongles et autres, n°06-10.967, Consorts Fageolle c/ Société Laboratoires Glaxosmithkline et autres, n°06-14.952 ; Obs. I. Gallmeister, *D.* 2008, p. 1544 ; Note L. Grynbaum, *JCP G* 2008, II, p. 10131 ; Note B. Daille-Duclos, *JCP E* 2008, 2137.

[324] Art. 1353 du C. civ. : « *Les présomptions qui ne soit point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pur cause de fraude ou de dol* ».

[325] Cass. 1ère civ., 9 juillet 2009, n°08-11.073 ; *Resp. civ. et assur*. 2009, étude 13 ; Chron. P. Sargos, *JCP G* 2009, 308 ; Obs. P. Brun, O. Gout, *D.* 2010, p. 49 ; Note J.-S. Borghetti, *RDC* 2010, p. 79 ; Avis A. Legoux, *Gaz. Pal*., 13 août 2009, n°225 ; L. Leveneur, *Contrats, conc. consom*. 2009, comm. 262.

[326] P. Mistretta, « Hépatite B : les valses hésitations de la Cour de cassation », *JCP G* 2010, n°49, 1201.

[327] Cass. 1ère civ., 25 novembre 2010, n°09-16.556 ; *Resp. civ. et assur*. 2011, comm. 24 ; Note P. Mistretta, *JCP G* 2010, 2271 ; J.-S. Borghetti, *JCP G* 2011, 160 ; Note P. Jourdain, *RTD civ*. 2011, p. 134 ; F. Rome, *D*. 2010, p. 2825.

avançait la présence de « *présomptions graves, précises et concordantes* » et justifiait, notamment, de l'absence d'antécédent personnel et familial et d'une apparition rapide de symptômes, à savoir quinze jours. La Cour de cassation rejette ces arguments au motif qu'ils ne constituent pas « *des présomptions graves, précises et concordantes en sorte que n'était pas établie une corrélation entre l'affection de la patiente et la vaccination* ».

Par conséquent, l'usage de l'article 1353 du Code civil par lequel le Juge présume, au cas par cas, le lien entre un produit et un dommage amène Jean-Sébastien Borghetti à se demander s'il ne serait pas « *absurde que les juges de fond puissent conclure tantôt que le vaccin contre l'hépatite B est, de manière générale, un facteur favorisant de la sclérose en plaques, et tantôt le contraire* »[328], pour en conclure que cet article 1353 du Code civil n'a pas pour vocation de « *trancher les situations où le doute concerne la réalité d'une loi scientifique* »[329]. L'existence ou l'exclusion d'un lien de causalité entre l'injection vaccinale et l'affection en cause appartient donc souverainement aux juges du fond ce qui, selon Christophe Radé, peut susciter une impression de « *justice-loterie* »[330]. Faute de législation, les divergences de jurisprudence illustrent la création par les tribunaux de situations favorables à l'insécurité juridique.

84. L'intervention du juge, face au silence de la loi, est donc source de droit. La jurisprudence peut alors s'imposer dans la durée en l'absence de législation. Philippe Jestaz souligne, à ce titre, la particularité de la « *norme jurisprudentielle irréfutable* », c'est-à-dire de la norme produite par un juge qui dispose des moyens d'une autorité absolue et dont l'énonciation est effectuée avec une précision suffisante. Il souligne que cette norme a « *valeur de règle et s'impose comme telle à l'égal de la loi tant du moins qu'une loi proprement dite ou un revirement ne viennent pas en abroger les termes* »[331].

---

[328] S. Borghetti, « Retour sur le rapport de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques », *RDC* 2008, n°4, p. 1190.
[329] *Ibid*.
[330] C. Radé, « Sclérose en plaques et vaccination anti-hépatite B », *RCA* 2011, n°1, comm. 24.
[331] P. Jestaz, « Source délicieuse (remarques en cascades sur les sources du droit) », *op. cit.*, p. 78.

c. La fonction prédicatrice de la jurisprudence

85. Les principes dégagés par la jurisprudence constituent une source d'inspiration pour le législateur. Une complémentarité s'instaure entre la loi et le juge. La législation serait alors la consécration de principes dégagés dans les prétoires. Selon Adhémar Esmein, « *pour la solution de ces problèmes, pour la satisfaction donnée à ces besoins, la jurisprudence devancera toujours celle du législateur* »[332]. En d'autres termes, la jurisprudence influence la promulgation de futures lois.

Ainsi, dans le domaine du droit médical, de nombreuses décisions de justice ont devancé les interventions du législateur. A titre d'illustration, par deux arrêts de 2001, la Cour de cassation, définit un régime de charge de la preuve en matière de contamination par le virus de l'hépatite C[333] et pose donc le principe de présomption de causalité. L'article 102 de la loi du 4 mars 2002[334] s'inspire intégralement des solutions prétoriennes antérieures en prévoyant une présomption de lien de causalité entre une contamination par le virus de l'hépatite C et une transfusion sanguine ou une injection de produits dérivés du sang.

D'autre part, en matière d'information du patient, les tribunaux ont pendant longtemps appliqué l'article 1315 du Code civil et ainsi considéré que la charge de la preuve d'un défaut d'exécution de l'obligation d'information incombait au patient[335]. Par un arrêt du 15 février 1997[336], la Cour de cassation renverse la charge de la preuve en considérant qu'il revient au professionnel de santé de prouver le respect de son obligation d'information, et ce par application de l'article 1315, alinéa 2 du Code civil. Ce revirement jurisprudentiel a constitué une source d'inspiration non négligeable pour le législateur puisque ce principe est désormais intégré à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002.

Enfin, en matière de protection des intérêts personnels du majeur vulnérable, le législateur s'est inspiré d'une décision de la Cour de cassation du 18 avril 1989 qui énonce que « *les régimes civils d'incapacité ont pour objet, d'une manière générale, de pourvoir à la*

---

[332] A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p. 16.
[333] P. Jourdain, obs. sous Cass. 1ère civ., 9 mai 2001 et 17 juillet 2001, *RTD civ.* 2001, p. 889.
[334] Art. 102 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *préc*.
[335] R. Savatier, note sous Cass. 1ère civ., 29 mai 1959, *D.* 1959, p. 53.
[336] V. J. Penneau, note sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *D.* 1997, somm. 319.

protection de la personne et des biens de l'incapable »[337]. La loi du 5 mars 2007[338] consacre ce principe en énonçant que « *sauf mention expresse contraire, la décision d'ouverture d'une mesure de protection portera à la fois sur la protection des biens et sur la protection de la personne* »[339].

86. Par ailleurs, au-delà de l'influence que peut exercer la jurisprudence sur le droit légiféré, le législateur peut également saisir la Cour de cassation pour avis sur une « *question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* »[340]. Cette possibilité de saisine, initialement prévue pour les juridictions judiciaires, ne fait pas obstacle à une saisine par le législateur, comme cela fut le cas lors de la saisine de la Cour de cassation en 2008 s'agissant du projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle[341], qui complète la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale[342].

De la même manière, il est prévu une procédure analogue d'avis du Conseil d'Etat, conformément à la loi du 31 décembre 1987, pour toute question de droit « *nouvelle* », dès lors qu'elle « *présente une difficulté sérieuse* » et « *se pose dans de nombreux litiges* »[343]. Le Conseil d'Etat joue donc un rôle non négligeable dans l'élaboration des textes juridiques. D'autre part, l'article 38 de la Constitution prévoit la saisine du Conseil d'Etat pour l'ensemble des projets d'ordonnances, avant leur adoption par le Conseil des ministres. De même, les décrets en Conseil d'Etat sont pris ou modifiés, postérieurement à la saisine du Conseil d'Etat. L'article 39 de la Constitution prévoit également la consultation obligatoire du Conseil d'Etat par le Gouvernement sur les projets de lois. Enfin, la section du rapport et des études du Conseil d'Etat est chargée de faire des propositions au gouvernement : « *le Conseil d'Etat peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt*

---

[337] V. J. Massip, note sous Cass. 1ère civ., 18 avril 1989, *D.* 1989, p. 493.
[338] Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* n°56 du 7 mars 2007, p. 4325.
[339] Art. 415 du C. civ.
[340] Loi n°91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation, *JO* du 18 mai 1991, p. 6790 ; Décret n°92-228 du 12 mars 1992 relatif à la saisine pour avis de la Cour de cassation, *JO* du 14 mars 1992, p. 3690, codifié aux art. L. 151-1 à L. 151-3 du COJ et aux art. 1031-1 à 1031-7 du NCPC.
[341] Loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, *JO* du 11 mars 2010, p. 4808.
[342] Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale, *JO* du 26 février 2008, p. 3266.
[343] Art. 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, *JO* du 1er janvier 1988, p. 7.

général »[344].

La jurisprudence joue donc un rôle incontestable dans la production du droit médical. Cependant, la thèse d'une jurisprudence, source de droit, trouve ses limites.

2. La portée normative limitée des décisions jurisprudentielles

87. A l'exception des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat, si la portée normative de la jurisprudence ne cesse de se développer, elle reste toutefois limitée. Une décision de justice ne détient pas de force obligatoire et ne peut donc s'imposer aux autres juges. En droit français, les décisions de justice disposent d'une autorité relative puisqu'une décision d'un tribunal ne lie aucunement un autre tribunal dans une affaire identique, eu égard à l'article 1351 du Code civil. Il en résulte que contrairement aux lois, les solutions prétoriennes ne détiennent aucune portée générale. Elles ne sauraient donc entrer en concurrence avec la loi qui énonce des dispositions générales et impersonnelles.

De même, l'article 5 du Code civil consacre la prohibition des arrêts de règlements : « […] *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* »[345] . Il est interdit pour le juge, administratif comme judiciaire, de s'arroger les fonctions dévolues au législateur, ce qui garantit que la fonction de la jurisprudence soit restreinte aux cas particuliers et ne s'étende pas à la généralité. Toutefois, dans le domaine administratif, si le juge ne peut prendre des arrêts de règlement, de « *grands arrêts* » tiennent une place majeure dans la création et l'évolution du droit administratif[346].

88. D'autre part, le pouvoir attribué à la jurisprudence trouve ses limites dans le lien de subordination qu'elle entretient avec la loi. En effet, la jurisprudence est soumise au droit légiféré et ne peut donc être assimilée à une source autonome de droit[347]. Le législateur conserve toute sa suprématie en matière d'édiction de règles générales. François Gény

---

[344] Art. L. 112-3 du CJA.

[345] V. Y. Gaudemet, « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RD publ.* 2010, n°6, p. 1616. L'arrêt de règlement est défini comme « *une décision dans un contentieux particulier et qui comporte* […] *des effets de droits directs et immédiats au-delà du litige tranché par le juge* »

[346] Nous citerons, à titre d'exemples : C.E., 9 décembre 1988, *Cohen*, n°65087, *Rec.* p. 431 ; *Gaz. Pal.* 1989, II, somm. P. 442 ; Obs. F. Moderne, P. Bon, *D.* 1989, p. 347 ; Note J. moreau, *AJDA* 1989, p. 405 ; *RCA* 1989, comm. n°70 ; C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *op. cit.*

[347] N. Molfessis, « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008, n°126, p. 86.

rappelle d'ailleurs que « *tant qu'il n'y a pas de nécessité impérieuse d'unifier la jurisprudence sur un point douteux, tant que, d'autre part, la clarté ne paraîtrait acquise relativement à sa solution, les magistrats peuvent laisser passer des opinions divergentes, plutôt que de consacrer, sur une question non prévue par la loi écrite, une solution définitive prématurée* »[348]. Par conséquent, le législateur n'étant aucunement lié au juge, il peut décider d'adopter une loi « *hostile* » à une règle définie par la jurisprudence. Tel est le cas de la loi du 4 mars 2002 qui, par l'article 1er du I, met un terme à la jurisprudence « *Perruche* »[349].

De même, en matière d'infections nosocomiales, les dispositions de la loi du 4 mars 2002 sont contraires à la jurisprudence antérieure selon laquelle les médecins libéraux seraient tenus à une obligation de sécurité-résultat, à l'instar des établissements de santé. Le Conseiller Pierre Sargos soulignait alors que « *le devoir d'asepsie est une obligation fondamentale des médecins et que le principe tout aussi fondamental de leur indépendance professionnelle inaliénable ne leur permet pas de s'abriter derrière l'action ou l'inaction de l'établissement de santé où ils exercent pour prétendre être exonérés de leur propre obligation* »[350]. L'article L. 1142-1 alinéa 2 du Code de la santé publique, issu de cette même loi précitée, rompt avec la jurisprudence antérieure en disposant que *« les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère »*. Il en résulte que les médecins libéraux ne sont responsables d'une infection nosocomiale que s'il est rapporté la preuve d'une faute de leur part. La loi ne retient donc pas la jurisprudence relative à la présomption d'imputabilité des médecins libéraux en matière d'infections nosocomiales.

89. La jurisprudence participe sans conteste à la formation du droit par son rôle d'adaptation, de création - limitée à l'absence de loi - et d'inspiration du droit légiféré. La jurisprudence contribue ainsi à la formation du droit de manière diffuse. Cependant, la jurisprudence ne saurait être assimilée à la loi ou la remplacer, ce qui écarte toute possibilité pour elle d'être une source de droit autonome. Le droit médical n'est donc pas essentiellement jurisprudentiel.

---

[348] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 2, Paris, L.G.D.J, 1899, p. 212.

[349] Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701, *Bull. ass. plén*. 2000, n° 9 ; Note D. Mazeaud, P. Jourdain, *D*. 2001, p. 332 ; Rapp. P. Sargos, *JCP G* 2000, II, 10438 ; Obs. P. Jourdain, *RTD civ*. 2001, p. 103 ; Note P. Murat, *Dr. famille* 2001, comm. 11.

[350] P. Sargos, « Infection nosocomiale : de la présomption de faute à l'obligation de sécurité de résultat », *JCP G* 1999, n°28, II, 10138.

C. LE RÔLE DE LA DOCTRINE

90. La notion de « doctrine » provient du latin « *docere* », qui signifie « *enseigner* ». Elle est définie comme une « *opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le droit* », un « *ensemble d'ouvrages juridiques* », un « *ensemble d'auteurs d'ouvrages juridiques* » et une « *opinion exprimée sur une question de droit particulière* »[351]. Le terme « *doctrine* » recouvre donc l'ensemble des opinions écrites et faisant l'objet de publications. Les définitions de la doctrine proposées par différents auteurs demeurent consensuelles[352]. Si Philippe Jestaz souligne les limites de la doctrine au motif qu'elle ne crée pas de normes juridiques, elle s'érige toutefois en autorité[353], dotée d'une influence sur la production du droit médical. D'une part, la doctrine est une source de savoir juridique qui traverse le temps (1). D'autre part, elle exerce une influence considérable sur la production normative (2).

1. La doctrine, source de savoir juridique atemporel

91. La doctrine constitue une source de connaissance et de diffusion du droit[354]. Selon Philippe Jestaz, elle consiste en la description, l'explication et la coordination des normes existantes[355]. Par une confrontation des textes juridiques à la réalité sociale, elle posséderait des vertus pédagogiques par les commentaires qu'elle fournit. Elle aurait pour vocation de diffuser le droit mais également de le clarifier. La doctrine élève la jurisprudence en effectuant le passage des décisions particulières à un droit plus général. Nous soulignerons, à cet égard, que « […] *le rôle des auteurs est notamment primordial en matière de revirements de jurisprudence* »[356].

---

[351] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Doctrine », *op. cit*.

[352] V. P. Jestaz, *Le droit*, 4ème éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2002, 123 p. ; J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., Paris, L.G.D.J, 1994, 891 p. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2003, 609 p.

[353] P. Malaurie, *Rapport français droit civil et rural, la réaction de la doctrine face à la création du droit par la jurisprudence*, t. 21, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1980, n°7 : « *ce qui constitue dans la doctrine, c'est donc être une opinion qui fait autorité* ».

[354] J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., Paris, L.G.D.J, 1994, p. 529 ; C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F, 1985, n°19, p. 41 ; AFDA, *La doctrine en droit administratif*, Paris, Lexisnexis, janvier 2010, 242 p.

[355] P. Jestaz, « Source délicieuse (remarques en cascades sur les sources du droit) », *op. cit*., p. 75.

[356] P. Drai, Y. Chartier, D. Tricot, « La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions », *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 1994, n°20, p. 110 et 114.

La doctrine est « *placée en position de relais entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il est connu* »[357]. Certaine lois ou décisions sont ainsi appréhendées uniquement au travers de la pensée doctrinale. La mission d'information et de clarification de la doctrine revêt une fonction créatrice de droit. En effet, selon Christian Atias, « *inévitablement décrire le droit, c'est le reconstruire et contribuer à son évolution* »[358]. Il en résulte que la doctrine, faute de créer l'ordre juridique, « […] *travaille sans relâche à son perfectionnement* »[359]. Cette fonction de relais du droit ne s'exerce pas uniquement dans le présent. Elle s'exerce également dans le passé et le futur. Dans un premier temps, la doctrine, agissant telle la mémoire du droit, participe à « *l'harmonie de l'ordre juridique* »[360]. En effet, elle contribue à la synthèse du droit positif sans laquelle « *le droit resterait en miettes et sa connaissance humaine difficile* »[361]. Les apports doctrinaux ont ainsi une fonction d'archivage du droit sans laquelle « *chaque apprenti juriste serait réduit à réinventer le droit* »[362].

92. Dans un second temps, la doctrine a une vision prospective du droit : « *tout est fonction du temps ; toute prédiction doctrinale repose sur une évocation d'un futur droit. L'auteur fait porter sa réflexion sur une solution qui n'est pas partie du droit et dont on ignore, lorsqu'il se prononce, si elle adviendra* »[363]. La doctrine exerce donc une influence sur des problématiques pour lesquelles la jurisprudence n'est pas formée[364]. Cette fonction de la doctrine revêt une force de persuasion et de conviction[365]. Selon Adhémar Esmein, non seulement la doctrine a pour fonction d'« *éclairer la jurisprudence acquise* » mais elle permet également de « *préparer la jurisprudence de l'avenir* »[366].

Au-delà du savoir juridique qu'elle véhicule, la doctrine tient également une place dans la production des règles juridiques.

---

[357] C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F, 1985, n°19, p. 41.
[358] *Id.*, p. 84.
[359] P. Jestaz, *Le droit*, 4ème éd. Paris, Dalloz, 2002, p. 61.
[360] *Ibid*.
[361] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, 5ème éd., Paris, Litec, p. 103.
[362] *Ibid*.
[363] N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », *in L'avenir du droit* : *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 141 et s. et spéc. p. 146.
[364] J. Carbonnier, « Pouvoir d'invention », *D.* 1970, chron. 137.
[365] A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, p. 216.
[366] A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p. 12.

2. L'influence de la doctrine sur la production du droit médical

93. Les apports doctrinaux exercent une influence considérable sur la production du droit médical. Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux considèrent qu'« *en présence d'une législation ou d'une jurisprudence récente, elle (la doctrine) essaie de faire apparaître, notamment par un commentaire exégétique, les idées directrices qui inspirent les nouvelles règles. Surtout, dans l'hypothèse de lacunes ou d'incertitudes diverses, la doctrine propose des interprétations qui peuvent finalement être retenues* »[367]. Ainsi, le législateur a pu s'inspirer de la doctrine et collaborer avec des professeurs de droit ou des praticiens de droit pour édicter une loi. En attestent les nombreux écrits du professeur Jacques Massip[368] qui ont exercé une influence non négligeable sur la réforme du droit des majeurs protégés[369].

94. La doctrine détient un rôle créateur lorsqu'elle exerce son influence sur la jurisprudence : « *il appartient à la doctrine de dire en quoi consiste la jurisprudence et donc de la recréer dans une certaine mesure* »[370]. Si elle ne constitue pas une source formelle du droit médical, la jurisprudence ne saurait s'en départir, ce que rappelle Philippe Jestaz pour qui « […] *en l'absence de doctrine, (la jurisprudence) ne serait que du contentieux à l'état brut et peu exploitable* »[371]. La doctrine juridique constitue une référence pour les juges qui la consultent lors de l'interprétation d'un texte juridique. Les juges s'y réfèrent alors dans leur prise de décision, ce qui peut être illustré par la question de la sanction du défaut d'information. Dans un premier temps, la Cour de cassation affirmait que le défaut d'information ne pouvait donner lieu qu'à l'indemnisation d'une perte de chance de refuser l'acte médical[372]. Dans un second temps, elle ajoutait que le seul préjudice indemnisable, né

---

[367] J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., Paris, L.G.D.J, 1994, p. 531.
[368] V. J. Massip, « La réforme du droit des incapables majeurs », *Defrénois*, 1983 ; J. Massip, « Administration légale et tutelle des mineurs », *Defrénois* 1994 ; J. Massip, « Les majeurs protégés. t. 1 : régime juridique », *Defrénois*, 1994 ; J. Massip, « Les majeurs protégés. t. 2 : formules d'application », *Defrénois*, 1994 ; J. Massip, « Apports et limites de la loi de 68. Considérations juridiques », *in Les tutelles. Perspectives soignantes et perspectives légales. Les dossiers Croix-Marine*, mars 1998, p. 18-21 ; J. Massip, « Les incapacités. Etude théorique et pratique », *Defrénois*, 2002.
[369] Loi n°2007-308 du 5 mars 2007, *préc*.
[370] P. Jestaz, C. Jamin, « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD civ*. 2002, spéc. p. 3.
[371] P. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ*. 1996, p. 306.
[372] Cass. 1ère civ., 7 février 1990, n°88-14-797 ; Cass. 1ère civ., 20 juin 2000, n°98-23.046 ; V. O. Grare, « Préjudice autonome en cas de méconnaissance par le médecin de son devoir d'information : début d'une saga juridique », *RDS* 2012, n°42, p. 346.

d'un défaut d'information, était la « *perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé* »[373]. Le Conseil d'Etat adoptait une position similaire[374].

Cependant, depuis l'année 2010, un changement de position semble avoir été opéré. En effet, eu égard aux dernières décisions de justice, il est possible d'établir que les juges se réfèrent à la doctrine juridique qui retient un préjudice moral[375], différent de celui qui fait suite à une atteinte corporelle. Ce revirement de position, en faveur de l'autonomisation du préjudice, est surtout illustré par des décisions récentes du juge judiciaire. La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 juin 2010 que le Président Sargos a qualifié d'« *historique* », pose le principe de réparation d'un préjudice autonome, en cas de défaut d'information : « *le non-respect du devoir d'information* […] *cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du second des textes susvisés* […], *le juge ne peut laisser sans réparation* »[376]. Elle adopte une position similaire le 28 janvier 2010[377]. Toutefois, dans ces deux décisions, la Cour de cassation demeure évasive sur la nature du dommage à indemniser.

Un arrêt du 5 janvier 2012 attire particulièrement notre attention. En l'espèce, la Cour d'appel d'Amiens considère qu'*« une information complète et loyale des médecins aurait permis à la patiente d'être acteur de ses choix, d'en prévoir les éventuelles conséquences et d'accomplir un travail personnel d'acceptation du handicap ayant résulté des complications de l'intervention chirurgicale préparée* »[378]. Cette décision fait écho au « *préjudice d'impréparation* » que le professeur Penneau définit comme le dommage « *dont peut se plaindre tout patient qui n'a pas été en mesure de se préparer psychologiquement au risque qui lui avait été caché* […]. *Il est, en effet, de constatation commune que l'on supporte mieux un dommage à l'éventualité duquel on a pu psychologiquement se préparer, que celui*

---

[373] Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *Bull. civ*. I, n°380 ; Obs. P. Stoffel-Munck, *JCP* 2008, II, n°3, 125 ; Note P. Sargos, *D.* 2008, p. 192 ; Obs. P. Jourdain, *RTD civ*. 2008, p. 303 ; Obs. J. Penneau, *D.* 2009, p. 1302.

[374] C.E., 5 janvier 2000, *Consorts Telle c./AP-HP*, n°181899, *Rec*. p. 5 ; Concl. et note P. Bon, *RFDA* 2000, p. 646 ; Chron. M. Guyomar, P. Collin, *AJDA* 2000, p. 137 ; Note J. Moreau, *JCP* 2000, II, 10271 ; Note C. Guettier, *RD publ.* 2001, p. 4012 ; Note L. Dubouis, *RDSS* 2000, p. 357.

[375] V. S. Hocquet-Berg, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 10 sept. 1998, p. 2. ; S. Porchy-Simon, « Lien causal, préjudice réparable et non respect de la volonté du patient », *D.* 1998, doctr., p. 379 ; M. Penneau, note sous CA Angers, 11 septembre 1998, *D.* 1999, Jur. 46.

[376] Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, n°09-13.591, *Bull. civ*. 2010, I, 128 ; Note C. Lantero, *AJDA* 2010, p. 2169 ; Obs. I. Gallmeister, note P. Sargos, *D.* 2010, p. 1522 ; Note S. Porchy-Simon, *JCP G* 2010, p. 788 ; Note F. Arhab-Girardin, *RDSS* 2010, p. 898 ; Obs. P. Jourdain, *RTD civ*. 2010, p. 571.

[377] Cass. 1ère civ., 28 janvier 2010, n°09-10.992 ; *D.* 2010, p. 440 ; Obs. F. Arhab-Girardin, *RDSS* 2010, p. 375.

[378] C.A. Amiens, ch. civ. 1, sect.. 1, 5 janvier 2012, n°10/04715 ; O. Grare, « Préjudice autonome en cas de méconnaissance par le médecin de son devoir d'information : début d'une saga juridique », *op. cit*., p. 343-357.

qui était totalement imprévu »[379]. Il s'agit, en d'autres termes, d'indemniser la souffrance due à l'impossibilité d'anticiper un dommage consécutif au non respect du devoir d'information par le praticien.

En outre, Sophie Porchy-Simon considère que le préjudice causé au patient, par le non respect de l'obligation d'information, est une atteinte à « *ses sentiments d'autonomie et de dignité* »[380]. Il en résulte que « *l'information du patient est* […] *considérée comme un droit subjectif dont la seule atteinte permet de présumer l'existence d'un préjudice et d'obtenir réparation* »[381]. Dans un arrêt du 12 juillet 2012, la Cour de cassation semble reprendre les théories des deux auteurs précités[382] lorsqu'elle 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 entraîne 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* »[383].

En revanche, le juge administratif se dirige difficilement vers la reconnaissance d'un préjudice autonome distinct de la perte de chance[384]. En atteste la décision du Conseil d'Etat, le 2 juillet 2010 : « *Considérant que, lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation ; que le défaut d'information ouvre droit à réparation lorsqu'il a eu pour conséquence la perte par le patient d'une chance d'échapper, en refusant de subir l'acte qui lui était proposé, au dommage qui a résulté pour lui de la réalisation d'un risque de décès ou d'invalidité* »[385]. Pourtant, dans un arrêt du 10 octobre 2012, le Conseil d'Etat adopte une position proche de celle de la Cour de cassation lorsqu'il énonce « *qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser*

---

[379] M. Penneau, note sous CA Angers, *op. cit*.
[380] S. Porchy-Simon, « Lien causal, préjudice réparable et non respect de la volonté du patient », *op. cit.*, p. 380.
[381] J. Dugne, F. Vialla, « Du nouveau en matière d'obligation d'information », *RDS* 2012, n°50, p. 693.
[382] *Ibid*.
[383] Cass. 1ère civ., 12 juillet 2012, n°11-17.510, *Bull. civ*. 2012 ; Note M. Bacache, *D.* 2012, p. 2277.
[384] V. notamment : M. Morlaas-Courties, « La responsabilité pour défaut d'information devant le juge administratif : maintien de l'exigence d'une perte de chance », *RDS* 2012, n°46, p. 217 ; F. Vialla, « Défaut d'information dans l'ordre administratif : rien de nouveau », *RDS* 2012, n°46, p. 216.
[385] C.E., 2 juillet 2010, n°323885.

l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles »[386]. A son tour, la Haute juridiction administrative fait référence au préjudice moral d'impréparation, issu de la doctrine.

95. L'éthique et la déontologie ne peuvent suffire à encadrer l'activité médicale. La régulation des pratiques médicales doit être envisagée au travers l'édiction de règles juridiques. Dès lors, si le droit médical trouve ses origines dans différentes disciplines juridiques, nous avons également identifié des sources informelles, la jurisprudence et la doctrine, qui participent incontestablement à sa formation. Toutefois, si l'encadrement juridique de l'activité médicale nous apparaît nécessaire, il convient de s'interroger sur le phénomène de profusion de règles juridiques, applicables à l'activité médicale, envisagé par les médecins tel une immixtion dans leur exercice professionnel.

[386] C.E., 10 octobre 2012, *CHU de Rouen*, n°350426 ; Note V. Vioujas, *JCP A* 2012, n°46, 2369 ; Note F. Vialla, JCP G 2012, n°47, 1252 ; Note C. Lantero, *AJDA* 2012, p. 2231.

Section 2. L'immixtion croissante du droit dans le champ médical

96. Les règles juridiques sont nécessaires pour réguler la vie en société et, dans notre cadre, les pratiques médicales. Loin de constituer une entrave à son exercice, elles permettent au praticien d'appréhender son champ d'intervention. Elles constituent un cadre d'action qui lui permet de connaître ses droits, ses devoirs et ses limites.

Force est de constater que nous sommes passés d'un encadrement juridique nécessaire à une immixtion excessive du droit dénoncé sous le terme de « *juridicisation* », entendu comme « *l'extension du droit et des processus juridiques à un nombre croissant de domaines de la vie économique et sociale* [...] »[387], parmi lesquels le domaine médical. Dès lors, le droit est perçu comme une contrainte par le médecin. De nombreux indices attestent d'un recours croissant à la règle de droit dans le domaine médical. Aussi nous apparaît-il pertinent d'évoquer les signes pathognomoniques de cette immixtion du droit dans l'activité médicale (§1), puis de mesurer l'étendue de l'hypertrophie normative, manifestation visible de la juridicisation (§2).

§1. Les signes pathognomoniques

97. Selon Pauline Loiseau, « *les méthodes pour "guider" le médecin et "normaliser" sa pratique connaissent un développement incontestable* »[388]. L'excès de droit dans le domaine médical est considéré comme néfaste à l'activité médicale. Il amène de la rigidité, contraire à l'esprit d'initiative médicale. A l'instar des signes pathognomoniques en médecine qui désignent les signes spécifiques d'une maladie, il apparaît judicieux de déceler les signes pathognomoniques de la juridicisation de l'activité médicale. Certains phénomènes nous semblent particulièrement caractériser l'immixtion croissante du droit dans l'activité médicale. Aussi envisagerons-nous de porter notre regard, d'une part, sur la normalisation de l'activité médicale (A) et, d'autre part, sur le recours dévoyé à la loi (B).

---

[387] P. Noreau, *Le droit préventif, le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis/CDPQ, 1993, 200 p.
[388] P. Loiseau, « La force normative des recommandations de bonnes pratiques médicales », *op. cit.*, p. 613.

A. LE PHÉNOMÈNE DE NORMALISATION DE LA PRATIQUE MÉDICALE

98. Dans un contexte de juridicisation croissante de l'activité médicale, il semble pertinent de s'intéresser au phénomène de normalisation de la pratique médicale et plus particulièrement à la prolifération des avis et recommandations. Dans le sens commun, un avis est défini comme une « *opinion donnée à titre consultatif en réponse à une question* »[389]. Dans son sens administratif, il s'agit d'une « *dénomination générique donnée aux actes des organes administratifs dans l'exercice de la fonction consultative* »[390]. Les recommandations sont des « *actes par lesquels une autorité invite leurs destinataires à se comporter d'une certaine manière, mais sans que ces suggestions soient généralement assorties d'une force contraignante* […] »[391]. Une recommandation est donc une « *invitation à agir dans un sens déterminé ; par opposition à directive ou injonction, suggestion en général dépourvue de caractère contraignant* »[392].

Les avis et recommandations ne semblent donc pas revêtir une fonction coercitive. Toutefois, leur épanouissement dans la sphère médicale soulève la question de l'identification de leurs producteurs et des pouvoirs qui leur sont conférés (1) mais également celle de la nature juridique à leur attribuer (2).

1. La multiplication des producteurs de normes juridiques

99. L'étude de la normalisation de la sphère médicale nous amène à nous intéresser à l'émergence de nouveaux producteurs de droit. Le système français est marqué par une dichotomie entre les autorités administratives indépendantes (AAI) et les « *opérateurs de l'Etat* », placés sous la tutelle d'un ministère. La notion d'« *autorité administrative indépendante* » apparaît, pour la première fois, lors de la création de la Commission Nationale d'Informatique et Libertés (CNIL), conformément à la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[393]. L'instrument privilégié de création de ces entités administratives est principalement la loi, avec toutefois quelques exceptions. Ainsi, le Comité

---

[389] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Avis », *op. cit*.
[390] *Ibid*.
[391] F. Terré, *Introduction générale au droit*, 8ème éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 287.
[392] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Recommandation », *op. cit*.
[393] Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite foyer relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* du 7 janvier 1978, p. 227.

Consultatif National d'Ethique (CCNE), créé par le décret du 23 février 1983[394], est qualifié d'AAI par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique[395].

100. Le Conseil d'Etat définit les autorités administratives indépendantes (AAI) telles des « *organes administratifs qui agissent au nom de l'Etat et disposent d'un réel pouvoir, sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement* »[396]. Ces autorités disposeraient davantage d'un pouvoir de « *régulation* » que de « *réglementation* ». Cette régulation est définie « […] *comme une alternative à l'intervention autoritaire de la puissance publique dans le jeu des relations sociales ; elle désigne un mode d'ajustement des intérêts faisant appel à des procédés plus souples, moins contraignants, et s'inscrit plutôt dans une perspective de déréglementation* »[397].

La catégorie juridique des « AAI » serait l'expression même d'un « *oxymore* »[398]. En effet, les AAI sont, d'une part, des autorités administratives qui relèvent du pouvoir exécutif et, d'autre part, des autorités indépendantes non soumises à l'article 20 de la Constitution[399]. Selon Jacques Chevallier, il semble patent que ces autorités constituent une « *catégorie juridique* » dont les frontières seraient indéterminées. Selon cet auteur, « *de plus en plus nombreuses, les AAI sont devenues de plus en plus diverses par leurs domaines d'intervention, leurs principes d'organisation et leurs pouvoirs, au point qu'il est difficile de trouver entre elles un dénominateur commun* […]. *Si l'octroi aux AAI de compétences juridiques normalement dissociées a été l'un des critères d'identification de la catégorie, la gamme de pouvoirs dont elles disposent a toujours été variable* […]. *Le vocable d'AAI s'applique désormais à des entités très diverses si l'on considère leurs finalités, leur statut et leurs pouvoirs ; et ce mouvement décelable dès l'origine, s'est considérablement amplifié au cours de la dernière décennie* »[400]. L'hétérogénéité des statuts de ces autorités explique la

---

[394] Décret n°83-132 du 23 février 1983 portant création d'un comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *JO* du 25 février 1983, p. 630.
[395] Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *préc*.
[396] C.E., *Rapport public 2001*, Paris, La Documentation française, 2002, n°52, 472 p.
[397] J.-L. Autin, C. Ribot, *Manuel de droit administratif général*, 4ème éd., Paris, Litec, 2005.
[398] J.-M. Sauvé, *Les autorités administratives indépendantes*, Audition par MM. Christian Vanneste et René Dosière, Députés, rapporteurs de la mission mise en place par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur les autorités administratives indépendantes, 11 février 2010, p. 1. Consulté sur : *http://www.conseil-etat.fr*, le 18 février 2011.
[399] Art. 20 de la Constitution : « *Le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée. Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50* ».
[400] J. Chevallier, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA* 2010, n°5, p. 896.

variété des pouvoirs qui leur sont conférés. Elle sont dotées d'un pouvoir d'influence, entrent en collaboration avec les tribunaux et formulent des avis.

101. Les autorités administratives indépendantes disposent d'une « *légitimité institutionnelle* » que Jean-Marc Sauvé entrevoit sous trois angles[401]. Dans un premier temps, il souligne le contrôle étatique des missions, des pouvoirs et de la composition de ces autorités. Il ajoute que la loi fixe les caractéristiques qui fondent l'indépendance de ces autorités. Dans un second temps, il indique le rôle du juge dans la consolidation des caractéristiques de ces autorités. Dans un dernier temps, il rappelle que ces autorités bénéficient d'une légitimité de par leur capacité à répondre à « *un besoin d'efficacité dans des domaines particuliers de l'action publique* ». En effet, ces autorités qui puisent leur légitimité dans le « *pouvoir d'opinion* »[402] sont sollicitées pour leur expertise, dans des domaines spécifiques tels que la santé et ce, dans un contexte de demande de régulation. En ce sens, leur intervention prend le caractère d'« *opinion autorisée* »[403]. La position de ces autorités est perçue comme l'intervention d'un sapiteur dans un domaine où l'Etat s'estime impuissant ou incompétent.

102. Une analyse quantitative du nombre d'avis et de recommandations de ces autorités ne semble pas chose aisée. Déjà en 1998, Philippe Jestaz soulignait la difficulté de cet exercice[404]. Il est toutefois possible d'affirmer leur constante progression, au regard d'un indicateur : la prolifération des autorités administratives indépendantes. En effet, leur nombre a sans conteste augmenté, compte tenu de l'accélération de leur rythme de création. En 2001, le Conseil d'Etat dénombrait 34 autorités, 39 en 2006 et 42 en 2010. En juin 2006, un rapport relatif aux autorités administratives indépendantes « *estime nécessaire de rationaliser ce système des AAI, d'en contrôler la multiplication, d'en harmoniser certaines règles de fonctionnement et de renforcer les garanties d'indépendance et de contrôle démocratique* »[405]. De même, un rapport d'information sur ces autorités, remis le 28 octobre 2010, souligne que si leur utilité n'est plus à démontrer, il n'en demeure pas moins que la multiplication des AAI

---

[401] J.-M. Sauvé, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 2.
[402] A.-S. Barthez, « les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », *in Le droit souple*, Journées nationales, t. 13, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, février 2009, 190 p.
[403] P. Deumier, « Avis et recommandations au regard du droit positif », *RGDM* 2009, n°30, p. 36.
[404] P. Jestaz, « Rapport de synthèse », *in L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, 203 p.
[405] P. Gélard, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Assemblée nationale / Sénat, juin 2006, 585 p.

doit être maîtrisée afin d'éviter les doublons inutiles[406]. Cette rationalisation se traduit notamment par la création du Défenseur des droits qui regroupe quatre autorités, le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, le Comité national de déontologie de la sécurité (CNDS) et la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE)[407].

Dans la grande diversité des avis et recommandations produits, les recommandations médicales constituent un objet d'étude privilégié.

2. La détermination de la nature juridique des recommandations médicales

103. En première intention, les recommandations médicales semblent revêtir l'aspect de simples conseils prodigués aux médecins, sans force contraignante[408]. Elles sont généralement assimilées à du droit « *mou* », « *gazeux* », « *souple* »[409] ou encore appelé « *soft law* » qui se développe progressivement dans le domaine de la santé. Nous pourrions d'ailleurs établir un parallèle avec les recommandations de la Commission des Clauses Abusives (CCA), autorité administrative indépendante. La Cour de cassation rappelle que les « *recommandations ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation* »[410]. En 2006, cette analyse est partagée par le Conseil d'Etat qui, se positionnant sur les recommandations de cette commission, souligne qu'elle « *émet des recommandations, n'édicte pas des règles qui s'imposeraient aux particuliers ou aux autorités publiques mais se borne à inviter les professionnels concernés à supprimer ou modifier les clauses dont elle estime qu'elles présentent un caractère abusif* »[411].

104. L'analyse de la nature des recommandations médicales impose de s'intéresser à la Haute Autorité de Santé (HAS) qui est, par extension aux AAI, une autorité publique indépendante (API). La HAS est le fruit d'un regroupement entre l'Agence nationale d'Accréditation et d'Evaluation en Santé (ANAES) et deux commissions rattachées

---

[406] R. Dosière, C. Vanneste, *Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes*, AN, 28 octobre 2010, p. 7.

[407] Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO* n°0075 du 30 mars 2011, p. 5497 ; V. R. Dosière, C. Vanneste, *Rapport d'information sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information (n° 2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes*, AN, 1er décembre 2011.

[408] C.A. Orléans, 16 mars 1998, n°96003622 : « *La relative précocité de la seconde échographie* [...] *ne peut constituer une faute eu égard au caractère approximatif et non contraignant des recommandations émanant des références médicales opposables* ».

[409] C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

[410] V. Ph. Delebecque, obs. sous Cass. 1ère civ., 13 novembre 1996, *D.* 1997, p. 174 ; Cass. 1ère civ., 14 novembre 2006, *Bull. civ.* I, n°489.

[411] C.E., 16 janvier 2006, *Fédération du Crédit mutuel Centre-Est Europe*, n°274721, *Rec.* p. 995.

anciennement à l'Agence Française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) : la commission de la transparence (CT) et la commission d'évaluation des produits et prestations (CEPP). Conformément à ses missions définies à l'article L. 161-37 du Code de la sécurité sociale[412], la HAS « […] *rend des avis, formule des recommandations et propositions et prend les décisions mentionnées aux articles R. 161-71 à R. 161-75* »[413]. Dès lors, il semble pertinent d'analyser la nature juridique de ces recommandations et leur implication sur l'activité médicale.

D'emblée, il convient de distinguer, d'une part, les recommandations issues de la HAS et émises dans le cadre de la procédure d'inscription des produits de santé sur la liste des spécialités remboursables et, d'autre part, les recommandations de bonnes pratiques. Dans le premier cas, conformément à l'article R. 161-71, alinéa 3 du Code de la sécurité sociale, la HAS « *formule des recommandations* […] *sur le bien-fondé et les conditions de remboursement d'un ensemble de soins ou catégorie de produits ou prestations de soins* […] ». Dans le second cas, la HAS élabore des recommandations de bonnes pratiques à partir de critères scientifiques reconnus, au sens de l'article L. 162-12-15 du Code de la sécurité sociale. Les recommandations de bonnes pratiques 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* »[414]. Il s'agit d'outils d'aide à la décision pour le médecin face au « […] *dédale des informations scientifiques* »[415].

105. La question de la nature originelle de ces recommandations demeure prégnante. Si nous nous référons aux propos de Pierre Sargos, « *les Références Médicales Opposables, comme les recommandations de bonnes pratiques, ne peuvent être par principe, que la traduction des données acquises de la science* »[416]. Les recommandations de bonnes pratiques formaliseraient donc les données acquises de la science, visées par l'arrêt Mercier[417] et le

---

[412] Art. L. 161-37 du CSS.
[413] Décret n°2004-1139 du 26 octobre 2004 relatif à la Haute Autorité de Santé et modifiant le code de la sécurité sociale et le code de la santé publique, *JO* n°251 du 27 octobre 2004, p. 18102 ; Art. R. 161-70 du CSS.
[414] Institute of Medicine, Field MJ, Lohr KN, « Clinical practice guidelines. Directions of a new program »,Washington, National Academy Press, cité par HAS, *Elaboration de recommandations de bonnes pratiques. Méthode « recommandations pour la pratique clinique »*, décembre 2010.
[415] E. Caniard, *Les RBP, un outil de dialogue, de responsabilité et de diffusion de l'innovation*, Paris, La Documentation française, avril 2002, spéc. p. 7 et 10.
[416] P. Sargos, « Références médicales opposables et responsabilité des médecins », *Méd. et Dr.* 1998, p. 9-12, spéc. p. 10.
[417] Cass. 1ère civ., 20 mai 1936, *D.* 1936, p. 88 : « *Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs*

Code de la santé publique[418]. Ces données acquises de la science établissent une description des « *conduites les plus communément admises à un moment donné que le médecin doit suivre* »[419]. Elles émanent de différentes sources. Selon Pierre Sargos, « *une donnée médicale n'est une donnée acquise de la science qu'autant qu'elle est reçue par la partie la plus considérable de l'opinion scientifique* […] »[420]. La jurisprudence a progressivement souligné que les données acquises de la science peuvent émaner de livres classiques[421], de traités médicaux[422], d'articles de spécialistes[423] ou d'avis unanimes émis par les auteurs de manuels, traités ou articles[424]. Nous pourrions également ajouter les résultats des conférences de consensus[425], même si certains auteurs soulignent qu' « *elles ne concernent que des situations pour lesquelles aucun accord spontané n'existe dans la communauté médicale* » et ne représentent donc qu'« *une opinion parmi d'autres n'ayant aucune autorité propre* »[426].

En outre, les recommandations de bonnes pratiques de la HAS peuvent être les prémisses de textes législatifs et réglementaires. Caroline Mascret souligne d'ailleurs que la normalisation peut se traduire par l'intégration de recommandations sous la forme de décrets, d'arrêtés et de circulaires[427], qui revêtent un caractère impératif. Par des interventions législatives, ces recommandations prennent place progressivement dans l'ordre positif et s'imposent donc par leur mode de rédaction impérative. La loi peut ainsi contraindre le médecin à veiller à l'application des bonnes pratiques. C'est le cas notamment des médecins coordonnateurs qui interviennent dans un établissement hébergeant des personnes âgées

---

jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques […] *mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science* ».

[418] Art. R. 4127-32 du CSP : « *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* ».

[419] Cass. 1ère civ., 4 janv. 2005, n°03-14206.

[420] J. Carbonnier, note sous CA Angers, 14 décembre 1954, *D.* 1955, p. 745.

[421] Cass. 1ère civ., 13 mai 1959, *Bull. civ*., n°240, p. 202.

[422] Cass. 1ère civ., 27 octobre 1970, *Bull. civ.*, n°283, p. 232.

[423] Cass. 1ère civ., 23 mai 1973, *Bull. civ.*, n°180, p. 160.

[424] Cass. 1ère civ., 13 mai 1997, n°95-15.303.

[425] P. Sargos, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *JCP G* 2000, n°19, I, 226, p. 843.

[426] M. Penneau, J. Penneau, « Recommandations et responsabilité », *Méd. et Dr.* 1998, n°28, p. 5.

[427] C. Mascret, « Les données de la science face à leur normalisation par les autorités sanitaires », *Méd. et Dr.* 2008, p. 168 : « *Décret 94-1050 relatif aux conditions techniques de fonctionnement des établissements de santé en ce qui concerne la pratique de l'anesthésie ; arrêté du 5 mars 2004 portant homologation des recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations concernant la santé d'une personne et notamment l'accompagnement de cet accès ; circulaire du 24 avril 1967 relative aux autopsies et prélèvements* ».

dépendantes (EHPAD), soumis au respect de l'article D. 312-158 du Code de l'action sociale et de la famille[428].

106. Si les recommandations de bonnes pratiques ont pour vocation première d'aider le praticien dans sa décision face à un patient, elles exercent néanmoins une influence non négligeable sur l'exercice quotidien professionnel du médecin. Les décisions de justice proviennent essentiellement de la sphère administrative. En effet, les avis et les recommandations émanent principalement d'organismes collégiaux avec une compétence nationale. Les recours directs et indirects formés contre des avis et recommandations relèvent donc de la compétence du Conseil d'Etat.

En 2003, le professeur Gérard Mémeteau attirait l'attention sur ces recommandations d'un nouveau genre : « […] *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 impératifs* »[429]. La question de la valeur juridique à attribuer à ces recommandations demeure prégnante. Ces recommandations peuvent-elles fonder la décision du juge ? En d'autres termes, ces recommandations sont-elles source de responsabilité pour le médecin, nonobstant la liberté de prescription du médecin ? [430]

Dans un premier temps, le juge s'est référé aux recommandations médicales afin de vérifier si le médecin s'est conformé à ses obligations et si aucune faute n'a été commise. Dans un arrêt du 12 janvier 2005, le Conseil d'Etat confère, de manière inédite, une valeur juridique à une recommandation de bonnes pratiques, émise par la HAS, en l'incluant dans la catégorie des « *données acquises de la science* ». En l'espèce, la Section des assurances sociales du Conseil National de l'Ordre des Médecins condamne un praticien gynécologue à quatre mois d'interdiction d'exercice dont un mois avec le bénéfice du sursis pour s'être « *abstenu de prescrire le dépistage systématique du cancer du col utérin chez ses patientes âgées de 25 à 65 ans et le renouvellement tous les trois ans de cet examen* »[431]. Le Conseil d'Etat confirme la décision de la Section des assurances sociales, considérant que le praticien n'a pas « *tenu compte des données acquises de la science telles qu'elles résultent notamment*

---

[428] Art. D. 312-158, al. 5 du CASF : « […] *veille à l'application des bonnes pratiques gériatriques, y compris en cas de risques sanitaires exceptionnels, formule toute recommandation utile dans ce domaine et contribue à l'évaluation de la qualité des soins* ».
[429] G. Mémeteau, *Cours de droit médical, op. cit.*, p. 224.
[430] Art. R. 4127-8 du CSP et L. 162-2 du CSS.
[431] SAS, 11 février 2003, D^r K, n°3647.

des recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'ANAES »[432]. Le Conseil d'Etat fait donc usage d'une recommandation médicale pour qualifier une faute disciplinaire.

Dans un second temps, le juge s'est prononcé sur la possibilité d'attribuer à ces recommandations un caractère de décision faisant grief. Dans un arrêt du 26 septembre 2005, le Conseil d'Etat rappelle que ces recommandations, même si elles ne sont pas obligatoires *a priori*, peuvent être qualifiées d'« *actes décisoires* » dès lors qu'elles contiennent des mentions ou des dispositions au caractère impératif. En l'espèce, le Conseil d'Etat a souligné que « […] *si les recommandations de bonnes pratiques ainsi définies, qui visent normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales, n'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la santé, le caractère de décision faisant grief, elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative* […] »[433].

Dès lors, il apparaît que la position du juge administratif consiste en l'application de la jurisprudence Duvignères relative aux circulaires[434]. En l'espèce, le rapporteur public avait reconnu comme critères d'impérativité d'une circulaire « *les termes employés, le ton général, le contexte, la volonté de l'auteur, la perception par les destinataires et* […] *la marge d'appréciation laissée au destinataire* »[435]. Le caractère obligatoire de la recommandation lui confère une valeur normative[436]. En d'autres termes, les recommandations ayant un caractère impératif de par leur rédaction constitueraient une nouvelle obligation à la charge du médecin et pourraient donc lui être opposables.

Le 12 octobre 2009, le Conseil d'Etat tranche différemment la question de la valeur juridique de ces recommandations et leur possible contestation. En l'espèce, la HAS avait émis une recommandation relative au vaccin Gardasil®, sur son site internet, conformément à l'article R. 161-71 du Code de la sécurité sociale. Le Conseil d'Etat a considéré que « *cette*

---

[432] C.E., Sous-sect., 12 janvier 2005, *Kerkerian, médecin conseil près de la caisse primaire d'assurance maladie des Bouches-du-Rhône*, n°256001, *Rec*. p. 20 ; Note J.-P. Markus, *AJDA* 2005, p. 1008 ; Obs. J. Moret-Bailly, *RDSS*, 2005, p. 496.
[433] C.E., Sous-sect., 26 septembre 2005, *Conseil National de l'Ordre des Médecins*, n°270234, *Rec*. p. 395 ; J.-P. Markus, *AJDA* 2006, n° 6, p. 308.
[434] P. Deumier, « Avis et recommandations au regard du droit positif », *op. cit*., p. 40.
[435] C.E., Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n°233618, *Rec*. p. 463 ; V. C. Groulier, « L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexions sur un "sésame contentieux" », *RFDA* 2008, n°5, p. 941.
[436] S. Czuwak, « Chroniques de jurisprudence », *JuriSanté actualités*, n°52, décembre 2005.

recommandation n'est qu'un simple avis sans aucun effet contraignant»[437]. Il lui a donc ôté toute opposabilité. De plus, il a considéré que cette recommandation est insusceptible de recours pour excès de pouvoir.

Cependant, le 27 avril 2011[438], le Conseil d'Etat adopte une position différente. En l'espèce, l'Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP) avait demandé à la HAS d'abroger une recommandation professionnelle qu'elle avait émise sur le traitement médicamenteux du diabète de type 2. L'association considérait ainsi que la HAS n'avait pas respecté les règles de gestion des conflits d'intérêts. La HAS refusant de retirer cette recommandation, l'Association saisit le Conseil d'Etat qui considère que les recommandations doivent être assimilées à des décisions faisant grief, susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. D'autre part, la Haute juridiction administrative enjoint la HAS d'abroger cette recommandation, au vu de la méconnaissance du principe d'impartialité. La HAS se conforme à cette décision le 2 mai 2011. Le Conseil d'Etat semble donc revenir aux décisions de justice antérieures, sans cette fois, apprécier la rédaction impérative de la recommandation. En effet, d'une part, il fonde sa décision sur le fait que « *les recommandations ont pour objet de guider les professionnels de soins dans la définition et la mise en œuvre des stratégies de soins les plus appropriées, sur la base des connaissances médicales avérées à la date de leur édiction* » et d'autre part, sur le fait que « *les professionnels de santé ont l'obligation déontologique d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces décisions* »[439].

107. « *Le fort potentiel de juridicité* »[440] de ces recommandations semble donc incontestable. Même si ces recommandations ne sauraient contrevenir à la liberté de prescription et au principe d'indépendance inhérents à l'activité médicale, le médecin, non dans l'obligation de suivre une recommandation, doit nécessairement la prendre en considération afin de décider si elle est adaptée ou non à une situation médicale. En cas de litige, le praticien doit être en mesure d'expliquer pourquoi il a jugé que la recommandation

---

[437] C.E., 12 octobre 2009, *Sté Laboratoires GlaxoSmithKline Biologicals*, n°322784 ; Note C. Mascret, *RDSS* 2010, p. 165.
[438] C.E., 27 avril 2011, *Association Formindep*, n°334396 ; C. Landais, *AJDA* 2011, p. 1326 ; Note A. Laude, *D.* 2011, p. 2565 ; Note J. Peigné, *RDSS* 2011, p. 483.
[439] V. M.-L. Moquet-Anger, « Brevet de juridicité et contrôle de légalité des recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé (HAS) », *JCP A*, 17 octobre 2011, n°42, 2321.
[440] *Ibid.*

n'était pas applicable au patient, ce que la jurisprudence a rappelé notamment en ces termes : *« il est du devoir du médecin de s'écarter des usages lorsque l'intérêt du patient l'exige* »[441]. La question qui se pose est celle de la possible autonomie de ces recommandations qui constitueraient un nouveau référentiel d'appréciation de la faute dans les prétoires, à la place des données acquises de la science, à l'instar de la théorie que développe Patrick Grosieux[442].

La normalisation de l'activité constitue un premier signe pathognomonique d'immixtion croissante du droit dans l'activité médicale. Elle est accompagnée d'un mouvement de recours systématique au droit.

B. LE RECOURS DÉVOYÉ À LA LOI

108. La loi constitue une « *règle de droit suprême* »[443] dans la hiérarchie de droit positif. Elle comprend « *toute disposition de caractère général, abstrait et permanent* »[444]. Si « légiférer *devient parfois une nécessité puisque la loi a pour finalité non seulement de maintenir les grands équilibres d'une société, mais aussi de protéger ceux qui ont besoin de l'être* »[445], le nombre de lois s'accroît avec une utilité parfois relative. Par conséquent, les conditions dans lesquelles naît une loi ont évolué : la loi apparaît davantage comme une réponse à un problème donné que comme une solution[446] ou encore comme une réponse aux attentes de l'opinion publique[447]. Aussi envisagerons-nous de porter notre regard sur le phénomène de recours systématique à la loi (1) avant de déceler des hypothèses de justification (2).

---

[441] D. Stingre, « Normes professionnelles : connaissances scientifiques et recommandations médicales », *in Lamy Droit de la santé*, t. 1, éd. 2012, fasc. n°171-7.
[442] P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, Paris, P.U.F, 2003, p. 459 : « *Ces recommandations soumettent la médecine à un processus de normalisation qui marque le passage définitif d'une médecine forte des données acquises de la science à une médecine de références où les médecins deviennent des exécutants sanctionnables* ».
[443] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Loi », *op. cit.*
[444] *Ibid.*
[445] C. Huriet, *Débat parlementaire sur les lois de bioéthique*, 1994.
[446] G. Carcassonne, « Penser la loi », *Pouvoirs*, 2005, n°114, p. 40.
[447] *Id.*, p. 41.

1. La systématisation du recours à la loi

109. Le Conseil constitutionnel considère que la qualité de la loi est liée à la qualité des débats[448]. En effet, la qualité d'une loi est « *liée aux conditions dans lesquelles le débat parlementaire a eu lieu, en particulier au respect des règles de procédure* »[449]. Conformément à l'article 45 de la Constitution, le gouvernement peut utiliser la procédure accélérée[450]. Cette dernière induit notamment l'annulation du délai de six semaines entre le dépôt du texte et son examen en séance en première lecture mais également la lecture unique de chaque assemblée sur le texte, supprimant ainsi la navette entre les deux assemblées.

110. Si la procédure accélérée s'avère nécessaire dans des circonstances exceptionnelles qui justifient l'urgence, force est de constater que cette procédure est utilisée abusivement. Le constat d'un recours systématique à la loi que nous pourrions qualifier d'« *hyper-réactivité* »[451] se traduit par l'intervention croissante du législateur dès qu'un événement se produit. Les statistiques du Sénat mettent ainsi en exergue qu'« *en 2008-2009 (du 1er octobre 2008 au 30 septembre 2009), le gouvernement a déclaré l'urgence à 16 reprises jusqu'au 1er mars 2009 puis a engagé la procédure accélérée à 18 reprises soit un total de 34, chiffre inégalé depuis 1992, au 4ème rang depuis 1958* »[452]. Il en résulte que l'« *on assiste bien à une utilisation de plus en plus systématique de l'urgence par le gouvernement, de façon à accélérer l'adoption de ses projets* »[453].

En outre, il semblerait qu'il y ait une utilisation dévoyée de cette procédure accélérée pour certains textes dont le caractère urgent n'est pas patent. Ainsi, la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a été adoptée selon la procédure d'urgence[454] alors même que le temps de réflexion et d'élaboration du projet de loi fut long (de 1999 à 2001) et qu'ont été déposés plus de 400 amendements au Sénat, en première lecture. Le vote

---

[448] C.C., 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, n°2005-512 DC du 21 avril 2005, *Rec*. C.C., p. 72, *JO* du 24 avril 2005, p. 7173 ; C.C., 13 octobre 2005, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, n°2005-526, *Rec*. CC, p. 144, *JO* du 20 octobre 2005, p. 16610.
[449] Sénat, *La qualité de la loi*, Les Documents de travail du Sénat, n°3, octobre 2007, p. 52.
[450] Art. 20 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème république, *JO* n°0171 du 24 juillet 2008, p. 11890. La procédure accélérée d'adoption d'une loi remplace l'ancienne déclaration d'urgence.
[451] G. Devers, « L'hyper réactivité de la loi », *DDS* 2008, vol. 8, n°4, p. 411.
[452] Sénat, *La séance plénière et l'activité du Sénat. Année parlementaire 1er octobre 2008-30 septembre 2009*, 2009.
[453] *Ibid*.
[454] Loi adoptée selon l'ancienne procédure d'urgence.

de cette loi dans la précipitation a pu entraver « […] *le recul et la réflexion indispensables à l'exercice serein du pouvoir législatif* […] »[455].

Enfin, le rapport annuel de contrôle de l'application des lois met en exergue que l'adoption d'une loi, selon la procédure accélérée, ne garantit pas systématiquement une entrée en vigueur, notamment lorsque les décrets d'application tardent à paraître[456]. Ainsi, la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires qui a fait l'objet d'une procédure accélérée contient 209 dispositions appelant un décret. Au 31 décembre 2010, 147 dispositions avaient reçu application soit un taux de 70 %[457].

Dès lors, il convient de déterminer les motifs qui sous-tendent ce recours systématique à la loi.

2. Les hypothèses étiologiques

111. La loi naît de demandes sociales croissantes tant elle est perçue comme « […] *une solution, une garantie ou, en quelque sorte, une thérapeutique* »[458]. Elle détiendrait des pouvoirs de par sa force symbolique. Le Doyen Carbonnier évoquait déjà cette idée lorsqu'il soulignait qu'« *à peine apercevons-nous le mal que nous exigeons le remède ; et la loi est, en apparence, le remède instantané. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la législation. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait. Il faudrait beaucoup de courage à un gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique* »[459]. L'écriture de certaines lois s'effectue alors dans la précipitation guidée par des contraintes extérieures.

112. Dans un premier temps, l'urgence législative peut être justifiée par le drame. Dans le cadre de l'affaire du sang contaminé, Marie-Angèle Hermitte souligne, à juste titre, que « *le drame implique la loi* »[460]. L'intervention du législateur est ainsi rendue nécessaire par sa

---

[455] CNCDH, *Avis sur l'élaboration des lois*, Assemblée plénière, 15 avril 2010, p. 3. Consulté sur : *http://www.cncdh.fr*, le 18 février 2011.
[456] Sénat, *Rapport annuel de contrôle de l'application des lois 2009*, Paris, 16 décembre 2009, 107 p.
[457] Légifrance, *XIIIème législature : bilan semestriel au 31 décembre 2010 de l'application des lois promulguées au 30 juin 2010*, 2010, p. 3.
[458] C.E., *Rapport public 1991*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 259.
[459] J. Carbonnier, « Essais sur les lois », *Defrénois* 1978, p. 276.
[460] M.-A. Hermitte, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine, op. cit.*, p. 201.

capacité à cicatriser la plaie[461]. La loi 91-1406 du 31 décembre 1991, qui crée un fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, a été votée dans un contexte de vive émotion, faisant suite au scandale du sang contaminé[462]. Elle prévoit l'indemnisation des victimes de préjudices suite à la contamination par le VIH causés par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang. Force est de constater que la promulgation de cette loi intervient dans un contexte d'urgence soit onze jours après les jugements du Tribunal administratif de Paris qui reconnaissent la responsabilité de l'Etat et acceptent d'indemniser des victimes hémophiles qui ont subi une contamination entre le 12 mars 1985 et le 1er octobre 1985[463]. De même, la promulgation de la loi 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie dite « *Léonetti* »[464] a été précédée d'un contexte de vive émotion. La proposition de loi est en effet le reflet des travaux de la mission d'information créée en octobre 2003, à la suite du décès d'un jeune tétraplégique qui réclamait le droit de mourir dans la dignité.

113. Dans un second temps, l'urgence législative peut être justifiée par des pressions du monde politique, des médias ou de l'opinion publique ce que Guy Carcassonne traduit par l'idée que « *tout sujet d'un "vingt heures" est virtuellement une loi* »[465]. Dans le champ médical se profilent ainsi des illustrations d'urgence législative. En réaction à la jurisprudence de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 qui reconnaît l'action en réparation d'un préjudice qui consiste en la naissance d'un enfant handicapé[466], vont émerger de nombreuses opinions émanant de juristes mais également de l'opinion publique. De cet arrêt découle le principe que « *certaines vies ne valent pas la peine d'être vécues* »[467]. Cette décision est vécue par les médecins comme un frein au recours aux techniques de dépistage prénatal, sous peine de voir leur responsabilité engagée. En outre, il a pu être perçu au travers de cette jurisprudence un risque de dérive vers des pratiques eugéniques. Cet arrêt signe le passage « […] *de la dépénalisation partielle de l'avortement afin de protéger l'autonomie de la femme à la promotion de l'avortement eugénique* »[468]. Sous la pression notamment du corps

---

[461] AN, 26 novembre 1992, 1ère et 2ème séances, *JO* du 27 novembre 1992.
[462] Loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* du 4 janvier 1992, p. 178.
[463] E. Stahlberger, concl. sous T.A. Paris, 20 décembre 1991, *M.D, M.G, M.B, RFDA* 1992, p. 566.
[464] Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JO* n°95 du 23 avril 2005, p. 7089.
[465] G. Carcassonne, « Penser la loi », *op. cit.*, p. 39.
[466] Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *préc*.
[467] Exposé des motifs de la proposition de loi n°442 de M. Claude Huriet et plusieurs de ses collègues visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né ».
[468] C. Labrusse-Riou, B. Mathieu, « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *D.* 2000, n°44, p. 4.

médical et des assureurs dont la crainte était basée sur l'augmentation du nombre de mises en cause et l'augmentation du montant des primes d'assurance, le législateur intervient et met fin à cette jurisprudence. Le titre I de la loi du 4 mars 2002[469], intitulé « *solidarité envers les personnes handicapées* », dispose ainsi dans son article 1er, alinéa 1 que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ».

Ces dispositions, prises dans l'urgence et dans un contexte de controverses juridiques, ont d'ailleurs fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, le dernier alinéa du I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002, codifié à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles par la loi du 11 février 2005[470], prévoit l'application immédiate du nouveau dispositif « *aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi* […] *à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* ». Saisi par le Conseil d'Etat le 14 avril 2010, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition législative le 11 juin 2010[471], au motif qu'elle serait contraire à la Constitution, conformément à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

La normalisation de l'activité médicale ainsi que le recours dévoyé à la loi nous amènent à réfléchir au phénomène d'hypertrophie normative qui peine à être maîtrisé.

---

[469] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc*.
[470] Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO n°36 du 12 février 2005, p. 2353.
[471] C.C., 11 juin 2010, *Madame Viviane L.*, n°2010-2 QPC, *JO* 12 juin 2010, p. 10847 ; Note I. Gallmeister, *D*. 2010, p. 1976 ; Note V. Bernard, L. Gay, *D*. 2010, p. 1980 ; C. de Salins, *RFDA* 2010, p. 696 ; Colloque R. Pellet, *RDSS* 2010, p. 127 ; V. Larribau-Terneyre, *Dr. famille*, n°7, juillet 2010, repère 7 ; Obs. P. Puig, *RTD civ*. 2010, p. 157.

§2. Une hypertrophie normative non stabilisée

114. L'inflation normative, production croissante de normes législatives et réglementaires, n'est pas un phénomène nouveau. Au premier siècle, Tacite la signalait déjà par cette formule « *plurima lèges corruptissima respublica* »[472] dont la traduction serait « *le signe auquel on reconnaît la décomposition d'un Etat est la surabondance de ses lois* »[473]. Au 16ème siècle, Montaigne dénonçait la situation française d'avoir « […] *plus de lois que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait pour régler le monde* »[474]. Au 18ème siècle, Montesquieu soulignait que « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »[475]. De même, Jean-Etienne-Marie Portalis, juriste et philosophe, s'interrogeait sur le nombre de lois nécessaires à une nation. Au 19ème siècle, Chateaubriand affirmait que « *c'est un vice capital de notre législation que les articles innombrables et les projets de lois : ils amènent de force des discussions interminables et des amendements sans fin* »[476].

115. Ces différentes réflexions semblent toujours d'actualité. La thématique de l'inflation normative constitue une question récurrente contemporaine, eu égard à son traitement dans les rapports de l'OCDE[477], de ceux des communautés européennes[478] ou encore dans les rapports publics du Conseil d'Etat[479]. Elle fait également l'objet de nombreux écrits, qu'il s'agisse d'ouvrages spécialisés ou d'articles doctrinaux[480]. Un article incontournable du Doyen René Savatier, en 1977, fait ainsi état d'une inflation, « *indigestion du corps social* », pour désigner

---

[472] Tacite, *Annale*s, L. III 27.
[473] P. Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005, n°114, p. 134.
[474] Montaigne, *Essais*, III, 13.
[475] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, LXXIX, ch. 16.
[476] F.-R. de Châteaubriand, « De la monarchie selon la charte », *in Grands écrits politiques*, t. 2, Paris, Jean-Paul Clément, 1993, p. 458.
[477] V. OCDE, « L'amélioration du respect de la réglementation : stratégie et applications pratiques dans les pays membres », Paris, n°3, 1993 ; OCDE, « Rapport de synthèse sur la réforme de la réglementation », Paris, 1997.
[478] V. Commission des Communautés Européennes, *Gouvernance européenne : un livre blanc*, Bruxelles, 2001, 428 final ; Commission des Communautés Européennes, *Améliorer l'environnement réglementaire*, 2001, 726 ; Commission des Communautés Européennes, *La gouvernance européenne : mieux légiférer*, Bruxelles, 2002, 275-278 final ; Commission des Communautés Européennes, *Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire*, Bruxelles, 2003, 71.
[479] C.E., *Rapport public 1991*, *op. cit.*, 416 p. ; C.E., « la sécurité juridique et la complexité du droit », *in Rapport public 2006*, Paris, la Documentation française, 2007, 416 p.
[480] R. Vanneuville, « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlements. Revue d'histoire politique*, 2009, vol. 1, n°1, p. 82 ; V. également : E. Grass, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RD publ.* 2003, n°1, p. 139-162 ; G. Hispalis, « Pourquoi tant de lois », *Pouvoir*s, 2005, n°114, p.101-115 ; A. Holleaux, « La fin des règles générales », *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, juillet-septembre 1976, n°39, p. 419-451 ; D. Latournerie, « La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs sur son élaboration », *Revue administrative*, novembre-décembre 1981, n°204, p. 591-595 ; P. Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *op. cit.*, p. 131-137.

l'accroissement des normes juridiques[481]. Le Doyen Carbonnier évoque également la notion d'« *inflation du droit* » et plus précisément d'« *inflation des lois* » qu'il assimile à « *une forme de dérèglement du droit* »[482]. Enfin, elle constitue une thématique dont se saisissent les hommes politiques lors de discours officiels[483], à l'instar de la cérémonie des vœux[484].

Les considérations plus récentes de ce phénomène demeurent similaires : « *nous sommes intoxiqués par la loi* »[485], « *Conseil d'Etat : trop de lois tuent l'Etat de droit* »[486]. Le constat de ce phénomène semble donc acquis dans les différents discours. Jean Bourdon et Jean-Paul Négrin affirment qu' « *il n'est pas douteux qu'il y a en France une inflation législative et réglementaire* »[487] et s'inspirant de Bruno Latour, Rachel Vanneuville utilise l'expression de « *boîte noire* » pour souligner que l'existence de l'inflation normative « […] *est posée aujourd'hui à la fois comme une évidence et comme un constat difficilement discutable* »[488]. Si le constat d'une inflation normative semble indéniable, eu égard à sa banalisation dans les différents discours, il nous semble opportun d'apporter des éléments tangibles à son existence (A) avant de déterminer les réponses qui ont été apportées pour enrayer ce phénomène (B).

A. LA MESURE DE L'ÉTENDUE DU PHÉNOMÈNE

116. La mesure du phénomène d'inflation normative pose nécessairement la question des données à recueillir et à analyser pour établir un tel constat. Le Doyen Carbonnier soulignait ainsi qu'« *une inflation, très sèchement, ça doit pouvoir se chiffrer* »[489]. Pour certains auteurs, l'inflation doit être mesurée au regard du nombre croissant de lois votées mais également de leur taille qui s'allonge[490]. Dans cette hypothèse, une mesure quantitative et objective de l'inflation consiste donc à comparer « [...] *le volume des règles existant à un moment donné et*

---

[481] R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron., p. 43.
[482] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V*ème *république*, Paris, Flammarion, 1996, spéc. p. 106-114.
[483] V. Auteur inconnu, « Debré veut stopper l'inflation législative », *La Tribune*, 19 janvier 2005, p. 5.
[484] V. P. Mazeaud, « Vœux du Président du Conseil Constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République le 3 janvier 2005 à l'Elysée », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, juillet 2005.
[485] Auteur inconnu, « Nous sommes intoxiqués par la loi », *Le Point*, 16 mars 2006.
[486] Auteur inconnu, « Conseil d'Etat : trop de lois tuent l'Etat de droit », *Libération*, 16 mars 2006.
[487] J. Bourdon, J.-P. Négrin, « L'inflation réglementaire en France », *in L'inflation législative et réglementaire en Europe*, Paris, CNRS, 1986, p. 80.
[488] R. Vanneuville, « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *op. cit.* ; V. en ce sens : B. Latour, *La Science en action*, Paris, La Découverte, 1995, 663 p.
[489] J. Carbonnier, « Essai sur les lois », *Defrénois* 1995, p. 308.
[490] G. Hispalis, « Pourquoi tant de lois », *op. cit.*

le volume observé à un autre moment »[491]. Les rapports publics du Conseil d'Etat constituent, à cet effet, une source incontournable d'informations relatives à l'étendue de cette inflation.

117. L'adoption d'un nombre croissant de textes concourt à l'identification d'une inflation normative. Le volume croissant du nombre d'articles des codes constitue un indice d'inflation, ce que souligne Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat : « *pour ne coter qu'un seul élément d'évaluation de cette inflation normative, on indiquera que le premier code de la santé, en 1953, comportait 792 articles. Il en comportait en juillet 2007, 9 672, soit une multiplication de son volume par un facteur 12 en un demi-siècle* »[492]. Les derniers chiffres relatifs au code de la santé publique et publiés par Légifrance font état de 10 000 articles[493]. En outre, le nombre de décrets est passé de 1 283 en 2000 à 1 834 en 2007 soit une progression de près de 43 %. Cependant, le nombre de lois reste relativement stable puisqu'il est passé de 44 en 2000 à 40 en 2007.

118. D'autre part, l'inflation normative se manifeste par un allongement de la longueur des textes législatifs et réglementaires. Le nombre croissant de mots et de signes qu'ils contiennent corrobore cette idée. En atteste ainsi le Code de la santé publique dont le nombre de mots et de signes a subi une évolution de 13 % entre 2005 et 2007[494]. Le rapport public de 2006 indique que le Journal Officiel qui, dans les années 1980, comportait annuellement 15 000 pages, en comporte désormais 23 000[495]. Au même titre, l'analyse du volume du recueil des lois constitue également un indicateur de la longueur croissante des textes législatifs ce que souligne Bertrand Mathieu pour illustrer l'évolution chronologique : « *le recueil des lois, publié par l'Assemblée nationale, était composé de 418 pages en 1960, de 862 pages en 1975, de 1 263 pages en 1985 et d'environ 1 800 pages en 2000* »[496]. L'allongement des textes adoptés est illustré notamment au travers des exemples de la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique (218 pages), de la loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (119 pages) et de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (99 pages)[497].

---

[491] J. Bourdon, J.-P. Négrin, « L'inflation réglementaire en France », *op. cit.*, p. 79.
[492] J.-M. Sauvé, « Les évolutions du code de la santé publique », *RDSS* 2008, p. 409 et s.
[493] « Evolution du volume des codes en 2008 ». Consulté sur : *http://www.legifrance.fr*, le 14 mars 2011.
[494] « *Le code de la santé publique contenait en 2005, 988 762 mots et en 2007, 1 118 672 mots. Le nombre de signes contenus dans ce même code est passé de 6 258 864 signes en 2005 à 7 081 196 signes en 2007* ». Consulté sur *: http://www.legifrance.fr*, le 14 mars 2011.
[495] C.E., *Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 265.
[496] B. Mathieu, *La loi*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1994, 142 p., spéc. p. 71.
[497] CE, *Rapport public 2006, op. cit.* ; V. Ass. Nat., *Recueil des lois. Résolutions*, 2004, 833 p.

119. Le rapport public du Conseil d'Etat de 2006 considère également que l'accroissement du nombre d'amendements, examinés chaque année par l'Assemblée Nationale et le Sénat, participe à l'augmentation du volume des textes, symptôme de l'inflation normative. Ainsi, pour la période 1990 à 2003-2004, le nombre total d'amendements est passé de 16 039 à 37 471[498]. A titre d'illustration, le projet de loi initial portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires comportait 33 articles[499]. Publiée au journal officiel du 22 juillet 2009, la loi telle que promulguée comporte 135 articles[500]. En première lecture du projet de loi, l'Assemblée nationale et le Sénat ont examiné respectivement 1 973 et 1 295 amendements.

120. Enfin, la longueur des textes est caractérisée par la pratique récurrente d'ajout d'une annexe à la loi[501] qui allonge d'autant plus sa taille, ce qui est le cas par exemple de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique[502] qui comprend, en sus des 158 articles, une annexe de vingt pages relative aux objectifs de santé publique. Ces rapports annexés doivent être distingués de la loi en elle-même et ne peuvent donc subir le même traitement, notamment en matière d'amendement, ce qui, le cas échéant, pourrait constituer une cause d'inflation normative[503].

La mesure de la prolifération normative soulève la question des moyens qui ont été mis en œuvre par les pouvoirs publics pour la maîtriser.

---

[498] C.E., *Rapport public 2006, op. cit.*
[499] Texte n°1210 rectifié de Madame Roselyne Bachelot-Narquin, Ministre de la santé et des sports, AN, 22 octobre 2008.
[500] Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009, *préc.*
[501] *Infra n°156.*
[502] Loi n°2004-806 du 9 août 2004, *préc.*
[503] G. Hispalis, « Pourquoi tant de lois ? », *op. cit.*, p. 106.

B. L'étude d'impact, tentative de maîtrise de l'inflation

121. Loin de considérer l'hypertrophie normative comme une fatalité, les pouvoirs publics ont tenté d'apporter des remèdes à ce phénomène, parmi lesquels figure l'étude d'impact sur laquelle nous porterons principalement notre regard dans ce développement[504].

122. Depuis la loi organique du 15 avril 2009[505], tout projet de loi[506] déposé devant le parlement doit être accompagné d'une étude d'impact, c'est-à-dire un document qui détermine notamment « *les objectifs poursuivis par le projet de loi* », « *les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées* », « *les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles* » ou encore « *les motifs du recours à une nouvelle législation* »[507]. Une circulaire du 15 avril 2009 complète ce dispositif ; elle souligne notamment qu'une étude d'impact « *doit être engagée dès le stade des réflexions préalables sur le projet de réforme* »[508].

Déjà dans les années 1990, des circulaires soulignaient la nécessité de rédiger des études d'impact[509]. Le rapport d'Edouard Balladur, en 2007, proposait d'« *assortir les projets de lois d'une étude d'impact préalable analysant avec une précision suffisante les raisons pour lesquelles, compte tenu des effets de la législation existante, il est utile de légiférer de nouveau* »[510]. En outre, les orientations du Conseil de modernisation des politiques publiques, en décembre 2007, indiquaient la place prépondérante de l'étude d'impact dans l'élaboration des lois[511]. De même, le rapport Warsmann relatif à la simplification des lois soulignait dans

---

[504] Sur la contribution des études d'impact à la diminution du nombre de lois, v. notamment P.-Y. Gahdoun, « L'amélioration de la fabrication des lois », *AJDA* 2008, p. 1872 ; J.-J. Hyest, *Rapport n°196 (2008-2009) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, Sénat, 4 février 2009, p. 16.

[505] Loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *JO* n°0089 du 16 avril 2009, p. 6528

[506] Art. 11 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009, *préc.* : « *L'article 8 n'est pas applicable aux projets de révision constitutionnelle, aux projets de loi de finances, aux projets de loi de financement de la sécurité sociale, aux projets de loi de programmation visés au vingt et unième alinéa de l'article 34 [sur les orientations pluriannuelles des finances publiques] ainsi qu'aux projets prorogeant des états de crise* ».

[507] Art. 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009, *préc.*

[508] Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure législative), *JO* n°0089 du 16 avril 2009, texte n°5.

[509] Circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, *JO* n°279, 1er décembre 1995, p. 17566 ; Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, *JO* n°31, 6 février 1998, p. 1912.

[510] Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 38 et s.

[511] Premier Conseil de modernisation des politiques publiques, « mesure 87 », 12 décembre 2007. Consulté sur : *http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/archives/dossiersdepresse/cmpp071212/som_cmp.php*, le 3 avril 2011.

quelle mesure l'étude d'impact « *s'impose comme une contrainte forte de la qualité du droit* »[512]. Enfin, des organisations internationales recommandaient à maintes reprises une obligation d'étude d'impact[513].

123. La lecture des motifs du projet de loi organique nous permet d'appréhender les objectifs initiaux de l'étude d'impact : « *améliorer la qualité de la loi* » et « *renforcer l'efficacité du travail parlementaire* »[514]. Elle doit donc être considérée tel un « *outil de décision permettant d'analyser les retombées potentielles de l'action publique et de communiquer en temps utile cette information aux décideurs, voire, le cas échéant, au public* »[515]. Leur rédaction présente des avantages considérables. D'une part, la mesure des incidences d'un projet de loi est bénéfique à l'appréciation de la quantité des dispositions législatives à venir[516]. D'autre part, elle garantit la confiance des citoyens et, par conséquent, le bénéfice d'une plus grande légitimité par la réalisation d'un travail d'expertise, *a priori*[517]. Jean Sirinelli souligne, à cet effet, que « *l'effort de justification qu'induit une telle évaluation ex ante témoigne du besoin de légitimation renouvelé de l'intervention publique* »[518].

En définitive, l'étude d'impact est un « *outil d'aide à la décision* »[519], une « *procédure de production de la réglementation* »[520] dont les données quantitatives permettent de « *parer les solutions* […] *d'une apparence de bien-fondé et d'incontestabilité* »[521]. Trois ans après sa mise en œuvre, l'étude d'impact permet d'identifier

---

[512] J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Paris, La Documentation française, février 2009, p. 23.

[513] V. OCDE, *Analyse d'impact de la réglementation dans les pays de l'OCDE. Séminaire régional sur le renforcement des capacités : les outils et les politiques réglementaires*, 15 et 16 février 2007. Consulté sur : *http://www.oecd.org/fr/*, le 5 mars 2011 ; Commission européenne, *Mieux légiférer*. Consulté sur : *http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_fr.htm*, le 5 mars 2010.

[514] Projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, 12 décembre 2008, n°1314, exposé des motifs, p. 2.

[515] C.E., Secrétariat général du gouvernement, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris, la Documentation française, 2005, p. 13.

[516] B. Léo-Combrade, « A qui profite l'étude d'impact ? », VIIIème Congrès national de l'AFDC, Communication pour l'atelier n°6 : aspects institutionnels nationaux, p. 2.

[517] *Ibid*.

[518] J. Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RD publ.* 2010, n°5, p. 1373.

[519] Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle, (procédure législative), *JO* n°0089 du 16 avril 2009, texte n°5 ; V. également OCDE, *Regulatory Impact Analysis. A tool for policy coherence*, 2009.

[520] OCDE, *Analyse d'impact de la réglementation dans les pays de l'OCDE. Séminaire régional sur le renforcement des capacités : les outils et les politiques réglementaires, op. cit.*

[521] J. Chevallier, D. Lochak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP* 1982, p. 94.

l'état du droit et d'écarter les mesures qui peuvent passer par voie réglementaire[522], ce qui contribue nécessairement à l'objectif d'endiguement de l'inflation normative. Depuis 2009, près de 93 études d'impact ont été réalisées[523]. A titre d'illustrations, nous pouvons citer celle sur le projet de loi relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé[524] et celle sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge[525].

124. Toutefois, nous pouvons nous interroger sur l'efficacité des études d'impact, au regard du phénomène d'inflation normative qu'elle est censée maîtriser. Il convient ainsi de s'intéresser au respect de l'obligation d'étude d'impact. Certes, l'article 39 alinéa 4 de la constitution offre la possibilité à la Conférence des présidents de la première assemblée de refuser l'inscription à l'ordre du jour d'un projet de loi qui ne respecterait pas les conditions relatives à l'étude d'impact et notamment de saisir le Conseil constitutionnel[526]. Cependant, cette sanction de non inscription d'un projet de loi à l'ordre du jour s'avère « *illusoire* »[527]. En effet, la Conférence des présidents dispose uniquement d'un délai de dix jours à compter du dépôt du projet de loi pour constater le non respect de l'obligation d'étude d'impact[528]. D'autre part, il semblerait que l'obligation d'étude d'impact ne revête aucun caractère coercitif. Il s'agit davantage d'un mécanisme d'« *autodiscipline* » ou encore « *une obligation que la majorité parlementaire et le gouvernement s'imposent à eux-mêmes* »[529]. Enfin, nous pouvons nous interroger sur la pertinence de confier la rédaction des études d'impact au gouvernement alors même qu'il est l'auteur d'un « *activisme normatif* »[530]. La responsabilité

---

[522] L. Jariel, M. Audubert-Quenot, « Réforme des institutions : trois ans après », Interview, Ministère de la justice, 11 octobre 2011. Consulté sur : *http://www.textes.justice.gouv.fr*, le 14 avril 2012.

[523] Consulté sur : *http://www.legifrance.fr*, le 25 mars 2012.

[524] *Etude d'impact sur le projet de loi relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé*, juillet 2011. Consulté sur : *http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3714-ei.asp*, le 12 septembre 2011.

[525] Etude d'impact sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, janvier 2011. Consulté sur : *http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3116-ei.asp*, le 12 septembre 2011.

[526] Art. 39 §4 de la Constit. : « *Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours* ».

[527] B. Léo-Combrade, « A qui profite l'étude d'impact ? », VIIIème Congrès national de l'AFDC, Communication pour l'atelier n°6 : aspects institutionnels nationaux, p. 13.

[528] Art. 9 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *JO* n°0089 du 16 avril 2009, p. 6528.

[529] J. Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*

[530] Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, p. 38

de la réalisation des études d'impact ne devrait-elle pas être confiée à des personnalités extérieures au gouvernement afin d'assurer l'objectivité des études ?[531]

Le phénomène de normalisation de l'activité médicale et le recours dévoyé à la loi constituent des signes pathognomoniques d'une immixtion croissante du droit. Ces différents signes génèrent une hypertrophie normative, non stabilisée, bien que des tentatives de maîtrise, à l'instar des études d'impact, aient été mises en œuvres.

Conclusion du premier chapitre

125. Face aux insuffisances de l'éthique et de la déontologie dont nous avons montré l'étendue, l'intervention du droit, comme « *technique de gestion* »[532] des rapports sociaux, revêt un caractère nécessaire. L'étude des sources, formelles et informelles, du droit applicable à l'activité médicale a permis d'appréhender le droit médical qui se nourrit principalement d'autres disciplines juridiques parmi lesquelles le droit de la consommation. D'autre part, nous avons pu déceler des sources informelles du droit, la jurisprudence et la doctrine.

126. Cependant, l'immersion du droit dans le champ médical peut se révéler excessive par une normalisation croissante de l'activité médicale et un recours dévoyé à la loi, tous deux pourvoyeurs d'inflation normative. Ainsi, en 1991, le rapport public du Conseil d'Etat, dont la partie générale s'intitule « *De la sécurité juridique* », met en exergue « *le sentiment d'insécurité que peut éprouver aujourd'hui le citoyen* », dans un contexte de prolifération normative[533]. En effet, selon Bernard Pacteau, « […] *l'insécurité, c'est l'imprévisibilité, l'instabilité, c'est le droit flou et fluide, c'est la surprise, voire le piège* »[534]. A cet effet, il nous semble opportun de déterminer dans quelle mesure la juridicisation peut menacer la sécurité juridique du médecin et ainsi constituer un élément inhibiteur de l'activité médicale.

---

[531] J. Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *op. cit.*, p. 1378.
[532] P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RD publ.* 1982, p. 279.
[533] C.E., *Rapport public 1991*, *op. cit.*, p. 259.
[534] B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque », *AJDA* 1995, p. 151.

CHAPITRE SECOND

LA JURIDICISATION, ÉLÉMENT INHIBITEUR DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE

127. La juridicisation du colloque singulier correspond à la formulation des droits des patients et des devoirs des médecins. L'encadrement juridique de la relation thérapeutique est le garant d'une relation équilibrée entre le praticien et le patient. Désormais, « *on passe de la responsabilité devant sa conscience –" j'ai fait ce qui me paraissait le mieux pour mon malade" - à la protection au regard de la loi* »[535].

128. Mais le droit n'est pas que protection. La juridicisation croissante de l'activité médicale constitue un risque de mise en péril de la sécurité juridique, trait fondamental du droit qui, selon le Doyen Cornu, représente « *toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit* »[536]. Bruno Genevois met en évidence la nécessité d'assurer la sécurité juridique des citoyens lorsqu'il affirme que « *les préoccupations de chaque système juridique sont très voisines et qu'il s'agit en définitive de trouver un juste équilibre entre les exigences de la légalité et les impératifs de la sécurité juridique* […] »[537]. Sans cet équilibre entre, d'une part, la nécessité d'édicter des règles juridiques et, d'autre part, celle d'assurer la sécurité juridique des citoyens, il est à craindre un « *déclin du droit* »[538], source d'égarement du médecin. Cette exigence de conciliation implique donc de suivre le devenir de la règle de droit.

Aussi nous semble-t-il pertinent, dans un premier temps, d'apprécier dans quelle mesure l'insécurité juridique constitue un obstacle à la connaissance du droit (section 1). Puis, partant de l'idée qu'il existe un conflit perpétuel entre le « *droit* » et le « *fait* »[539], nous porterons notre regard sur les modes de réception des règles juridiques par le corps médical (section 2).

---

[535] J.-Ch. Weber, « Evolutions de la relation médecin-malade », *in Où va la médecine ? Sens des représentations et pratiques médicales, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg*, p. 23-38.
[536] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Sécurité », *op. cit*.
[537] B. Genevois, concl. sur C.E., Sect. 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales c/ Maïseries de la Beauce*, n°42204, *AJDA*, 1985, p. 615.
[538] V. G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J, 1949, 228 p.
[539] V. J. Caillosse, « Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation », *in Annuaire des collectivités locales*, t. 8, 1988, vol. 8, n°8, p. 21.

Section 1. L'insécurité juridique, obstacle à la connaissance du droit

129. La sécurité juridique est inhérente au droit[540]. Jean-Guy Huglo considère ainsi que l'expression « *sécurité juridique* » est une tautologie[541]. Il cite les propos de Jean Boulouis selon lequel « *la formule sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un. Imagine-t-on un droit qui organiserait l'insécurité, ou même qui la rendrait possible ?* »[542]. D'autre part, Georges Ripert affirme que la sécurité juridique constitue la première valeur à atteindre par les ordres juridiques[543]. Il en résulte qu'« *il est une valeur que les théoriciens du droit, tels Paul Roubier, regardent comme fondamentale : c'est la sécurité juridique. Ils la placent avant la justice même et avant le progrès : c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres* […]. *C'est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal* »[544].

130. Pourtant, le principe de sécurité juridique ne revêt pas de valeur constitutionnelle[545]. En effet, le Conseil Constitutionnel consacre implicitement cette notion, au regard de la clarté et de la précision d'une loi[546] mais également eu égard à la possibilité de dispositions rétroactives en « *considération d'un motif général suffisant* »[547]. Il constitue toutefois un « *principe en devenir* »[548]. En 1961, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) confère à la sécurité juridique la valeur d'un principe général du droit

---

[540] J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 282 : « *La sécurité juridique est liée à l'idée même du droit* ».
[541] J.-G. Huglo, « la Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n°11.
[542] J. Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique. Du droit international au droit de l'intégration », *in Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 53 ; V. J.-G. Huglo, « La cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, décembre 2001.
[543] G. Ripert, *Le déclin du droit*, *op. cit*., p. 155.
[544] J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », *in Flexible droit*, 9ème éd., Paris, L.G.D.J, 1998, p. 193-194.
[545] C.C., 7 novembre 1997, *Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier*, n°97-391 DC, *Rec*. C.C., p. 232, *JO* du 11 novembre 1997, p. 16390.
[546] C.C., 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, n°98-401 DC du 10 juin 1998, *Rec*. C.C., p. 258, *JO* du 14 juin 1998, p. 9033.
[547] C.C., 18 décembre 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001*, n°2001-453 DC, *Rec*. C.C., p. 192, *JO* du 26 décembre 2001, p. 20582.
[548] L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 292.

communautaire[549]. Dans certaines décisions, l'utilisation de la notion de « *sécurité juridique* » est implicite[550]. Selon Antoine Cristau, la Cour de Luxembourg considère la sécurité juridique telle « *une exigence fondamentale du droit communautaire* »[551]. En 1979, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) érige le principe de sécurité juridique en principe « *nécessairement inhérent au droit de la Convention* »[552]. Le Conseil d'Etat consacre ce principe en tant que « *principe général du droit* », le 24 mars 2006[553]. Enfin, la Cour de cassation prend en considération les exigences qui découlent de ce principe[554].

La place centrale qu'occupe la sécurité juridique n'est donc plus à démontrer. En revanche, il convient de s'intéresser, à l'instar de Michel Fromont[555], à ce qui peut nuire à la sécurité juridique : l'instabilité du droit (§1) et l'incertitude juridique (§2).

§1. L'instabilité du droit, première manifestation de l'insécurité juridique

131. Selon Michel Fromont, la stabilité des situations juridiques désigne « *la permanence au moins relative de celles-ci dans le temps* »[556]. En d'autres termes, une situation est d'autant plus stable qu'elle s'inscrit dans la durée et permet aux individus de se l'approprier. A l'inverse, l'instabilité du droit, composante de l'insécurité juridique, est source de conséquences néfastes pour l'usager du droit parmi lesquelles un manque relatif de prévisibilité des évolutions législatives et jurisprudentielles, une entrave à sa maîtrise de la réglementation en vigueur et un frein aux initiatives. Cette instabilité du droit se manifeste, d'une part, par une instabilité de la loi dans le temps (A) et, d'autre part, par une instabilité du droit jurisprudentiel (B).

---

[549] CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT c/ Haute Autorité*, *Rec*. CJCE, p. 103 ; CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni c/Haute Autorité de la CECA*, *Rec*. CJCE, p. 319.

[550] CJCE, 6 avril 2002, *Bosch*, *Rec*. CJCE 1962, p. 101 : « *Tout acte de l'administration produisant des effets juridiques doit être clair, précis et porté à la connaissance des intéressés de telle manière qu'ils puissent connaître avec certitude le moment à partir duquel cet acte existe et commence à produire ses effets* »

[551] A. Cristau, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2817 ; V. CJCE, 14 juillet 1972, *ACNA c/commission*, *Rec*. CJCE, p. 934 ; CJCE, 2 déc. 1986, *Commission c/Belgique*, *Rec*. CJCE, p. 3645 : « *chaque* Etat membre doit donner « *aux directives une exécution qui corresponde pleinement à l'exigence de sécurité juridique et traduise par conséquent les termes des directives dans des dispositions internes ayant un caractère contraignant* ».

[552] CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/Belgique*, n°6833/74, série A, n° 31.

[553] C.E., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n°288460, 288465, 288474 et 288485, *Rec*. p. 154 ; Chron. C. Landais, F. Lenica, *AJDA* 2006, n°19, p. 1028.

[554] Cass. soc., 2 mai 2000, *Bull. civ*. V, n°162, p. 127 ; Cass. com., 6 décembre 2005, n°04-19.541 ; V. à ce sujet, G. Canivet, « Le point de vue du juge judiciaire et du juge administratif : l'expérience de la Cour de cassation française », *LPA* 2006, n°254, p. 23.

[555] V. M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, p. 178-184.

[556] *Ibid*.

A. L'INSTABILITÉ DE LA LOI DANS LE TEMPS

132. Bien que des règles définissent les conditions d'entrée en vigueur et d'abrogation des lois, il n'en demeure pas moins que peut naître un conflit de lois dans le temps[557]. Par conséquent, le foisonnement des lois rend nécessaire la détermination des limites d'application entre deux lois successives. Selon Jean-Louis Bergel, l'instabilité législative compte parmi les phénomènes qui sont « *sources d'insécurité juridique qui menacent la protection des intérêts individuels et qui sont ressenti(e)s par les intéressés comme une véritable injustice* »[558]. Aussi envisagerons-nous, d'une part, les modifications intempestives du droit légiféré (1) et, d'autre part, les atténuations du principe de non rétroactivité de la loi (2), toutes deux sources d'insécurité juridique.

1. Les modifications récurrentes des textes législatifs

133. D'emblée, nous pouvons affirmer que des modifications récurrentes des textes contribuent à une instabilité du droit. En 2004, Hervé Moysan dénonçait une moyenne de 10 000 modifications annuelles du Jurisclasseur Codes et lois, pour l'année 2000[559]. En 2005, le Secrétariat général du gouvernement met en exergue qu'en moyenne, plus de 10 % des articles des codes en vigueur sont modifiés chaque année[560]. Le Code de la santé publique constitue une référence en la matière. Il intègre régulièrement des dispositions et des matières diverses, parfois nouvelles, avec un contenu juridique de plus en plus large. Ainsi, au cours de l'année 2007, sa partie législative a été modifiée plus d'une fois par mois et sa partie réglementaire 84 fois par an[561]. Ainsi, s'il est possible d'admettre que des adaptations d'une loi peuvent être nécessaires pour améliorer un dispositif, il peut être étonnant de constater, par exemple, que la proposition de loi présentée par le Sénateur Jean-Pierre Fourcade[562], le 26

---

[557] V. P. Roubier, « Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non-rétroactivité des lois) », t. 1, *Revue néo-scolastique de philosophie*, 1930, vol. 32, n°27, p. 369-370.
[558] J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 274.
[559] H. Moysan, *La consolidation des codes, lois et décrets : positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'Etat ? (Objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi)*, Colloque Internet pour le droit, Paris, 4 novembre 2004.
[560] Secrétariat Général du gouvernement, *Statistiques sur l'activité législative et réglementaire*, 1er mai 2005, cité par C.E., *Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, mars 2006, p. 15.
[561] J.-M. Sauvé, en collaboration avec F. Stasse, *Les évolutions du code de la santé publique*, Colloque sur le cinquantenaire de la légalisation du code de la santé, Paris, 3 avril 2008.
[562] Proposition de loi présentée par M. Jean-Pierre Fourcade, modifiant certaines dispositions de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires. Texte n°65 (2010-2011) de J.-P. Fourcade, déposé au Sénat le 26 octobre 2010.

octobre 2010, et portant modification de certaines dispositions de la loi du 21 juillet 2009 dite « *HPST* »[563] intervient seulement 15 mois après sa promulgation.

134. La succession de lois peut constituer une entrave à la stabilité du droit. Le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2007 pose le problème de « *la coexistence de régimes juridiques différents* »[564]. Ainsi, une nouvelle loi peut entrer en conflit avec une autre loi existante. Le rapport illustre notamment son propos par un exemple issu du domaine de la responsabilité médicale. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, dispose 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 transmission* ». Cette disposition était jusqu'alors contraire à l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique qui prévoyait une possibilité de non divulgation au patient, à l'initiative du médecin[565]. Le Code de la santé publique permettait donc la coexistence de dispositions juridiques contraires relatives à une même problématique ce qui était « *de nature à porter atteinte à la lisibilité de l'ensemble et à la prévisibilité du droit* »[566]. Le décret du 7 mai 2012 modifie le Code de déontologie médicale[567] et fait désormais uniquement référence à la non divulgation sollicitée par le patient : « *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* »[568]. Ce décret met donc fin à la cohabitation de dispositions différentes dans un même code[569].

Au-delà de dispositions potentiellement contradictoires, la succession de dispositions législatives dans le temps pose la question du moment à partir duquel ces nouvelles dispositions doivent être appliquées.

---

[563] Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009, *préc*.
[564] C. cass., *Rapport annuel pour 2007*, Paris, La Documentation française, avril 2008, p. 56 et s.
[565] Ancien art. R. 4127-35 du CSP : « *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 graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination* ».
[566] C. cass., *Rapport annuel pour 2007, op. cit.*, p. 58.
[567] Décret n°2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, *JO* n°0108 du 8 mai 2012, p. 8479.
[568] Nouvel art. R. 4127-35 du CSP.
[569] V. F. Vialla, « Modification de l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique », *RDS* 2012, n°48, p. 506 ; A. Laude, « Le code de déontologie médicale enfin modifié ! », *D.* 2012, p. 1694.

2. Les atténuations du principe de non rétroactivité d'une loi

135. La promulgation d'une loi soulève nécessairement la question de son application dans le temps. En effet, l'intervention du législateur dans un domaine de la vie sociale pose la question du moment à partir duquel une disposition entre en vigueur.

Le principe de non rétroactivité des lois est fixé par l'article 2 du Code civil en vertu duquel « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* », ce qui garantit la sécurité juridique. Dès lors, la rétroactivité d'une loi constitue une atteinte au principe de sécurité juridique. Ainsi, le Conseil constitutionnel censure toute loi comportant un effet rétroactif, dans la mesure où cela porte atteinte à la sécurité juridique des justiciables[570]. L'effet rétroactif d'une loi peut toutefois être admis, dès lors que la rétroactivité répond à un intérêt général suffisant[571]. Paul Roubier souligne, à juste titre, qu'« *une loi,* […] *dont l'objet est de régler les conditions de constitution* […] *d'une situation juridique, ne peut prendre en considération des faits antérieurs à son entrée en vigueur sans être rétroactive* »[572].

136. Certaines dispositions relatives à l'application de la loi dans le temps manquent de clarté. Ainsi, la loi du 4 mars 2002 prévoyait que « *les dispositions du titre IV du livre 1er de la première partie du code de la santé publique issues de l'article 98 de la présente loi, à l'exception du chapitre Ier, de l'article L. 1142-2 et de la section 5 du chapitre II, s'appliquent aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisés au plus tôt six mois avant la publication de la présente loi. Cet article est applicable aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable* »[573]. Si un avis de la Cour de cassation considère que cette nouvelle disposition est applicable aux accidents survenus depuis le 5 septembre 2001 mais également aux accidents faisant l'objet d'une instance en cours[574], la loi

---

[570] C.C., 18 janvier 1985, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, n°84-183 DC, *Rec*. C.C., p. 32, *JO* du 20 janvier 1985, p. 820 ; C.C., 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, n°84-184 DC, *Rec*. C.C., p. 94, *JO* du 30 décembre 1984, p. 4167 ; C.C., 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n°86-207 DC du 26 juin 1986, *Rec*. C.C., p. 61, *JO* du 27 juin 1986, p. 7978 ; C.C., 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, n°98-404 DC, *Rec*. C.C. p. 340, *JO* du 31 décembre 1998, p. 20160.

[571] C.C., 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, n°98-404 DC, *Rec*. C.C., p. 340, JO du 31 décembre 1998, p. 20160.

[572] P. Roubier, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2ème éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 182.

[573] V. notamment C. Cass., *Rapport annuel pour 2007*, *op. cit.*, p. 53.

[574] C. cass., avis, 22 novembre 2002, n°02-00005, *Bull. civ.* n°5, p. 7.

du 30 décembre 2002[575] contredit cette interprétation puisqu'elle pose le principe d'une application unique aux dommages postérieurs au 5 septembre 2001.

137. D'autre part, le dispositif anti-Perruche, issu de la loi du 4 mars 2002 puis codifié à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, qui pose le principe de l'interdiction d'être indemnisé pour le seul fait d'être né, soulève la question de l'application dans le temps de la loi. Plus précisément, l'alinéa 2 de cet article précité prévoit que « *les dispositions* […] *sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* ». Dans un premier temps, le 6 octobre 2005[576], la France a été sanctionnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) au motif que la loi du 4 mars 2002 applicable aux instances en cours est contraire à l'article 1 du protocole n°1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. En l'espèce, la CEDH considère que les différentes parties en cours d'instance lors de l'entrée en vigueur de la loi « […] *disposaient d'une espérance légitime de créance et que l'atteinte portée à cette dernière était disproportionnée au regard des motifs légitimes fondant la loi* »[577]. Puis, s'appuyant sur cette décision, les juridictions civiles et administratives ont considéré que cette disposition législative ne peut s'appliquer aux dommages antérieurs à la date d'entrée en application de la loi. Ainsi, la Cour de cassation, par trois arrêts rendus le 24 janvier 2006[578] et le Conseil d'Etat, par un arrêt du 24 février 2006[579], limitent la portée dans le temps de l'alinéa 2 de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles. En outre, le 8 juillet 2008[580], la solution dégagée par la CEDH est étendue par la Cour de cassation à toutes les situations relatives aux naissances d'enfants

---

[575] Art. 3 de la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale, *JO* du 31 décembre 2002, p. 22100.

[576] CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03 ; Obs. Th. Revet, *RTD civ. 2005*, p. 798 ; Note F. Baude, *RGDM* 2006, n°18, p. 382 ; Note P. Hennion-Jacquet, *RDSS* 2006, p. 149 ; Obs. Ch. Radé, *Dr. famille* 2005, n°258 ; Chron. F. sudre, *JCP G* 2006, I, 109 ; Note A. Zollinger, *JCP G* 2006, II, 10061 ; Obs. F. Bellivier, *RTDH* 2006, n°67, p. 667.

[577] A. Zollinger, « Question prioritaire de constitutionnalité relative à la loi anti-Perruche : la rétroactivité procédurale anticonstitutionnelle », *RGDM* 2010, n°36, p. 300.

[578] Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *CPAM de Loir-et-Cher c/ société le sou médical et autres*, n°02-12.260 ; Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *M. Franck X. et autres c/ M Pol. et autres*, n°02-13.775 ; Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Fondation Bagatelle et autre c/ société hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM) et autres*, société Axa assurances c/ fondation Bagatelle et autres, 01-16.684, 01-17.042.

[579] C.E., 24 févr. 2006, *Mme et M. Levenez*, n°250704, *Rec*. p. 84 ; M.-C. Rouault, *JCP* A 2006, act. 206 ; Note S. Hennette-Vauchez, *AJDA* 2006, p. 520 ; Obs. Hennion-Jacquet, *RDSS* 2006, p. 360 ; J.-P. Marguénaud, *RTD civ*. 2006, p. 263.

[580] Cass. 1ère civ., 8 juillet 2008, n°07-12.159, *Bull. civ*. 2008, n°190 ; Avis Ch. Mellottée, comm. P. Sargos, *JCP G* 2008, II, 10166.

handicapés, intervenues antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, et ce qu'il y ait ou non une instance en cours à cette même date.

138. Enfin, le Conseil constitutionnel a été saisi le 14 avril 2010 d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la loi anti-Perruche, transmise par le Conseil d'Etat. La requérante invoque une atteinte à la sécurité juridique par l'application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles « […] *aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* ». Dans une décision du 11 juin 2010, le Conseil constitutionnel rappelle les conditions de rétroactivité d'une loi : « *si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie* »[581]. Il considère ensuite que les dispositions relatives aux mesures transitoires ne sont pas conformes à la Constitution, conformément à l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il souligne, à ce titre, « *que, si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice* ».

Force est de constater que cette décision favorable aux justiciables, par la protection de la sécurité juridique qu'elle leur assure, est préjudiciable au corps médical. En effet, par l'impossibilité d'appliquer l'alinéa 2 de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, la décision du conseil constitutionnel « *[…] aboutit en pratique à faire perdurer l'application des jurisprudences Quarez et Perruche lorsque l'enfant handicapé est né avant le 7 mars 2002* »[582]. Eu égard au délai de prescription de 10 ans qui commence à courir à la majorité de la personne, les patients disposent donc au maximum de 28 années pour engager

[581] C.C., 11 juin 2010, *Madame Viviane L., préc.*
[582] R. Pellet, « La décision QPC du 11 juin 2010 du Conseil constitutionnel et l'assurance des praticiens des établissements de santé », *RDSS* 2010, p. 132.

une procédure et, davantage en cas de non consolidation du dommage, ce qui expose le corps médical à un risque judiciaire jusqu'en 2030[583].

139. Le professeur Rémi Pellet considère, à ce titre, que « *la réforme constitutionnelle de 2008 qui a créé la procédure dite QPC est assurément un grand progrès pour les justiciables. Mais elle est aussi un élément d'insécurité juridique supplémentaire dont les assureurs de la responsabilité civile médicale devront tenir compte à l'avenir* »[584]. Toutefois, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008[585], l'article 62 de la Constitution dispose qu'« *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Lors de deux décisions du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel indique, par un considérant de principe, que « *les effets dans le temps de ses décisions et les conditions dans lesquelles ces effets peuvent être modulés* ». Le Conseil a ainsi considéré que « *si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* »[586]. Il en résulte qu'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle ne peut donc être appliquée ni dans l'instance qui a donné lieu à une question prioritaire de constitutionnalité ni dans les instances en cours à la date de la décision.

L'instabilité du droit puise également ses sources dans les revirements de jurisprudence.

---

[583] *Id*. p. 138.
[584] *Id.*, p. 132.
[585] Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JO* n°0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.
[586] C.C., 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. (Pension de réversion des enfants)*, n°2010-108 QPC, *JO* du 26 mars 2011, p. 5404 ; C.C., 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. (Composition de la commission départementale d'aide sociale)*, n°2010-110 QPC, *JO* du 26 mars 2011, p. 5406.

B. L'INSTABILITÉ DU DROIT JURISPRUDENTIEL

140. Le revirement de jurisprudence consiste à abandonner une solution qui, jusqu'alors, était admise. Il opère donc une rupture avec une solution jusqu'alors consacrée. Force est de constater qu'il occupe une place prépondérante dans la vie du droit. Ainsi, selon le professeur Nicolas Molfessis, « *les revirements de jurisprudence sont la manifestation de la vie du droit, le signe de son adaptation aux faits. Un droit sans revirement de jurisprudence* […] *serait au fond un droit entièrement sclérosé* »[587]. De la même manière, Yves Chartier considère que le revirement fait partie intégrante de l'activité prétorienne : « *les revirements font partie de la Cour de cassation, comme d'ailleurs des autres juridictions. Une jurisprudence qui ne se modifie pas est souvent aussi une jurisprudence qui se dessèche. Que serait devenu le droit de la responsabilité si la cour de cassation n'avait pas pu adapter aux circonstances du temps les vieux textes du Code civil ?* »[588].

Le revirement de jurisprudence pose nécessairement la question de la rétroactivité, identifiée dès lors que « *le litige est vidé en application d'une norme qui n'était pas partie du droit positif à l'époque de l'acte ou du fait juridique dont est issu le différend* »[589]. En effet, selon le Doyen Jean Carbonnier, « *le revirement est rétroactif par nature ; la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce que les particuliers avaient pu faire sur la base et la foi de la jurisprudence ancienne* »[590]. Si le revirement de jurisprudence est un élément incontournable du droit, il s'avère difficilement conciliable avec la sécurité juridique (1). Il conviendra alors d'apprécier les manifestations du revirement de jurisprudence en droit médical (2)

---

[587] N. Molfessis, *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, remis à monsieur le Premier Président Guy Canivet, 30 novembre 2004, p. 18.
[588] Y. Chartier, « Les revirements de jurisprudence » *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 150.
[589] O. Salvat, *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl., Paris 2, 1983, spéc. n°81.
[590] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, n°31, p. 109 et n°34, p. 113.

1. La difficile conciliation entre le revirement de jurisprudence et la sécurité juridique

141. Dans un Etat de droit, il est communément admis que « […] *les solutions juridiques tracent le paysage dans lequel chaque individu détermine ses prévisions et ses actions* »[591]. La rétroactivité est donc susceptible de nuire aux prévisions que les individus avaient formées. Laurent Leveneur souligne ainsi que si « *l'un des intérêts de la jurisprudence réside dans sa flexibilité* », il n'en demeure pas moins que « *cet avantage a pour revers l'insécurité juridique* »[592]. En effet, d'un côté, le revirement de jurisprudence contribue à la sécurité juridique puisqu'il a pour vocation de faire cesser « *une interprétation devenue contestable* ». D'un autre côté, il favorise l'insécurité juridique « *pour celui qui a engagé une action dans un contexte judiciaire bien déterminé, en fonction d'une interprétation qui lui était favorable* »[593]. A ce titre, Bernard Pacteau souligne que « *la sécurité juridique peut être invoquée et exploitée dans des sens divers* […] *et contradictoires* »[594].

142. Dès lors, il s'avère pertinent de porter notre regard sur les manifestations liées aux revirements. Xavier Lagarde souligne que « *l'insécurité ne vient pas spécialement des revirements, elle tient essentiellement au fait même de l'œuvre prétorienne ; mais, si tel est le cas, c'est que le plus souvent, l'insécurité est antérieure à l'intervention du juge. Elle se niche dans les sources que ce dernier utilise : la loi et le règlement dont la compréhension, sinon la connaissance, sont souvent malaisées* »[595]. Les revirements de jurisprudence génèrent des conséquences préjudiciables pour les justiciables, sources d'insécurité juridique. Selon Frédéric Thiriez, « *les revirements de jurisprudence ont du bon. Ils font progresser l'Etat de droit. Mais ils peuvent aussi avoir des conséquences redoutables au regard de la sécurité juridique* »[596]. Une incertitude sur la règle jurisprudentielle peut être préjudiciable au principe de sécurité juridique puisqu'elle est source de perturbation des comportements des individus[597].

Certains auteurs critiquent en totalité la rétroactivité de la règle jurisprudentielle. Christian Mouly affirme que « *les normes ne doivent pas être rétroactives, car la rétroactivité fausse les données ; elle spolie ceux qui se sont engagés en fonction de l'état du*

---

[591] C. Mouly, « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994, n°27, I, 3776.
[592] L. Leveneur, note sous Cass. 1ère civ., 11 juin 2009, n°08-16914, *Contrats, conc. consom.* 2009, n°10, comm. 240.
[593] A. Cristau, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2815.
[594] B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 154.
[595] X. Lagarde, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678.
[596] F. Thiriez, « Les dommages collatéraux des revirements de jurisprudence », *Les Echos*, 18 octobre 2001.
[597] J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 16.

droit antérieur ; elle mine la prévisibilité et bafoue la croyance commune. Elle porte atteinte au principe supérieur de sécurité juridique, dont la Cour européenne des droits de l'homme fait grand cas »[598]. Et il ajoute : « *leur rétroactivité est pire que celle des autres arrêts puisqu'elle conduit à sanctionner ceux-là même qui se sont conformés au droit antérieur. Elle devient insoutenable* »[599].

Par ailleurs, le Doyen Carbonnier évoque la notion de perte de confiance pour caractériser une des conséquences des revirements de jurisprudence : « […] *les revirements de jurisprudence ne sont pas exceptionnels, qui engendrent une insécurité plus brutale, car la solution nouvelle, issue du revirement, sera de plein droit applicable – puisqu'elle représente la vérité juridique préexistante – à des affaires qui s'étaient nouées dans une confiance à la solution ancienne. C'est une rétroactivité que la jurisprudence se permet, alors que la loi, en principe, se l'interdit* »[600]. De la même manière, Pierre Voirin évoque le même sentiment de perte de confiance partant du principe selon lequel les revirements portent atteinte à « *des actes que leurs auteurs sur la foi de la jurisprudence, avaient cru réguliers au moment où ils les ont conclus* »[601].

En outre, le professeur Nicolas Molfessis affirme que le revirement de jurisprudence est source d'injustice : « *le revirement de jurisprudence peut avoir pour effet, en premier lieu d'imposer aux justiciables l'application d'une règle qu'ils ignoraient et dont ils ne pouvaient anticiper la survenue au moment où ils ont agi* »[602]. Il ajoute également qu'il pourrait engendrer le « *dévoiement de la règle de droit* »[603]. En effet, les normes pourraient perdre la lisibilité de leur utilité sociale[604] alors qu'elles ont pour vocation de fournir « *à leurs destinataires un guide et cadre pour leur action. Elles donnent aux sujets de droit des repères et des modèles pour déterminer leur conduite dans le monde. La rationalité sous-jacente à un système juridique impose donc que les individus puissent ainsi, en connaissance, régler leurs comportements* »[605]. De la même manière, Christian Mouly considère que « *l'injustice est*

---

[598] C. Mouly, « Le revirement pour l'avenir », *op. cit.*
[599] *Ibid.*
[600] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V*ème *République, op. cit.*, p. 59-60.
[601] P. Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, I, spéc. n°3, 1467.
[602] N. Molfessis, *Rapport sur les revirements de jurisprudence, op. cit.*
[603] *Ibid*.
[604] *Id*., p. 23 ; V. également : D. de Béchillon, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », *in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*, Paris, Dalloz, 2004, p. 5.
[605] N. Molfessis, *Rapport sur les revirements de jurisprudence, op. cit.*

trop grande de juger les actes, contrats et prévisions de quelqu'un selon un droit qui n'existait pas lorsqu'il a pris ses décisions »[606].

Dès lors, il convient de s'interroger sur la possibilité offerte à l'usager du droit, en l'espèce le médecin, d'invoquer comme atteinte à la sécurité juridique l'application immédiate d'une solution nouvelle issue d'une évolution de la jurisprudence.

2. Les manifestations du revirement de jurisprudence en droit médical

143. Il peut sembler paradoxal que, d'un côté, le corps médical, par souci de quiétude, aspire à la sécurité juridique, c'est-à-dire à une stabilité du droit en vigueur et, d'autre part, qu'il soit en quête d'une mutation du droit pouvant répondre aux évolutions médicales et technologiques. Si le médecin tente de s'enquérir des normes applicables à sa profession, les évolutions jurisprudentielles peuvent remettre en cause les règles de droit qu'il pensait valides. Dès lors, « *la sécurité juridique se trouve* […] *nécessairement sacrifiée au progrès présumé du droit* »[607].

144. Dans un arrêt du 9 octobre 2001[608], la Cour de cassation se prononce en faveur de la rétroactivité de l'obligation d'information qui incombe au praticien. En l'espèce, un enfant né par le siège en 1975 et présentant un handicap, assigne, à sa majorité, le praticien pour ne pas avoir informé sa mère sur les risques respectifs d'une césarienne et d'un accouchement par le siège. La Cour d'appel de Lyon avait considéré, le 10 février 2000, que le praticien était dispensé d'informer la patiente d'un risque « *exceptionnel* », eu égard à la jurisprudence en vigueur à l'époque des faits : « *le médecin n'était pas en 1974 contractuellement tenu de donner des renseignements complets sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés et ce d'autant moins qu'en l'espèce le risque était exceptionnel* ». La Cour de cassation casse cet arrêt sur le fondement du « *principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » mais également au motif que « *nul n'a de droit acquis à une jurisprudence figée* ».

---

[606] C. Mouly, « Les revirements de jurisprudence de la cour de cassation », *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, p. 137.
[607] J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 16.
[608] Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°004-14.564, *Bull. civ*. I, n°249 ; Rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, *D. 2001*, p. 3470 ; Note O. Cachard, *JCP* 2002, II, 10045 ; Note C. Clément, *LPA*, n°243, 6 déc. 2001 ; Note F. Marmoz, *LPA*, n°52, 13 mars 2002, p. 17 ; Note J. Guigue, *Gaz. Pal.* 2001, p. 1818 ; Note R. Libchaber, *RTD civ.* 2002, p. 176 ; *Resp. civ. et assur*. 2001, comm. n°374.

Ce second point nous intéresse particulièrement. Il suppose qu'une solution jurisprudentielle nouvelle est applicable à toutes les situations concernées. La Cour de cassation privilégie donc la prise en compte du droit en vigueur au moment où est tranché le litige. Elle souligne à cet effet que « *la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels, qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* ». Selon Cyril Clément, si le caractère rétroactif d'une nouvelle jurisprudence est favorable aux justiciables, il porte toutefois préjudice au corps médical de par l'insécurité juridique qu'il engendre[609].

145. De la même manière, deux autres affaires en responsabilité médicale mettent en exergue les conséquences du caractère rétroactif d'une décision jurisprudentielle sur les praticiens. Ces deux décisions constituent des exemples d'application d'un revirement de jurisprudence à des actes commis précédemment. En l'espèce, les affaires portaient sur la contamination de deux patientes par le virus de l'hépatite C, suite à des injections de liquide sclérosant réalisées respectivement entre 1981 et 1982 et au cours de l'année 1986[610]. A cette période, selon la jurisprudence en vigueur, le médecin était tenu à une obligation de moyens en matière d'infections nosocomiales. L'obligation de sécurité résultat, consacrée le 29 juin 1999 par un revirement de jurisprudence, est postérieure aux faits.

Cependant, les juges d'appel donnent gain de cause aux victimes en considérant que le médecin, à qui incombe une obligation de sécurité de résultat, est responsable en l'absence de cause étrangère démontrée. Par conséquent, le médecin se pourvoit en cassation et invoque la sécurité juridique, sur le fondement du droit à un procès équitable conformément à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, au motif qu'il ne pouvait lui être mis à charge une obligation de sécurité résultat, qui, au moment des faits, soit dans les années 1980, n'était pas en vigueur. Par deux arrêts du 11 juin 2009, la Cour de cassation considère que « *la sécurité juridique,* […], *ne saurait consacrer un droit acquis à*

---

[609] Note C. Clément, *op. cit.*
[610] Cass. 1ère civ., 11 juin 2009, n°08-16.914 et n°04-14.932, *Bull. civ.* 2009, n°124 ; Note X. Lagarde, *JCP G* 2009, 237 ; Note N. Molfessis, *D.* 2009, p. 2567 ; P. Chauvin, N. Auroy, C. Creton, *D.* 2009, p. 2058 ;

une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au Juge »[611].

146. Bien que les revirements de jurisprudence soient par nature rétroactifs[612], les conséquences néfastes qu'ils peuvent engendrer posent la question des techniques utilisées par les juges pour atténuer leurs effets. Elles soulèvent « *le problème de la modulation dans le temps de revirements de jurisprudence* »[613]. Sous l'impulsion de Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, le groupe de travail, dirigé par le professeur Molfessis, avait proposé, dans son rapport du 30 novembre 2004, la possibilité pour les formations de la Cour de cassation de décider de moduler les effets d'un revirement de jurisprudence dans le temps[614]. Par conséquent, dans la lignée de ce rapport, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 décembre 2006, admet la possibilité de modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, et ce par une appréciation au cas par cas des situations mais également des motifs impérieux d'intérêt général qui la justifient[615].

La modulation suppose que la solution nouvelle dégagée ne soit pas appliquée au procès en cours ce qui ferait naître « *l'incompréhension du justiciable éconduit* »[616]. Selon le professeur Molfessis, ce qui conditionne la modulation de l'effet dans le temps du revirement est l'imprévisibilité. Il cite ainsi Philippe Malinvaud qui considère que « *la sécurité juridique est une exigence supérieure de toute société organisée qui ne saurait s'accommoder de l'imprévisibilité inhérente à la rétroactivité des revirements de jurisprudence* »[617]. En 2007, dans l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation*, le Conseil d'Etat adopte une position similaire à celle de la Cour de cassation lorsqu'il décide, au-delà des nouvelles voies de recours en contestation de la validité des contrats, que certaines circonstances exceptionnelles peuvent justifier qu'un revirement de jurisprudence ne puisse avoir d'effet rétroactif[618].

---

[611] Cass. 1ère civ., 11 juin 2009, *préc.*
[612] V. J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 15 ; H. Le Berre, *Les revirements de jurisprudence de l'an VIII à 1998*, t. 207, thèse, L.G.D.J, 1999.
[613] N. Molfessis, *Rapport sur les revirements de jurisprudence, op. cit.*
[614] *Ibid*.
[615] Cass. Plén., 21 décembre 2006, *Société La Provence*, n°00-20.493, *Bull. civ*. 2006, Ass. Plén., n°15, p. 52 ; E. Dreyer, *JCP G* 2007, II, 10040 ; X. Lagarde, *JCP G* 2007, II, n°25,10111 ; P. Morvan, *D*. 2007, n°12, p. 835 ; P. Thery, *RTD civ*. 2007, p. 168 ; P. Deumier, *RTD civ*. 2007, p. 72.
[616] N. Molfessis, *Rapport sur les revirements de jurisprudence, op. cit.*
[617] P. Malinvaud, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 315.
[618] C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *Rec*. p. 360 ; Chron. F. Lenica, J. Boucher, *AJDA* 2007, p. 1577 ; Note D. Capitant, *D.* 2007, p. 2500 ; Note P. Cossalter, *Dr. Adm.* 2007, comm. 142 ; Note M. Ubaud-Bergeron, *JCP G* 2007, II, 10156 ; Note B. Seiller, *JCP G* 2007, II, 10160 ; Chron. B. Plessix, *JCP G* 2007, I, 193 ; Notes F. Linditch, *JCP A* 2007, 2212 et *JCP E* 2007, 2164 ; Note M.-C. Roualt,

147. Lorsque la rétroactivité engendre des conséquences préjudiciables à la sécurité juridique, eu égard aux attentes des justiciables, la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence a donc toute sa place[619]. Cependant, comme le souligne Xavier Lagarde, « *le bénéfice d'une modulation dans le temps est réservé à ceux qui font acte de connaissance du droit* »[620], notamment les professionnels du droit. Ces derniers sont les plus enclins à prendre connaissance des contours juridiques d'une situation. En revanche, le corps médical qui met davantage en conformité sa pratique sur les règles de l'art, faute de connaissance des règles de droit, ne bénéficie d'aucune protection. Afin d'assurer une « *meilleure protection de la confiance des justiciables* », cet auteur propose d'étendre le champ des règles à prendre en compte « *lors de leur contrôle de connaissance. Seraient protégés non seulement ceux – en fait, les juristes – qui ont fait l'effort de connaître les règles de droit, mais également ceux – par exemple, les médecins – qui se sont conformés aux normes en usage dans la profession ou l'activité considérée* »[621].

L'instabilité du droit ne peut suffire à définir l'insécurité juridique. L'incertitude du droit en constitue une autre composante.

§2. L'incertitude du droit, seconde manifestation de l'insécurité juridique

148. La certitude des règles et des situations juridiques désigne « *la clarté et la précision des règles et des décisions étatiques, et donc une certaine qualité dans leur formulation* »[622].

JCP A 2007, 2221 ; Note F. Chaltiel, *LPA* 2007, n°167, p. 3 ; Note J.-M. Glatt, *LPA* 2007, n°181, p. 6 ; Chron. F. Rolin, *RDC* 2008, p. 465 ; Note F. Melleray, *RD publ*. 2007, p. 1383.

[619] V. B. Seiller, « La modulation dans le temps de revirements de jurisprudence », Mélanges Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2008.

[620] X. Lagarde, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP G* 2007, n°25, II, 10111.

[621] *Ibid*.

[622] M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *op. cit*., p. 178.

C'est parce que les règles juridiques sont suffisamment claires, sans équivoques, que l'individu sait comment il peut agir devant telle situation. Le droit est d'ailleurs un allié pour le médecin qui lui permet d'orienter son activité[623]. Dans le cas contraire, le droit incertain est propice à l'insécurité juridique. La complexité du droit et la dégradation de la qualité de la loi constituent des manifestations visibles de l'incertitude du droit (A). Il s'agira alors de déterminer dans quelle mesure cette incertitude juridique représente une entrave à l'accessibilité au droit (B).

A. UNE INCERTITUDE JURIDIQUE PROTÉIFORME

149. La règle de droit est un repère dans l'action de l'individu. Or, lorsque le droit est flou, il se transforme en « *science de l'imprécis* »[624]. Les individus sont alors plongés dans une incertitude sur ce qui leur est permis ou défendu de faire. Cette incertitude du droit se manifeste à travers deux facteurs : la complexité croissante du droit (1) et la dégénérescence de la qualité de la loi (2).

1. La complexité croissante du droit

150. Si la loi doit revêtir une portée normative et donc si le législateur doit adopter « *des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »[625], il n'en demeure pas moins une relative complexité des règles du droit, « *mère de l'incertitude* »[626]. Yann Aguila dresse le constat suivant : « *le système juridique ne se présente pas spontanément comme un ensemble simple et cohérent de normes* »[627]. Nous pouvons ainsi reprendre l'expression du professeur le Goff pour caractériser le droit du travail : le droit serait une « *terre d'élection de la complexité* »[628]. Or, la complexité du droit ne permet pas aux citoyens de disposer d'une visibilité des conséquences de dispositions législatives. Elle serait donc source d'insécurité juridique. Le Conseil d'Etat, dans son rapport public pour 2006, s'interroge sur la menace que

---

[623] Présentation de la revue *DDS*. Consultée sur : *http://www.em-consulte.com/revue/DDES/presentation/droit-deontologie-et-soin*, le 12 décembre 2011.
[624] V. A.-A. Moles, *Les sciences de l'imprécis*, Paris, Seuil, 1998, 388 p.
[625] C.C., 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, n°2005-512 DC, *Rec*. C.C., p. 72, *JO* du 24 avril 2005, p. 7173.
[626] M. Prieur, « Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement », *in Incertitude juridique, incertitude scientifique*, Actes du séminaire de l'institut fédératif « environnement et eau », Limoges, 5 avril 2000, Paris, PULIM, octobre 2001, p. 12.
[627] Y. Aguila, « Droit et Justice », *Lettre GIP*, 2008, n°30, p. 1.
[628] J. Le Goff, « Le droit du travail, terre d'élection de la complexité » *in Droit et complexité pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 103.

peut représenter la complexité croissante des normes sur l'Etat de droit[629]. Il considère, à ce titre, qu'« *une partie de la population se trouve marginalisée par un droit devenu trop complexe tandis que d'autres acteurs s'accommodent de la complexité, voire l'exploitent à leur profit* »[630].

151. Si le droit apparaît de plus en plus complexe, cela tient notamment au fait que les sociétés contemporaines sont des systèmes sociaux « *de plus en plus complexes, dont le fonctionnement et la reproduction s'établissent selon une régulation sociale constituée d'équilibres maintenus ou retrouvés mais également de tensions, de ruptures, de contradictions, provoquées par la multiplicité des instances et acteurs impliqués par la pluralité des stratégies sociales à l'épreuve* »[631]. Le rapport de la commission de Virville précise ainsi que « *la complexité du droit n'est pas surprenante puisque la société est elle-même devenue plus complexe à organiser*»[632]. A l'instar de Lucie Flament, il nous semble que la complexité qui se dégage du droit est paradoxale. En l'espèce, si nous analysons la complexité des règles de droit qui viennent à s'appliquer dans le domaine médical, nous constatons que la complexité est tout autant « *un reflet des besoins de l'activité* » qu'« *une entrave à son bon fonctionnement* »[633].

152. La complexité d'une norme peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel. Ainsi, ce dernier peut être amené à censurer des articles dès lors qu'il constate que la complexité « *est à la fois excessive et non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* »[634]. La définition du terme « *complexité* » lorsqu'il caractérise le droit n'est pas aisée à retrouver[635]. A titre d'illustration, une décision du 29 décembre 2005 censure une disposition au motif d'une « *excessive complexité* »[636]. Nous pouvons y déceler une définition de ce terme puisque le Conseil constitutionnel souligne que la complexité des règles se manifeste notamment « *par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et*

---

[629] C.E., « Sécurité juridique et complexité du droit », *in Rapport public pour 2006*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 233.
[630] *Id*., p. 273.
[631] J. Commaille, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, V° « Régulation sociale », Paris, L.G.D.J, 1993, 800 p.
[632] M. Virville, *Pour un code de travail plus efficace* : *rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, Paris, La Documentation française, janvier 2004, p. 5.
[633] L. Flament, « Simplifier le droit du travail », *Revue de droit du travail*, 2010, p. 491.
[634] C.C., 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, n°2005-530 DC, *Rec*. C.C., p. 168, *JO* du 31 décembre 2005, p. 20705.
[635] V. en ce sens : D. Bourcier, « Le droit comme système complexe », *Droit et Cultures* 2011, n°1, p. 37-53.
[636] C.C., 29 décembre 2005, *Loi de finances* pour 2006, n°2005-530 DC, *Rec*. C.C., p. 168, *JO* du 31 décembre 2005, p. 20705.

parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées »[637]. Et de conclure que « […] *les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique* […] »[638].

Toute complexité n'est pas systématiquement remise en cause par le Conseil constitutionnel. En effet, il est effectué un contrôle de proportionnalité entre, d'une part, la norme dite complexe et, d'autre part, les motifs pouvant justifier cette complexité. Ainsi, dans une décision du 19 décembre 2000 portant sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, le Conseil constitutionnel estime que « *le surcroît de complexité introduit par la loi déférée n'est pas à lui seul de nature à la rendre contraire à la constitution* »[639].

Par conséquent, la loi atteint un tel degré de complexité qu'elle peut en perdre son intelligibilité.

2. <u>La dégénérescence de la qualité de la loi</u>

153. L'affaiblissement normatif de la loi et son défaut de clarté et d'intelligibilité nuisent à sa qualité. La formulation des normes doit être effectuée « *de telle façon que les équivoques ou ambiguïtés inévitables soient réduites à un minimum,* […] *ce qui assurera réellement le plus haut degré de sécurité juridique* »[640].

154. L'affaiblissement normatif de la loi constitue un premier élément qui concourt à sa dépréciation. La loi est l'expression de la volonté générale et ce, dans la mesure où elle est en conformité avec la Constitution. Elle se caractérise par deux traits majeurs : « *son autorité* » mais également « *son contenu normatif* »[641]. Ce dernier se définit notamment par l'identification de « […] *verbes ayant tous un contenu "décisoire" (détermine, fixe, ordonne, régit, réglemente, autorise, défend, exclu, etc.)* »[642]. En d'autres termes et, si nous nous référons à la pensée de Hans Kelsen, « *une loi qui ne formule que des recommandations n'est pas une loi, mais quelque chose qui est en forme de droit sans constituer une norme juridique* »[643]. C'est en ce sens que Pierre Mazeaud considère que « *la loi ne doit pas être un*

---

[637] C.C., 29 décembre 2005, *préc.*
[638] C.C., 29 décembre 2005, *préc.*
[639] C.C., 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, n°2000-437 DC, *Rec*. C.C., p. 190, *JO* du 24 décembre 2000, p. 20576.
[640] H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 463.
[641] R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984, n°12.
[642] P. Mazeaud, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP* 2005, actu. 70.
[643] P. Avril, J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 158.

rite incantatoire. Elle doit être faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits »[644]. Il souligne également que « *la loi n'est pas faite pour affirmer des évidences, émettre des vœux ou dessiner l'état idéal du monde (en espérant sans doute le transformer par la seule grâce du verbe législatif)* »[645]. En d'autres termes, la fonction symbolique inhérente à la loi doit être placée derrière la vocation concrète de la loi, sous peine d'une confusion entre le discours et la norme. Ainsi, certains titres de lois sont « *transformés en techniques d'affichage* » afin de véhiculer un message ou dissimuler la réalité d'une loi[646].

155. En 2004, le Conseil constitutionnel rappelle ainsi que « *la loi est l'expression de la volonté générale* »[647] et considère qu'elle « […] *a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* »[648], ce qui entre en résonance avec la circulaire du 1er juillet 2004 qui rappelle que « *les projets de loi ne doivent pas comporter de dispositions sans contenu normatif, se limitant à des déclarations de principe ou à la présentation de la philosophie du texte. En effet, les lois ont pour objet d'autoriser, d'ordonner, d'interdire, de créer des droits et des obligations* […] »[649]. Dans les années 1980, Jean Foyer, ancien Garde des sceaux, attirait déjà l'attention sur certains textes législatifs « *dont la charge juridique est nulle* » qu'il qualifiait de « *neutrons législatifs* »[650]. La dénonciation de « *dispositions sans portée normative ou à portée normative incertaine* »[651] est relayée par le Conseil constitutionnel. En 2004, une proposition de loi constitutionnelle rappelle que les lois revêtent une portée normative « *par nature* »[652]. Lors de son discours de cérémonie des vœux, le 3 janvier 2005, le Président du Conseil constitutionnel affirmait que « *le conseil constitutionnel est* […] *prêt à censurer désormais les neutrons législatifs* »[653]. En effet, si le Conseil constitutionnel avait eu pour habitude d'indiquer l'absence d'« *effets* »[654]

---

[644] P. Mazeaud, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *op. cit.*
[645] *Ibid*.
[646] N. Molfessis, « Le titre des lois », *in Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 61.
[647] Art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789.
[648] C.C., 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, n°2004-500 DC, *Rec*. C.C., p. 116, *JO* du 30 juillet 2004, p. 13562.
[649] Art. 2.1.1.1 de la circulaire du 1er juillet 2004 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal Officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre.
[650] J. Foyer, *Loi d'orientation de la recherche et du développement technologique*, 3ème séance, AN, 21 juin 1982, p. 3667.
[651] C.C., *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, mars 2005, n°17.
[652] Proposition de loi constitutionnelle n°1832, présentée par M. J.-L. Debré, tendant à renforcer l'autorité de la loi.
[653] P. Mazeaud, « Vœux du Président du Conseil constitutionnel le 3 janvier 2005 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2005, n°18.
[654] C.C., 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, n°82-142 DC, *Rec*. C.C., p. 52, *JO* du 29 juillet 1982, p. 2424.

juridiques ou de « *caractère* »[655] normatif de certaines dispositions sans les censurer, les dernières décisions semblent illustrer la reconsidération de sa position[656]. Pour la première fois, dans une décision du 21 avril 2005, le Conseil constitutionnel déclare une disposition législative contraire à la Constitution au motif qu'elle est « *manifestement dépourvue de toute portée normative* »[657]. Le discours relatif au défaut de normativité de certaines dispositions s'étend. Une circulaire du 19 janvier 2006 dénonce notamment « *la pratique consistant à introduire des dispositions qui n'ont pas de caractère législatif* » ce qui pourrait « *affecter le travail législatif* » et « *porter atteinte au prestige de la loi* »[658]. Dans la même lignée, le rapport du Conseil d'Etat de 2007 dénonce des « *dispositions dont l'utilité et la pertinence sont douteuses* »[659].

156. Un autre constat vient corroborer l'idée d'un affaiblissement normatif de la loi. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la pratique récurrente d'ajout d'une annexe à une loi et, notamment, sur l'attribution d'un caractère normatif à ces dispositions. Le Conseil d'Etat avait déjà traité cette question dans le cadre d'un rapport relatif aux orientations de la politique de santé et de sécurité sociale placé en annexe de la loi de financement et de sécurité sociale pour 1998. Il avait alors considéré que ce rapport ne pouvait revêtir une valeur normative à la différence des dispositions législatives[660]. Le Conseil constitutionnel adopte une position similaire dans une décision du 22 août 2002 lorsqu'il souligne que « […] *les "orientations" présentées dans le rapport figurant à l'annexe 1 de la loi déférée ne relèvent en revanche d'aucune des catégories de textes législatifs prévues par la Constitution et ne sont dès lors pas revêtues de la valeur normative qui s'attache à la loi* »[661]. Jean-Pierre Camby considère, à cet effet, qu'à la différence des lois de programme dont les rapports annexés peuvent refléter « *un débat sur des orientations, des objectifs ou des affirmations*

---

[655] C.C., 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n°2003-467 DC, *Rec*. C.C., p. 211, *JO* du 19 mars 2003, p. 4789.
[656] C.C., *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, op. cit*.
[657] C.C., 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, n°2005-512, *Rec*. C.C., p. 72, *JO* du 24 avril 2005, p. 7173.
[658] Circulaire du 19 janvier 2006 relative au respect des articles 34 et 37 de la constitution, *JO* n°18 du 21 janvier 2006, p. 1002.
[659] C.E., *Rapport public 2007*, Paris, La Documentation française, mars 2007, n°58, p. 95.
[660] C.E., Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et Lipietz*, n°194658 et n°196116, *Rec*. p. 37 ; Concl. C. Maugüé, *RFDA* 1999, p. 357.
[661] C.C., 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, n°2002-460, *Rec*. C.C., p. 198, *JO* du 30 août 2002, p. 14411 ; V. également : C.C., 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n°2002-461, *Rec*. C.C., p. 204, *JO* du 10 septembre 2002, p. 14953.

dénuées de normativité », il n'en demeure pas moins que « *la loi ordinaire ne saurait désormais mêler de tels neutrons à des dispositions impératives* »[662].

157. Par ailleurs, le défaut de clarté et d'intelligibilité concourt à la « *dégradation de la qualité de la loi* »[663] et, par conséquent, à l'incertitude du droit. Dans un premier temps, il convient de clarifier les définitions respectives de ces deux notions. Le principe de clarté est inhérent au principe de sécurité juridique[664]. Il est issu de l'article 34 de la Constitution de 1958. Ainsi, le 16 janvier 1982, le Conseil constitutionnel considère qu'en l'espèce, les dispositions d'une loi « *sont suffisamment claires et précises* »[665], conformément à l'article précité de la Constitution. De même, dans une espèce, en 1987, le professeur Bertrand Mathieu entrevoit une reconnaissance du principe de clarté par le Conseil constitutionnel[666].

Force est de constater que la frontière est ténue entre le principe de clarté et l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité. Une certaine proximité dans leur portée et leur contenu peut être relevée. Ainsi, le Conseil constitutionnel a « *fait pour la première fois la synthèse des exigences constitutionnelles en cause* »[667], dans une décision du 12 janvier 2002 : « […] *le principe de clarté de la loi* […] *et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi* […] *lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »[668].

La doctrine nous permet de mieux appréhender les différences entre ces deux notions. Ainsi, selon certains auteurs « *l'objectif d'intelligibilité englobe et dépasse l'exigence de clarté* […] »[669]. Ils en déduisent que *« le Conseil constitutionnel semble donc bien viser, par l'exigence de clarté de la loi, la nécessité que les règles posées ne soient ni confuses ni équivoques alors que l'objectif reconnu en 1999 ferait plus généralement obstacle à un degré*

---

[662] J.-P. Camby, « La loi et la norme (à propos de la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005) », *RD publ.* 2005, n° 4, p. 849-867.
[663] P. Mazeaud, « Voeux du Président du Conseil Constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République le 3 janvier 2005 à l'Elysée », *op. cit.* ; C.E., *Rapport public pour 2006*, Paris, La Documentation française, mars 2006, p. 373.
[664] M.-A. Frison-Roche, W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, n°23, p. 364.
[665] C.C., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, n°81-132 DC, *Rec*. C.C., p. 18, *JO* du 17 janvier 1982, p. 299.
[666] B. Mathieu, « France », *Table ronde « constitution et sécurité juridique », AIJC* 1999, p. 164.
[667] A.-L. Valembois, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2005, n°17.
[668] C.C., 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, n°2001-455 DC, *Rec*. C.C., p. 49, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1053.
[669] L. Favoreu, L. Gay, V. Lanisson *et al.*, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel. 1er janvier-31 mars 2002 », *RFDC* 2002, vol. 2, n°50, p. 345-445, spéc. p. 429.

inutilement élevé d'hermétisme de la loi »[670]. Bertrand Mathieu différencie également ces deux notions ; elles « *représentent deux aspects d'une même exigence, mais répondant à des considérations différentes et affectées d'un rôle distinct en ce qui concerne les modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité* »[671]. La distinction entre le principe de clarté et l'objectif d'intelligibilité de la loi ne semble donc pas évidente. Il règne ainsi une certaine confusion dans les décisions du Conseil constitutionnel[672], comme le souligne Laure Milano[673].

158. Depuis une décision du 27 juillet 2006[674], « *il n'est plus question* […] *du principe de clarté* »[675]. Le Conseil constitutionnel considère l'objectif d'intelligibilité « *comme la norme de référence unique en la matière* »[676]. L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, issu de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[677], consacré en 1999[678], revêt désormais une valeur constitutionnelle.

Selon Marie-Anne Frison-Roche et William Baranès, « *d'une façon générale, une chose est intelligible si son sens peut être perçu par l'activité intellectuelle humaine* »[679]. Ces deux auteurs citent les systèmes juridiques américain et canadien qui définissent « […] *la loi inacceptable comme celle qui est tellement imprécise et obscure qu'elle permet l'arbitraire de ceux qui l'appliquent* »[680]. De la même manière, Philippe Malaurie souligne que « *l'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire* […] »[681]. Il ajoute qu'« *une loi inintelligible est une mascarade juridique. Seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que*

---

[670] *Ibid*.
[671] B. Mathieu, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *LPA* 2002, n°191, p. 15.
[672] C.C., 18 juillet 2011, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, n°2001-447 DC, *Rec*. C.C., p. 89, *JO* du 21 juillet 2001, p. 11743.
[673] L. Milano, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RD publ.* 2006, n°3 ; V. également : A. Jennequin, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *RFDA* 2009, p. 913.
[674] C.C., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540 DC, *Rec*. CC, p. 88, *JO* du 3 août 2006, p. 11541.
[675] A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du conseil constitutionnel*, 2006, n°21, p. 74-78.
[676] *Ibid*.
[677] Art. 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et citoyen, 1789.
[678] C.C., 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, n°99-421 DC du 16 décembre 1999, *Rec*. CC, p. 136, *JO* du 22 décembre 1999, p. 19041.
[679] M.-A. Frison-Roche, W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *op. cit.*, p. 363.
[680] *Ibid*.
[681] P. Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *op. cit.*, p. 131.

l'on peut attendre du droit : la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur »[682].

159. Cependant, la qualification d'intelligibilité d'une loi est relative puisqu'elle est conditionnée par le destinataire de cette même loi[683]. Pierre de Montalivet considère ainsi que « *l'objectif n'est pas véritablement d'assurer pleinement l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi mais de tendre vers ce but. Cette accessibilité et cette intelligibilité sont en quelque sorte un "idéal-type", vers lequel le législateur doit tendre mais qu'il ne peut atteindre totalement* »[684]. D'autre part, le Conseil constitutionnel censure rarement des dispositions législatives sur le fondement de l'inintelligibilité de la norme[685].

Si la qualité de la loi constitue une condition préalable à l'accessibilité de l'usager au droit, se pose la question des possibilités qui lui sont offertes afin d'accéder au droit en vigueur.

B. UNE ACCESSIBILITÉ AU DROIT RELATIVE

160. L'accessibilité au droit peut être définie « *comme la possibilité pour les destinataires d'en prendre connaissance* »[686]. En d'autres termes, l'accessibilité désigne la possibilité matérielle de consulter les normes juridiques. Si cette accessibilité matérielle fonde le principe de présomption de connaissance du droit (1), elle ne constitue pas une garantie irréfragable d'un accès intellectuel au droit (2).

1. L'accessibilité matérielle, fondement de la présomption de connaissance du droit

161. Emmanuel Cartier considère que la « *communicabilité de la règle de droit* » constitue « *dans les pays de tradition romano-germanique* […] *une condition de son opposabilité aux administrés* »[687]. Toute règle de droit doit être accessible par l'usager afin qu'il puisse appréhender les conséquences de ses actes. En effet, selon Frédéric Douet, « *à*

---

[682] *Ibid*.
[683] V. Champeil-Desplats, « Les clairs-obscurs de la décision du 13 janvier 2005 », *AJDA* 2005, p. 908.
[684] P. de Montalivet, « La "juridicisation" de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *in La confection de la loi*, rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, P.U.F, 2005, p. 99-136.
[685] A. Jennequin, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *op. cit*.
[686] X. Souvignet, « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, 2008, n°1, p. 33.
[687] E. Cartier, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria* 2008, n°1, p. 57.

défaut, les sujets de droit seront soumis à des normes dont ils ignoraient la vocation, à régir leurs situations. Une norme juridique non aisément accessible est donc un facteur d'insécurité »[688].

Déjà en 1997, le Conseil d'Etat avait favorisé l'accessibilité par « *la consécration de la diffusion de la jurisprudence comme mission de service public* »[689]. De même, en 2004, la Cour de cassation a effectué un bilan relatif à l'accessibilité de la jurisprudence[690]. En outre, la loi du 12 avril 2000 dispose que « *les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller* »[691].

162. La « *communicabilité de la règle de droit* » résulte de deux opérations, inscrites à l'article 1er du Code civil : la promulgation et la publication de la loi par lesquelles, selon la formule de Pascale Deumier, « *l'une la rend exécutoire, l'autre lui confère son opposabilité* »[692]. Ainsi, le procédé de publicité désigne « *l'opération par laquelle les actes sont portés à la connaissance des intéressés* »[693]. La publication a donc pour fonction l'accessibilité de la loi aux usagers auxquels leur incombe tout de même l'effort d'en connaître le contenu. La connaissance de la loi est donc présumée, eu égard à l'acte matériel de publication. L'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » (*nemo legem ignorare censetur*) prend alors tout sons sens. Il traduit « […] *un principe de raison sans lequel toute vie en société serait impossible* »[694] mais également une « *fiction nécessaire, ciment de l'ordre social* »[695]. Selon Pascale Deumier, « *cette présomption est dotée de la force obligatoire maximale puisque nul ne peut plus invoquer son ignorance pour échapper à l'application de la loi* »[696]. De la même manière, Serge Guinchard et Gabriel Montagnier soulignent que cet adage « *interdit à quiconque de se retrancher derrière son ignorance du droit pour échapper*

---

[688] F. Douet, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, Paris, L.G.D.J, 1997, p. 2.
[689] C.E., 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de paris*, n°181611, *Rec*. p. 491 ; Concl. J.-D. Combrexelle, *AJDA* 1998, p. 362 ; B. Nouel, *AJDA* 1998, p. 362 ; B. Jorion, *D*. 1998, p. 591.
[690] E. Lesueur de Givry, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », *rapport de la Cour de cassation pour 2003*, 2004.
[691] Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits de citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* n°88 du 13 avril 2000, p. 5646.
[692] P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA* 2000, n°46, p. 6.
[693] G. Vedel, P. Devole, *Droit administratif*, t. 2, Paris, P.U.F, 1992, p. 296.
[694] F. Terré, « Le rôle actuel de la maxime nul n'est censé ignorer la loi », *in Etudes de droit contemporain*, 1996, I, p. 91 et s.
[695] F. Terré, *Le droit*, Paris, Flammarion, 1999, p. 62.
[696] P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *op. cit*.

à ses obligations »[697]. Ainsi, dans une espèce, alors que les requérants avaient invoqué « *l'absence d'accessibilité et d'intelligibilité suffisantes des dispositions ayant apporté cette modification* », la Cour de cassation considère que « *s'agissant de professionnels qui ne pouvaient pas ignorer la réglementation applicable à leur spécialité, leur faute est certaine* »[698].

163. Le caractère opposable de la loi naît donc de son adoption, de sa promulgation et de sa publication et ce sans tenir compte de sa connaissance ou méconnaissance[699]. Selon Portalis, « *c'est la même chose* […] *d'avoir connu la loi ou d'avoir pu la connaître* »[700], ce qui amène Pascale Deumier à qualifier cette connaissance de « *mythe* » ou encore d'« *alibi fictif* »[701]. En définitive, la présomption de connaissance du droit masque la connaissance réelle que détiennent les usagers d'une loi. En effet, « *on peut porter un texte à la connaissance des intéressés, mais non s'assurer qu'ils l'ont lu – et encore moins compris* »[702].

2. <u>Une accessibilité intellectuelle au droit illusoire</u>

164. L'accès matériel à un texte juridique ne garantit pas l'accès intellectuel à ce même texte. Selon Antoine Jeammaud, « *l'ignorance de masse est le lot de la majorité des règles en vigueur, souvent connues des seuls spécialistes ou praticiens de leur domaine* »[703]. Il en résulte que « *s'il y a un progrès de la connaissance à rechercher, il réside plus vraisemblablement dans le mouvement qui permet aux destinataires d'aller vers le droit, que dans le mouvement qui porte la loi à la connaissance de ses destinataires* »[704]. Les règles relatives à l'activité médicale sont éparses et font l'objet de modifications récurrentes. Par conséquent, rien ne permet de garantir avec certitude que les règles en vigueur soient connues. De nombreux exemples illustrent ce propos dans le domaine médical. Le corps médical, s'il dispose d'un accès matériel aux textes de droit relatifs à sa pratique professionnelle comme tout citoyen, méconnaît les textes dans leur contenu juridique et leur application possible.

---

[697] S. Guinchard, G. Montagnier, *Locutions latines juridiques*, V° « *Nemo censetur ignorare legem* », Paris, Armand Colin, 2004.
[698] Cass. 2ème civ., 4 nov. 2004, n°03-15.220.
[699] P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *op. cit*.
[700] J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, Paris, éd. Confluences, 1999, p. 26.
[701] P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *op. cit*.
[702] R. Libchaber, « Connaissance de la loi, connaissance du droit », *RTD Civ*. 2002, p. 174.
[703] A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, p. 212.
[704] R. Libchaber, « Connaissance de la loi, connaissance du droit », *op. cit.*, p. 175.

165. D'abord, les dispositions juridiques issues de la loi du 22 avril 2005 dite *loi Léonetti*[705] demeurent peu ou prou connues par le monde médical. En 2008, soit trois ans après la promulgation de la loi, un rapport parlementaire révèle une méconnaissance de cette loi par les médecins[706]. Il appuie notamment ses conclusions sur une enquête de la revue *Panorama du médecin*, menée en juin 2008, qui démontre que 70 % des médecins libéraux de l'Essonne interrogés ne connaissent pas cette loi[707]. De la même manière, Renaud Clément, à partir d'une étude effectuée auprès de 127 médecins libéraux en 2008, indique que 79,5 % des médecins interrogés méconnaissent cette loi[708]. Le rapport parlementaire dresse le même constat s'agissant des médecins qui exercent dans des établissements hospitaliers à forte activité cancérologique parmi lesquels le groupe hospitalier Cochin : « *à l'occasion d'un cours à des médecins généralistes sur la douleur, j'ai réalisé que, sur soixante qui étaient intéressés par le sujet et étaient assez motivés pour venir, aucun ne connaissait ni la loi Léonetti ni le principe du double effet* »[709]. Le rapport cite également les propos de Marie de Hennezel, qui forte de sa mission d'évaluation des structures palliatives de 2005 à 2007[710], conclut que « *la loi est mal connue, donc mal interprétée et mal appliquée* »[711]. Par ailleurs, une enquête réalisée en 2009, auprès des médecins hospitaliers, révèle que seuls 37 % des médecins connaissent ce texte juridique[712]. Une enquête auprès de médecins généralistes du département de l'Isère souligne que 55,3 % des médecins ont connaissance de cette loi[713]. Enfin, une étude menée auprès d'internes en médecine, futurs praticiens, souligne que les connaissances relatives à la loi Léonetti de la majorité des étudiants sont insuffisantes[714]. La méconnaissance de la loi Léonetti par les médecins semble donc incontestable.

---

[705] Loi n°2005-370 du 22 avril 2005, *préc*.

[706] J. Léonetti, *Rapport d'information fait 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 la vie*, n°1287, Paris, La Documentation française, décembre 2008, 1005 p.

[707] A. Civard-Racinais, « Fin de vie : faut-il changer la loi ? », *Panorama du médecin*, 16 juin 2008, n°5107, p. 12-19.

[708] R. Clément, *Que font les médecins face à des demandes de mort de malades en situation de fin de vie*, thèse de doctorat en sciences soutenue le 17 juin 2008 à l'Université Paris V-René Descartes, p. 34.

[709] J. Léonetti, *Rapport d'information fait 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 la vie, op. cit.*, p. 15.

[710] M. de Hennezel, *La France palliative*, Paris, La Documentation française, octobre 2007, 159 p.

[711] J. Léonetti, *Rapport d'information fait 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 la vie, op. cit.*, p. 16.

[712] E. Lindenmeyer, B. Lalanne, S. Plaindoux, J.-B. Reymond, « La loi Léonetti : une loi médiatisée ? Connaissance et application dans un établissement hospitalier », *Journal européen des urgences*, juin 2009, vol. 22, n°S2.

[713] C. de Bazelaire, G. Laval, R. Aubry, « Loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie une loi mal connue parce que mal expliquée », *La revue du praticien*, 2009, vol. 59, p. 768-773.

[714] S. Gromb, J. Hiquet, B. Paternostre, « Les futurs praticiens et la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie : photographie de l'existant et attentes en matière de formation. Enquête auprès de vingt internes », *RDS* 2012, n°47, p. 395.

Le principe « *nul n'est censé ignorer la loi* » présente également une difficulté pratique pour le médecin qui, s'agissant de l'euthanasie et des soins palliatifs, s'il ne peut ignorer la loi Léonetti, doit également disposer d'une connaissance exhaustive du droit applicable à ce sujet c'est-à-dire appréhender le Code de déontologie médicale mais également le Code de la santé publique et le Code pénal[715].

166. Par ailleurs, la personne de confiance, notion issue de la loi du 4 mars 2002 codifiée à l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique[716], reste méconnue des médecins, bien qu'elle soit exploitée dans diverses lois[717] qui indiquent les situations dans lesquelles la personne doit être consultée. D'une part, cette notion fait l'objet de confusions avec la « *personne à prévenir* » ou encore avec le « *mandataire de protection future* »[718], institué par la loi du 5 mars 2007[719]. D'autre part, en 2007, une enquête menée auprès de médecins généralistes met en exergue la confusion opérée entre « *personne de confiance* » et « *aidant naturel* » ou « *référent familial* », la personne de confiance désignée pouvant être une personne de la famille[720]. Il résulte de ces amalgames juridiques que le médecin « *ne sait pas quelle valeur donner à la parole de la personne de confiance, parole indépendante ou représentante ?* »[721].

Une étude relative à la compréhension et aux modalités d'utilisation de la personne de confiance a été menée en 2008, au sein de l'Unité d'Oncologie psycho-sociale de l'Institut Claudius Regaud[722]. Elle met en évidence que si les soignants connaissent l'existence du dispositif de la personne de confiance, en revanche, ils en ignorent le rôle et les responsabilités. Ainsi, 37,8 % des soignants interrogés ont une vision interprétative ou déformée du texte de loi. Plus précisément, il est démontré que si 95,4 % des soignants

---

[715] G. Devers, « Un Code de déontologie, pour quoi faire ? », *op. cit.*, p. 122-139, spéc. p. 131.
[716] Art. L. 1111-6 du CSP : « *Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin* […] ».
[717] Loi n°2004-800 du 6 août 2004, *préc.* ; Loi n°2004-806 du 9 août 2004, *préc.* ; Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 *préc*.
[718] D. Berthiau, « La personne de confiance : la dérive d'une institution conçue pour de bonnes raisons. Tentative d'explication d'un insuccès », *Méd. et Dr.* 2008, n°89, p. 40.
[719] Loi n°2007-308 du 5 mars 2007, *préc*.
[720] A. Quétil, « La personne de confiance, l'état des lieux en médecine de ville », *in Les actes de la journée organisée par le Centre d'éthique clinique de l'hôpital Cochin*, 26 octobre 2007.
[721] D. Berthiau, « La personne de confiance : la dérive d'une institution conçue pour de bonnes raisons. Tentative d'explication d'un insuccès », *op. cit.*
[722] M. Zamith, M. Delanghe-Destrac, L. Domingo *et al.*, « La personne de confiance : de la loi à la réalité du terrain », *Bull. Cancer* 2008, vol. 95, n°7, p. 679-682.

connaissent la possibilité de désignation d'une personne de confiance par le patient, 55,2% des soignants ignorent que l'avis de la personne de confiance prime sur l'avis de la famille.

167. En outre, la loi « HPST » du 21 juillet 2009[723] semble également méconnue du corps médical, bien qu'elle modifie considérablement le champ sanitaire et médico-social. Une enquête effectuée auprès de 701 médecins généralistes entre le 16 octobre 2009 et le 2 novembre 2009 met en exergue que seuls 10 % des médecins répondants déclarent connaître très bien, bien ou assez bien la loi[724]. En outre, 47% des médecins répondants estiment que cette loi aura une influence limitée sur leur exercice.

168. Nous avons pu apprécier que l'instabilité du droit et l'incertitude du droit constituent deux obstacles majeurs à la sécurité juridique. Dans ces conditions, la connaissance du droit par le médecin qui s'avère déficitaire influence à notre sens le rapport qu'entretient le médecin avec le droit. A cet effet, il nous semble pertinent de confronter la rigueur des règles juridiques à la pratique médicale, qui laisse entrevoir une part d'initiative et de marge de manœuvre.

---

[723] Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009, *préc*.
[724] C. Sanfourche, « Les généralistes face à la loi HPST. Un désintérêt manifeste », *Pharmaceutiques*, décembre 2009, p. 12

Section 2. Réflexions sur la réception du droit par le corps médical

169. Le constat d'une connaissance lacunaire du droit par le médecin justifie une étude des rapports qu'entretiennent le droit et le corps médical. Il ne s'agit plus de déterminer comment l'activité médicale doit être appréhendée par la sphère juridique mais plutôt de définir comment la sphère juridique est reçue par le corps médical. Nous ne saurions nier que le foisonnement de règles juridiques et leur difficile accessibilité par le médecin profane sont à la source d'une difficile perception du droit par le médecin.

Si le droit est un moyen de régulation des rapports sociaux[725], il est assimilé par le corps médical à une ingérence dans la profession (§1). Aussi envisagerons-nous de confronter le droit à la pratique médicale afin de mettre en évidence les usages du droit par le médecin (§2).

§1. L'assimilation du droit à une ingérence dans la profession médicale

170. Longtemps considérée comme sacrée, la médecine est désormais encadrée par des règles de droit commun[726]. Mais leur nombre ne cesse de croître, proportionnellement aux avancées médicales et technologiques. Cette réglementation croissante de l'activité médicale est assimilée à une ingérence. Elle trouve son origine dans un sentiment de bureaucratisation de la fonction médicale (A) et une mise en danger des principes fondamentaux de l'exercice médical (B).

A. LE SENTIMENT D'UNE BUREAUCRATISATION DE LA FONCTION

171. Dans un récent rapport, le Docteur Michel Legmann, Président du Conseil National de l'Ordre des Médecins, souligne que les médecins libéraux auditionnés dans le cadre de la mission éprouvent « *un sentiment de "bureaucratisation" du métier* »[727]. Le Dictionnaire Larousse définit la bureaucratisation comme le « *processus par lequel la croissance excessive des fonctions administratives, techniques ou politiques de certains éléments d'un groupe social (groupes socioprofessionnels, organisations politiques ou syndicales, sociétés) tend à*

[725] G. Rousset, « Judiciarisation et juridicisation de la santé : entre mythe et réalité », *Carnets de bord*, 2009, n°16, p. 23-28, spéc. p. 24.
[726] V. notamment : F. Demichel, « Les contradictions actuelles du droit de la santé », *op. cit.*, p. 169-181, spéc. p. 170-171.
[727] M. Legmann, *Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale*, Paris, La Documentation française, avril 2010, 46 p.

constituer ceux-ci en une couche autonome (bureaucratie), dont les méthodes et le modèle de décision deviennent un trait dominant de l'ensemble des rapports sociaux »[728]. Le Dictionnaire Littré la définit comme la soumission « *au régime bureaucratique* » c'est-à-dire le processus « *d'influence de plus en plus générale que les bureaux, dans toutes les administrations, exercent sur toutes les entreprises* »[729]. En d'autres termes, la bureaucratisation désigne le phénomène de contrôle croissant de l'Etat et de l'administration sur les individus.

Dans un premier temps, nous déterminerons les complications administratives auxquelles doivent faire face les médecins (1). Dans un second temps, nous évoquerons les tentatives des pouvoirs publics pour simplifier l'exercice médical (2).

1. La mesure des complications administratives

172. Appliquée à l'activité médicale, la bureaucratisation correspond tout d'abord à un contrôle étatique et administratif de plus en plus grand sur le corps médical. Ainsi, elle se manifeste au travers du pouvoir de contrôle dont dispose le service du contrôle médical, organisé et dirigé par la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS)[730]. Ce « *contrôle par les organismes de protection sociale des pratiques* […] *(est) vécu comme de plus en plus tatillon et rapproché* »[731]. Selon Marc Lhéritier, ces contrôles puisent leur légitimité dans « *la gestion d'un service public* » et « *la maîtrise des dépenses de santé* »[732]. La possibilité d'action du service du contrôle médical repose sur la maîtrise médicalisée des dépenses de soins[733] mais également sur « *la lutte contre les excès, abus et fraudes* »[734] qui justifient des contrôles individuels. Conformément à l'article L. 315-1 du Code de la sécurité sociale, les contrôles médicaux portent « *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* […] ».

173. Le service du contrôle médical peut procéder à un contrôle dès lors qu'il constate des abus « *en matière de soins, de prescription d'arrêt de travail et d'application de la*

---

[728] *Dictionnaire Larousse*, V°« Bureaucratisation », 2012.
[729] *Dictionnaire de français Littré*, V°« Bureaucratisation », « Bureaucratie », 2012.
[730] Art. L. 221-1 al. 5 du CSS.
[731] M. Legmann, *Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale, op. cit.*, p. 11.
[732] M. Lhéritier, *Les litiges opposant les caisses primaires aux praticiens libéraux*, Bordeaux, L.E.H, 2000, p. 58.
[733] Ordonnance n°96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, *JO* n°98 du 25 avril 1996, p. 6311.
[734] Circulaire CNAMTS relative aux plans de contrôles 1999, CADBIR n°1/99, 8 février 1999.

tarification des actes et autres prestations »[735]. Une circulaire de la CNAMTS du 8 février 1999 précise de privilégier les enquêtes de contrôle d'activité « […] *sur ceux dont le nombre d'actes, leur répétition, leur facturation peut faire craindre des dysfonctionnements en termes de qualité ou en termes de respect des règles de facturation* », « […] *sur les praticiens pour lesquels est constatée une augmentation manifestement élevée des honoraires durant les trois dernières années* » et « *sur les médecins les plus prescripteurs* »[736]. Les modalités de détection des fraudes des médecins sont notamment décrites dans une circulaire de la CNAMTS : « *la détection des fraudes est opérée par des requêtes informatiques portant sur les bases informationnelles constituées, SNIIR-AM, ERASM et e.PMSI, dans le respect des textes liés à l'utilisation de l'informatique et à la protection des libertés* »[737]. L'analyse de l'activité du médecin s'effectue au travers de l'étude de « *l'ensemble des documents, actes, prescriptions et éléments relatifs à cette activité* »[738]. En outre, sous couvert du respect de la déontologie médicale, le service du contrôle médical peut procéder à la consultation des « *dossiers médicaux des patients qui ont fait l'objet de soins dispensés par le professionnel concerné au cours de la période couverte par l'analyse* » et peut « *en tant que de besoin, entendre et examiner ces patients* »[739]. Dans un arrêt du 19 décembre 2008 concernant un chirugien-dentiste, illustration que nous pouvons étendre aux médecins, le Conseil d'Etat ne contrevient pas à la légitimité du pouvoir du service du contrôle médical puisqu'il considère que « *les conditions dans lesquelles le service du contrôle médical a procédé à l'analyse de l'activité de M. A. étaient sans incidence sur la régularité de la saisine de la section des assurances sociales du Conseil Régional de l'Ordre et de la procédure suivie devant celle-ci* »[740].

174. En outre, le pouvoir de contrôle des caisses d'assurance maladie se manifeste au travers des avantages consentis aux médecins libéraux dès lors qu'ils répondent aux exigences des caisses. Ainsi, à titre d'illustration, le règlement arbitral applicable aux médecins libéraux, en l'absence de convention médicale, prévoit, en 2012, le bénéfice d'un forfait annuel de 250 euros, dans le cadre de l'utilisation de téléservices mis en œuvre par la CNAMTS. Ce forfait est versé au médecin sous réserve de l'exécution de certaines obligations telles que

---

[735] Art. L. 315-1 al. 2 du CSS.
[736] Circulaire CNAMTS relative aux plans de contrôles 1999, CADBIR n°1/99, 8 février 1999
[737] Circulaire CNAMTS relative au rappel des notions de fraudes, fautes, abus, activités dangereuses, répression et prévention des fraudes, CADBIR 30/2006, 20 juin 2006.
[738] Art. R. 315-1 du CSS.
[739] Art. R. 315-1 du CSS.
[740] C.E., 19 décembre 2008, *Médecin conseil près de la CPAM*, n°300838.

notamment « *être éligible au forfait annuel d'incitation à la télétransmission* » et « *émettre un minimum de 300 feuilles de soins en 2011* »[741]. De la même manière, la nouvelle convention médicale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011[742], remplace ces modalités d'aide à la transmission par l'attribution de 75 points d'une valeur unitaire de 7 euros sous réserve de la « *tenue du dossier médical informatisé avec saisie de données cliniques permettant le suivi individuel et de patientèle* »[743]. Ces avantages prévus par l'Assurance maladie sont octroyés en contrepartie d'obligations du médecin, ce qui permet à l'assurance maladie d'exercer et officialiser son contrôle sur les professionnels[744].

175. Par ailleurs, la bureaucratisation de l'activité médicale désigne le phénomène d'exigences administratives croissantes qui pèsent sur le médecin. Ainsi, ce dernier est de plus en plus soumis au remplissage de formulaires et à la rédaction de certificats. L'article R. 4127-76 du Code de la santé publique dispose que « *l'exercice de la médecine comporte normalement l'établissement par le médecin, conformément aux constatations médicales qu'il est en mesure de faire, des certificats, attestations et documents dont la production est prescrite par les textes législatifs et réglementaires* ». Il s'agit d'une véritable obligation pour le médecin puisque l'article R. 4127-50 du Code de la santé publique dispose que « *le médecin doit, sans céder à aucune demande abusive, faciliter l'obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit* ». Au total, ce sont donc plus de 80 certificats et formulaires administratifs pour lesquels le médecin est sollicité[745]. Ainsi, il doit rédiger des certificats conformément à la législation et la réglementation en vigueur, à l'instar du certificat médical d'accident de travail ou de maladie professionnelle[746] ou du certificat de vaccination de l'enfant[747].

---

[741] Art. 10 de l'arrêté du 3 mai 2010 portant approbation du règlement arbitral applicable aux médecins libéraux en l'absence de convention médicale, *JO* n°0104 du 5 mai 2010, p. 8110 : « *Le médecin doit être adhérent aux téléservices et téléprocédures mises à disposition par l'assurance maladie, et accessibles à ce jour par mon espace pro, et mon compte PS ameli ; atteindre un taux annuel de 75%* de protocole de soins électroniques, d'arrêt de travail dématérialisés (calcul portant sur les arrêts de travail prescrits au cabinet), percevoir le forfait annuel d'incitation à la télétransmission ; émettre un minimum de 300 feuilles de soins par an ».

[742] Arrêté du 22 septembre 2011 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et spécialistes, *JO* n°0223 du 25 septembre 2011, p. 16080.

[743] Art. 26.3 de la convention nationale *préc.*

[744] P. Leroux, V. Potié, *Le pouvoir disciplinaire des caisses d'assurance maladie sur les médecins libéraux*, CODECOMED, 13 février 2007, p. 13.

[745] M.-C. Roure-Mariotti, V. Federico-Roure, *80 certificats et formulaires administratifs médicaux*, Paris, Elsevier Masson, 2007, 383 p.

[746] Cerfa n°11138*01 (S 6909a, homologation ministérielle).

[747] Art. L. 3111-2, L. 311-3, L. 3111-5, L. 3112-1 et R. 2112-3, R. 3111-1, R. 3111-2, R. 3111-3, R. 3111-8, R. 3111-9, R. 3111-13, R. 3111-14, R. 3111-17, R. 3112-1, R. 3116-1, R. 3116-2 et D. 3111-7 du CSP.

De même, en matière de rédaction de documents et formulaires, conformément à l'article D. 312-158 du Code de l'action sociale et des familles, le médecin coordonnateur d'un Etablissement hébergeant des personnes âgées dépendantes (EHPAD) « *donne un avis sur les admissions des personnes à accueillir en veillant notamment à la compatibilité de leur état de santé avec les capacités de soins de l'institution* ». Par conséquent, le médecin traitant se trouve sollicité dans le remplissage des dossiers de pré-admission. Le médecin joue également un rôle prépondérant dans les demandes d'attribution et de renouvellement d'avantages sociaux, à l'instar de l'allocation aux adultes handicapés (AAH)[748], l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé (AEEH)[749] et l'allocation personnalisée d'autonomie (APA)[750].

Dans le domaine de la protection sociale, de nombreuses demandes d'accords préalables sont nécessaires pour certains actes et prestations, cités à l'article L. 162-1-7 du Code de la sécurité sociale et dont la rédaction et l'envoi à la caisse d'assurance maladie peut incomber au médecin. Il s'agit notamment de la demande d'accord préalable pour un transport ou encore pour un traitement d'assistance respiratoire de longue durée à domicile. En outre, la mise en œuvre du parcours de soins coordonnés, institué par la loi du 13 août 2004[751] et applicable depuis 2005, constitue un autre exemple d'exigence administrative. En 2006, soit un an après sa mise en place, le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM) constate que « *les imprimés liés au "parcours de soins coordonnés" sont longs à remplir et entraînent une surcharge administrative pour les praticiens, à contre-courant de tous les rapports et études qui font état de la nécessité dans une situation de démographie médicale tendue de diminuer le temps administratif au profit du temps médical* »[752]. Il rappelle également que « […] *le médecin ne saurait tenir le rôle d'un agent comptable chargé de remplir des formulaires après un interrogatoire de l'assuré social* »[753].

La liste des certificats, attestations et formulaires n'est pas limitative. Le médecin est régulièrement sollicité pour rédiger des certificats réclamés par les administrations, sans fondement juridique. La rédaction de certificats d'absence scolaire constitue une parfaite

---

[748] Art. L. 114-1-1, L. 244-1 du CASF ; articles L. 821-1, L. 821-2 et D. 821-1 du CSS.
[749] Art. L. 114-1 du CASF ; Art. L. 541-1, R. 541-1 à R. 541-3 du CSS.
[750] Art. L. 232-1, L. 232-2, L. 232-12, R. 232-1, R. 232-3 et R. 232-23 du CASF.
[751] Loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, *JO* n°190 du 17 août 2004, p. 14598.
[752] CNOM, « Assurance maladie et difficultés d'exercice », Communiqué de presse, 2 février 2006. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 12 mai 2011.
[753] *Ibid.*

illustration de ce phénomène. Dans la pratique, les directeurs d'établissements scolaires exigent que l'absence de l'enfant scolarisé soit justifiée par un certificat alors même que la rédaction d'un certificat médical à usage scolaire ne trouve de fondement légal que dans les cas d'absences dues à une maladie contagieuse[754].

176. Le temps administratif constitue une donnée non négligeable. Il permet d'appréhender l'ampleur de ce phénomène de bureaucratisation. Le « *travail administratif* » est composé de plusieurs volets : un volet médical correspondant à la gestion des dossiers de sa patientèle, un volet relatif à la gestion de l'activité comprenant notamment la comptabilité et un volet intitulé « *paperasse* ». Ce dernier est particulièrement intéressant. Il correspond à l'ensemble des obligations administratives qui incombent au médecin[755]. Ces nombreuses obligations qui pèsent sur l'exercice professionnel quotidien du médecin peuvent être sources de conséquences néfastes. En effet, elles conduiraient à un épuisement professionnel des médecins, surnommé le « *Burn-Out* »[756]. Ainsi, une étude réalisée par l'URPS Médecins libéraux d'Ile-de-France, en juin 2007, auprès d'un échantillon de 10 000 médecins et, avec un taux de retour de 22,5 %, souligne que 53 % des médecins répondants estiment être menacés par l'épuisement professionnel dont ils attribuent majoritairement l'apparition à « *l'excès de paperasserie* » et à « *l'augmentation des contraintes collectives* »[757].

Les conséquences néfastes de la bureaucratisation de la médecine amènent à rechercher des remèdes à ce phénomène. Le discours des pouvoirs publics s'oriente vers une simplification administrative de l'exercice médical.

---

[754] V. Circulaire ministérielle n°76-288 du 8 septembre 1976 relative aux certificats médicaux pour absence des élèves, *BO* n°35 du 30 septembre 1976 ; Arrêt interministériel du 3 mai 1989 relatif aux durées et conditions d'éviction, mesures de prophylaxie à prendre à l'égard des élèves et du personnel dans les établissements d'enseignement et d'éducation publics et privés en cas de maladies contagieuses, *JO* du 31 mai 1989, p. 6806 ; Circulaire n°2004-054 du 23 mars 2004 relative au contrôle et à la promotion de l'assiduité des élèves soumis à l'obligation scolaire, *BO* n°14 du 1er avril 2004 ; Note de service n°2009-160 du 30 octobre 2009 relative aux demandes de certificats médicaux en milieu scolaire, *BO* n°43 du 19 novembre 2009.

[755] J. Micheau, E. Molière, *Activité et emplois du temps des médecins libéraux*, DREES, mai 2010, n°98, p. 48.

[756] V. Ch. Reynaert, Y. Libert, P. Janne *et al*., « Comment allez-vous, Docteur ? Le burn-out du médecin », *Louvain Med.* 2001, p. 296-310.

[757] E. Galam, « L'épuisement professionnel des médecins libéraux franciliens : témoignages, analyses et perpectives », Commission Prévention et santé publique, URML Île- de-France, Juin 2007.

2. Une volonté affichée de simplifier l'exercice médical

177. En 2006, Philippe Bas, Ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille soulevait le problème de l'application de la loi de financement de sécurité sociale du 20 décembre 2005 en vertu de laquelle « *les médecins exerçant la même spécialité au sein d'un cabinet médical situé dans les mêmes locaux peuvent être conjointement désignés médecins traitants* »[758]. En effet, si cette disposition a pour objectif de simplifier l'exercice médical, il en est tout autrement en pratique puisque les médecins doivent tout de même porter le code « *Médecin Traitant Remplacé* » (MTR) sur la feuille de soins électronique. Selon Yannick Boidin, « *cette opération active, à caractère purement administratif, alourdit inutilement l'acte des médecins concernés* »[759]. Face à ce problème administratif, le Ministre annonça que l'Assurance maladie s'attelait *« à une modification de ses systèmes d'information pour que les médecins exerçant en groupe et désignés conjointement par le patient disposent d'une identification spécifique sur les feuilles de soins* »[760]. Les systèmes d'information n'ont subi aucun changement. Par conséquent, les médecins continuent donc de réaliser cette opération administrative.

178. Une volonté de simplifier l'exercice médical s'avère donc nécessaire. Ainsi, le programme de simplification administrative pour l'exercice libéral du 12 janvier 2007 énonce que l'Assurance maladie, la Mutualité sociale agricole (MSA), le Régime social des indépendants (RSI) et le Ministère de la santé ont « *engagé un programme de simplifications administratives afin de permettre aux professionnels de santé libéraux de consacrer plus de temps à la pratique médicale* ». En outre, le Président de la République, lors de la cérémonie des vœux le 20 janvier 2011, s'exprimait de la sorte : « *il faut simplifier leur (les médecins) condition d'exercice au quotidien. Il faut leur (les médecins) rendre du temps médical* […] ». Par conséquent, suite à la concertation du Ministre de la santé, Xavier Bertrand, avec les syndicats médicaux, une instance de simplification administrative regroupant les syndicats des médecins libéraux et les représentants de l'Assurance maladie a été créée le 4 février 2011, sous la direction du Haut Conseil pour l'Avenir de l'Assurance Maladie (HCAAM)[761].

---

[758] Art. L. 162-5-3 du CSS.

[759] Question orale sans débat n°0966S de Y. Boidin, Sénat, JO du 21 mars 2006, p. 568 ; Réponse du Ministère délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille, Sénat, *JO* du 22 mars 2006, p. 2353.

[760] Propos de Philippe Bas, 2006. Consulté sur : *http://www.i-med.fr*, le 10 mars 2011.

[761] Art. 72 de la loi n°2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006, *JO* n°295 du 20 décembre 2005, p. 19531 ; Décret n°2008-1058 du 14 octobre 2008 modifiant le décret n°2006-

179. En premier lieu, cette instance a proposé de créer un dossier médical unique de pré admission en EHPAD afin d'éviter aux médecins de réitérer le remplissage du document lors de chaque demande d'entrée dans un EHPAD. Cette disposition est entrée en vigueur suite au décret du 13 avril 2012 et à l'arrêté du 13 avril 2012[762]. Obligatoire depuis le 1er juin 2012, le dossier unique de demande d'admission des personnes âgées concerne environ 225 000 admissions par an[763]. En second lieu, cette instance a souhaité créer une charte du contrôle médical, à l'instar de celle des services de la fiscalité ou de l'URSSAF, suite aux plaintes des médecins d'être poursuivis pour des « *délits statistiques* ». Le 16 mars 2012, la CNAMTS a publié une *charte du contrôle de l'activité des professionnels de santé par l'Assurance maladie* qui prévoit notamment le déroulement du contrôle de l'activité des professionnels, les obligations de l'Assurance maladie ou encore les devoirs du professionnel contrôlé[764]. Enfin, l'instance de simplification administrative a publié un support de communication destiné aux patients, aux administrations et aux médecins, annexé à la circulaire du 27 septembre 2011 relative à la rationalisation des certificats médicaux[765]. Face à des demandes abusives de certificats médicaux, ce document liste les situations pour lesquelles un certificat médical peut ou non être exigé. Il rappelle que « *le certificat médical ne se justifie que s'il a une raison médicale. Il n'est obligatoire que si un texte législatif ou réglementaire l'exige. Dans de nombreux autres cas, il n'est pas nécessaire. Réduire le nombre de certificats médicaux, c'est laisser du temps au médecin pour soigner ses patients* »

180. S'agissant de l'exercice de la médecine en milieu hospitalier, dans son rapport adopté le 17 mai 2011, l'Académie nationale de médecine propose de « *recentrer l'activité des médecins sur les soins en les soulageant des tâches et des réunions administratives qui les accablent* ». Elle ajoute que « *les pôles, qui distraient plusieurs milliers de praticiens*

1370 du 10 novembre 2006 relatif à la composition et au fonctionnement du HCAAM, *JO* n°0242 du 16 octobre 2008.

[762] Décret n°2012-493 du 13 avril 2012 relatif au dossier de demande d'admission dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, *JO* n°0091 du 17 avril 2012, p. 6939 ; Arrêté du 13 avril 2012 fixant le modèle de dossier de demande d'admission dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes prévu par l'article D. 312-155-1 du code de l'action sociale et des familles, *JO* n°0091 du 17 avril 2012, p. 6941.

[763] ARS Nord-Pas de Calais, *Simplification des procédures d'admission en EHPAD*, avril 2012. Consulté sur : *http://www.ars.nordpasdecalais.sante.fr*, le 12 mai 2012.

[764] CNAMTS, *Charte du contrôle de l'activité des professionnels de santé par l'Assurance maladie*, 16 mars 2012. Consulté sur : *http://www.ameli.fr*, le 9 mai 2012.

[765] Circulaire n°DSS/MCGR/DGS/2011/331 du 27 septembre 2011 relative à la rationalisation des certificats médicaux, *BO* Santé - Protection sociale - Solidarité, n°2011/10 du 15 novembre 2011, p. 336.

hospitaliers chefs de pôle, des activités de soins, ne doivent être maintenus que là où leurs avantages médico-économiques peuvent être objectivement établis »[766].

Certes, l'entreprise de simplification de l'exercice médical tend à réduire les méfaits d'une bureaucratisation de la fonction de médecin. Mais l'ingérence du droit se manifeste également au travers la mise en péril des principes fondamentaux qui définissent l'exercice médical.

B. LA MISE EN DANGER DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'EXERCICE MÉDICAL PAR LE DROIT

181. Dans un premier temps, les droits des médecins ont été affirmés par la charte médicale adoptée le 30 novembre 1927[767]. Le libre choix du médecin par le patient, le respect du secret professionnel, l'entente directe entre malade et médecin en matière d'honoraires et la liberté thérapeutique constituent les quatre piliers de la médecine libérale. Depuis 1947, le Code de déontologie médicale, applicable à tous les médecins, réaffirme ces grands principes[768]. Toutefois, certaines dispositions juridiques, perçues comme la manifestation d'une ingérence du droit dans l'exercice médical, mettent en danger, d'une part, la liberté thérapeutique (1), d'autre part, la liberté de prescription (2) et, enfin, la liberté d'installation (3).

1. Une liberté thérapeutique sous contraintes

182. Le Code de déontologie médicale, applicable à tout médecin, qu'il soit salarié ou libéral, et opposable à toute autorité administrative consacre l'indépendance du médecin, au travers de l'article R. 4127-5 du Code de la santé publique : « *le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit* ». Dans une affaire relative à la responsabilité d'un médecin, le 14 février 2002, le Tribunal des conflits assimile l'indépendance du médecin à « *un principe général du droit* »[769]. La première chambre civile

---

[766] Acad. Natle de Méd., *Propositions pour une réforme de l'assurance maladie*, rapport au nom de la commission VIII (Assurance maladie), 17 mai 2011.
[767] V. A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 2ème éd., Paris, P.U.F, 2009, p. 408 et s.
[768] Code de déontologie médicale, 28 juin 1947, *D.* 147-1169, 27 juin 1947, *JO* 28 juin 1947.
[769] T.C., 14 février 2000, n°00-029-29, *Bull. civ.* n°2 ; *D.* 2000, IR, p. 138 ; Note J. Hardy, *JCP* 2001, II, 10584 ; F. Vialla, *Les grandes décisions du droit médical*, *op. cit.*, p. 200.

de la Cour de cassation adopte un raisonnement similaire en qualifiant l'indépendance du médecin de « *principe général* »[770].

183. Dans le cadre de l'exercice de la médecine dans le secteur hospitalier, l'article L. 6143-7 alinéa 4 du Code de la santé publique garantit l'indépendance du médecin : « *le directeur exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s'imposent aux professions de santé, des responsabilités qui sont les leurs dans l'administration des soins et de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art* ». Ainsi, le 2 octobre 2009, le Conseil d'Etat rappelle que « […] *s'il incombe au directeur d'un centre hospitalier de prendre les mesures que les impératifs de santé publique exigent dans son établissement, au besoin en saisissant les autorités administratives ou ordinales compétentes pour prononcer des mesures d'interdiction professionnelle, il résulte que* […] *que le principe de l'indépendance professionnelle des médecins fait obstacle à ce que les décisions prises par un praticien dans l'exercice de son art médical soient soumises à l'approbation d'un autre médecin* »[771]. En l'espèce, le directeur d'un centre hospitalier avait subordonné l'ensemble des décisions pré-opératoires d'un praticien hospitalier du service d'oto-rhino-laryngologie à une validation préalable du chef de ce service.

Cependant, comme le soulignent les commentaires de l'article 5 du Code de déontologie médicale, « *à l'hôpital public, l'organisation des soins, la hiérarchisation de la responsabilité peuvent porter atteinte au principe de l'indépendance individuelle du praticien* ». En effet, l'organisation hiérarchique et pyramidale de l'hôpital peut constituer une entrave à l'indépendance de la décision du médecin hospitalier. Ainsi, les débats qui ont précédé la promulgation de la loi HPST témoignent d'une crainte du corps médical hospitalier d'une autorité accrue des directeurs hospitaliers et d'une forme de dépendance renforcée vis-à-vis d'eux. Dans un communiqué de presse du 9 février 2009, le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM) dénonce la mise en place d'une centralisation du pouvoir entre les mains du directeur de l'hôpital par le projet de la loi HPST. Il avait ainsi rappelé « *l'impossibilité pour le directeur d'imposer aux médecins hospitaliers des décisions contraires à l'indépendance professionnelle* ». Ainsi, la mise en place de la tarification à l'activité dite « T2A » dans les établissements de santé pourrait constituer un risque d'entrave

[770] Cass. 1ère civ., 26 juin 2001, *Bull. civ.* I, n°192, 2001, p. 122.
[771] C.E., 2 octobre 2009, *M. J.*, n°309247.

à l'indépendance du médecin. En effet, « *l'idée d'un paiement à l'activité met le médecin dans un conflit éthique entre son devoir médical et sa mission de gestion* »[772]. De même, la création de pôles d'activités en 2005[773], puis consacrée en 2009[774], introduit la signature de contrats d'objectifs et de moyens entre le directeur et le chef de pôle. Il en résulte, selon le CNOM, que « *ces contrats, s'ils n'ont apparemment qu'une valeur juridique limitée,* […] *font entrer incontestablement une certaine notion de rentabilité dans l'exercice de la médecine hospitalière* »[775]. Le CNOM ajoute également que « […] *la crainte de voir son service sanctionné par une diminution de ces crédits par exemple peut constituer une atteinte à l'indépendance professionnelle, consciente ou inconsciente* »[776].

184. La liberté thérapeutique est une manifestation du caractère indépendant de l'exercice médical. Le professeur Jean-Marie Auby souligne, à ce titre, que « *cette liberté thérapeutique correspond à ce que l'on appelle parfois l'indépendance technique du médecin. Quel que soit le contrat qu'il a conclu, le statut auquel il est soumis, qui peuvent entraîner diverses limitations à sa libre activité, le médecin doit demeurer indépendant au point de vue technique, c'est-à-dire dans l'exercice de son art* »[777]. De même, il ajoute que « *les libertés médicales correspondent à cette idée d'indépendance du médecin dans l'exercice de la profession libérale. Dès lors qu'il remplit les conditions d'exercice de la médecine,* […] *il appartient au médecin investi de la confiance de son client, de déterminer les types de soins, les médicaments, les techniques chirurgicales à employer, et ce dans l'intérêt du malade* »[778].

185. La liberté thérapeutique du médecin ne peut être réduite à la liberté de prescription. Elle englobe également les actes et les soins ce que souligne le professeur Louis Dubouis : « *l'expression liberté thérapeutique doit être préférée à celle de liberté de prescription (utilisée dans les textes) car l'activité médicale se traduit non seulement par les actes de soins ou de médicaments que le médecin prescrit mais d'abord par les actes qu'il accomplit lui-même* »[779]. La reconnaissance de la liberté thérapeutique du médecin ne fait pas obstacle à l'édiction de limites juridiques, à l'instar de l'article R. 4127-39 du Code de la santé publique,

---

[772] Entretien avec le Professeur A. Grimaldi, « Les dérives attendues de l'hôpital entreprise », *Journal PHAR*, 2006, n°40, p. 16.
[773] Ordonnance n°2005-406 du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé, *JO* n°102 du 3 mai 2005, p. 7626.
[774] Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009, *préc*.
[775] CNOM, *L'indépendance de la décision médicale*, Commission nationale permanente, 19 juin 2010, p. 34.
[776] *Ibid*.
[777] J.-M. Auby, « Les libertés médicales », *Traité de droit médical et hospitalier*, fasc. n°80, Paris, Litec, p. 2.
[778] *Ibid.*
[779] L. Dubouis, « La réforme de la médecine libérale : le statut des médecins », *RDSS* 1996, vol. 4, n°32, p. 745.

qui dispose que « *les médecins ne peuvent proposer aux malades ou à leur entourage comme salutaire ou sans danger un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé* » ou de l'article R. 4127-40 du même Code qui précise que « *le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié* ».

186. De même, la pratique de la médecine en établissement de santé ne saurait porter atteinte à la liberté thérapeutique. Ainsi, l'ancien article R. 4127-92 du Code de la santé publique, prévoyait qu'« *un médecin ne peut accepter que dans le contrat qui le lie à l'établissement de santé où il est appelé à exercer figure une clause qui, en faisant dépendre sa rémunération ou la durée de son engagement de critères liés à la rentabilité de l'établissement, aurait pour conséquence de porter atteinte à l'indépendance de ses décisions ou à la qualité de ses soins* ». Cet article, qui posait l'interdiction de clauses d'exercice en établissement de santé, a été abrogé par le décret du 7 mai 2012[780]. Cette interdiction a été élargie à l'exercice médical, dans une entreprise, une collectivité ou une institution ressortissant au droit privé, en sus des établissements de santé : « *un médecin ne peut accepter un contrat qui comporte une clause portant atteinte à son indépendance professionnelle ou à la qualité des soins, notamment si cette clause fait dépendre sa rémunération ou la durée de son engagement de critères de rendement* »[781].

Ces différentes dispositions, loin de revêtir un aspect contraignant, semblent protéger la liberté thérapeutique du médecin. Il convient alors de porter notre regard sur la liberté de prescription afin d'en mesurer les contraintes juridiques.

[780] Décret n°2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, *JO* n°0108 du 8 mai 2012, p. 8479.
[781] Art. R. 4127-83 du CSP.

2. Une liberté de prescription sous contraintes

187. L'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale dispose que la liberté de prescription est un principe déontologique fondamental[782]. Il faisait déjà partie des « *principes qui sont traditionnellement ceux de la médecine française* » auxquels se réfèrent les Codes de déontologie médicale de 1947[783] et 1955[784]. Le principe de liberté de prescription s'applique à tout médecin, qu'il exerce en tant que libéral ou salarié. En effet, il s'agit d'« *un précepte fondamental qui détermine l'activité médicale plus que la façon dont la médecine est exercée* »[785].

188. D'abord, le principe de liberté de prescription disposait d'une valeur réglementaire, eu égard au décret du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale[786]. Consacré par la loi du 3 juillet 1971[787] et codifié à l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale, il lui est attribué une valeur légale ce que rappelle André Demichel : « […] *d'ailleurs, la liberté de prescrire, qui n'est discutée par personne a, en droit français, valeur au moins législative puisqu'elle est consacrée par le code de la sécurité sociale* »[788]. La question qui se pose est de savoir s'il est possible de lui consacrer une valeur supra légale. Selon Didier Truchet, « *il n'est pas dans l'habitude du Conseil constitutionnel de reconnaître valeur constitutionnelle à des libertés strictement professionnelles. En revanche, les arguments juridiques ne lui manqueraient pas s'il se décidait à le faire en ce cas : soit qu'il considère le libre choix ou la liberté de prescription comme des aspects du principe général de liberté, soit qu'il y voit des "principes reconnus par les lois de la république" au sens du préambule de la Constitution de 1946, en considérant comme telle la loi de 1930, voire (ce qui constituerait une évolution*

---

[782] Art. L. 162-2 du CSS : « *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* […] *la liberté de prescription du médecin* […] ».

[783] Décret n°47-1169 du 27 juin 1947 de déontologie médicale. Application de l'ordonnance 45-2184 du 24-09-1945, *JO* du 28 juin 1947, p. 5993.

[784] Décret n°55-1591 du 28 novembre 1955 abroge et remplace le D. 47-1169 du 27-06-1947, portant code de déontologie médicale, *JO* du 6 décembre 1955, p. 11856, rectificatif *JO* du 18 décembre 1955, p. 11292.

[785] N.-J. Mazen, « Le médecin libéral : un homme sous haute surveillance », *Gaz. Pal*. 1997, p. 1384.

[786] Décret n°47-1169 du 27 juin 1947 de déontologie médicale, *préc*.

[787] Loi n°71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux modifiant les articles L. 257, L. 259 à L. 265 et l613-16 du code de sécurité sociale (conventions nationales), *JO* du 6 juillet 1971, p. 6571.

[788] A. Demichel, *Le droit de la santé, op. cit.*, p. 46.

importante de la sa jurisprudence, mais n'est, à notre sens, nullement impossible) celles de 1970-1971 »[789].

A diverses reprises, cette question a été abordée devant le Conseil constitutionnel. Dans une décision du 18 janvier 1978, il élude la question de la valeur juridique conférée à la liberté thérapeutique lors de l'examen d'une loi pouvant attenter à cette liberté : « *qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner si cette liberté constitue un principe fondamental ayant valeur constitutionnelle* »[790]. De même, une décision du Conseil constitutionnel en date du 22 janvier 1990[791] n'apporte pas davantage d'éclaircissements sur la valeur juridique à attribuer au principe de liberté de prescription. En effet, si les requérants invoquent à l'appui de leur saisine, que « *le principe du libre choix du médecin par le malade a valeur constitutionnelle, de même que son corollaire la liberté de prescription du médecin* », le Conseil constitutionnel écarte la question par la formule suivante : « *considérant, dans ces conditions, et sans même qu'il soit besoin de déterminer si les principes en cause ont valeur constitutionnelle* […] »[792].

189. Toutefois, le domaine médical est de plus en plus assujetti à des contraintes économiques. Par conséquent, la législation ajoute une dimension économique à l'activité médicale. En 1985, le professeur Heuse soulignait qu'« *entre le corps médical et l'Etat commence à s'installer et va se développer un conflit permanent en matière de déontologie de l'économie médicale, le médecin et l'Etat ayant des intérêts opposés* »[793]. En premier lieu, certaines dispositions du Code de la sécurité sociale et du Code de la santé publique traduisent ce lien entre la médecine et la maîtrise des dépenses de santé. Ainsi, l'article L. 161-2-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que « *les médecins sont tenus, dans tous leurs actes et prescriptions, d'observer, dans le cadre de la législation et de la réglementation en vigueur, la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins* ». D'autre part, l'article L. 161-28 du Code de la sécurité sociale dispose que *« les caisses nationales des régimes d'assurance maladie ont pour mission de participer à la maîtrise de l'évolution des dépenses. A cette fin, elles prennent toutes mesures d'organisation et de*

---

[789] D. Truchet, « L'autorité juridique des principes d'exercice de la médecine » *in Etudes de droit et d'économie de la santé*, « Travaux et Recherches », fac. Droit de Rennes, 1982, p. 50 ; V. G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, *op. cit*., p. 235.

[790] C.C., 18 janvier 1978, *Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale)*, n°77-92 DC, *Rec*. C.C., p. 21, *JO* du 19 janvier 1978, p. 422.

[791] C.C., 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, n°89-269 DC, *Rec*. C.C., p. 33, *JO* du 24 janvier 1990, p. 972.

[792] *Ibid.*

[793] Le Professeur Heuse, « Déontologie de l'économie médicale », VIIème congrès mondial de droit médical, Acta, III, 60, Gand, 1985, cité G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, *op. cit*., p. 236.

coordination internes à ces régimes, notamment de collecte, de vérification et de sécurité des informations relatives à leurs bénéficiaires et aux prestations qui leur sont servies ». En outre, l'article R. 4127-8 du Code de la santé publique dispose que le médecin « *doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins* […] ». Enfin, l'article L. 1151-1 du Code de la santé publique prévoit que « *la pratique des actes, procédés, techniques et méthodes à visée diagnostique ou thérapeutique, ainsi que la prescription de certains dispositifs médicaux nécessitant un encadrement spécifique pour des raisons de santé publique ou susceptibles d'entraîner des dépenses injustifiées peuvent être soumises à des règles* […] ».

190. La notion de maîtrise des dépenses de santé apparaît pour la première fois en 1971. Le professeur Didier Truchet souligne, à ce titre, que « *depuis la loi du 3 juillet 1971, la décision médicale est considérée comme le fait générateur des dépenses de santé. C'est en vertu de ses effets économiques qu'elle est alors traitée par le droit* »[794]. Ainsi, la convention nationale médicale, fruit des négociations entre les médecins et les caisses d'assurances maladie, constitue un outil de réduction des dépenses médicales. Selon Michèle Harichaux, « *les conventions successives réaffirment l'exigence d'économie et ont tenté de concilier ce principe avec la nécessité de limiter les abus en matière de prescription médicale* »[795].

Par conséquent, il peut être intéressant de s'interroger sur l'influence contraignante des dispositions conventionnelles relatives à la maîtrise des dépenses de santé sur la liberté de prescription. Dans un arrêt du 12 juillet 1978, le Conseil d'Etat considère que ces dispositions n'attentent pas à la liberté de prescription[796]. Conformément à l'article L. 162-5 du Code de la sécurité sociale, les conventions qui définissent les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les médecins déterminent notamment plus de treize domaines parmi lesquels « *les mécanismes de maîtrise des dépenses médicales concourant au respect des dispositions prévues à l'article L. 162-5-2, et notamment des mesures appropriées pour garantir la qualité des soins dispensés, la sélection des thèmes de références médicales, l'opposabilité de ces références et ses conditions d'application, et la mise en œuvre de contrats locaux de maîtrise de dépenses dans chaque circonscription de caisse* ».

---

[794] D. Truchet, « La décision médicale et le droit », *AJDA* 1995, p. 616.
[795] M. Harichaux, « Vers un tournant de la médecine libérale en France », *RDSS* 1994, n°30, p. 227.
[796] C.E., 12 juillet 1978, n°03169 et 03293.

Conformément à la convention nationale des médecins, en 2002, les médecins libéraux conventionnés ont pour obligation de prescrire en dénomination commune en générique. Cette prescription est en parfaite adéquation avec les dispositions de l'article L. 162-2-1 du Code de la sécurité sociale précité. Le médecin conserve toutefois l'exercice de sa liberté de prescription lorsqu'il considère que seule une spécialité pharmaceutique est adaptée au traitement d'une pathologie donnée. L'exercice de cette liberté de prescription dans ce cadre précis semble toutefois limité. En effet, le non respect de l'obligation en dénomination commune en générique doit pouvoir être justifié médicalement par le médecin[797].

Le même constat peut être posé dans le milieu hospitalier. En 2007, le Conseil National de l'Ordre des Médecins soulignait, à ce titre, qu'« *à l'identique de la liberté de prescription, l'autonomie de la décision médicale ne doit reposer que sur un encadrement défini par les référentiels professionnels. Dans le système hospitalier public existe le risque de conflit entre, d'une part, la notion d'indépendance professionnelle de l'exercice médical et l'autonomie de la décision médicale, et, d'autre part, le pouvoir administratif et les contraintes financières* »[798]. Se pose notamment la question des médicaments soumis à prescription restreinte et plus particulièrement des « *médicaments réservés à l'usage hospitalier* »[799]. Dans un arrêt du 16 février 1996, le Conseil d'Etat considère toutefois que le principe de liberté de prescription peut souffrir des exceptions justifiées par des intérêts de santé publique, à l'instar du régime de prescription restreinte[800].

Parallèlement à cette liberté de prescription, il semble opportun de nous intéresser à la liberté d'installation, principe fondamental de l'exercice médical libéral.

---

[797] G. Chavrier, note sous C.E., 28 mai 2003, *CNOM*, n°249527, *JCP A* 2003, 1738.
[798] CNOM, *Le patient le médecin et la société : dix principes pour une confiance partagée*, avril 2007, p. 10. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 5 avril 2010.
[799] Art. R. 5121-82 et suiv. CSP.
[800] C.E., 16 février 1996, *Syndicats des médecins d'Aix et région*, n°164712 ; *D.* 1996, n°13, IR p. 89 ; *Gaz. Pal.*, 30 octobre 1996, n°304-305, p. 132 ; G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, *op. cit.*, p. 225 ; F. Vialla, *Les grandes décisions du droit médical*, *op. cit.*, p. 208.

3. Une liberté d'installation sous contraintes

191. L'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale, issu de la loi du 3 juillet 1971[801], consacre la liberté d'installation du médecin. Cette liberté est spécifique à l'exercice de la médecine libérale en cabinet de ville. Mais « *ce n'est pas une liberté absolue* »[802]. En effet, d'une part, le Code de la santé publique contient des dispositions limitatives à cette liberté d'installation. L'article R. 4127-86 du Code de la santé publique prévoit qu'« *un médecin ou un étudiant qui a remplacé un de ses confrères pendant trois mois, consécutifs ou non, ne doit pas, pendant une période de deux ans, s'installer dans un cabinet où il puisse entrer en concurrence directe avec le médecin remplacé et avec les médecins qui, le cas échéant, exercent en association avec ce dernier, à moins qu'il n'y ait entre les associés un accord qui doit être notifié au conseil départemental* ». Lorsqu'aucun accord n'a pu être trouvé entre les différentes parties, l'installation est subordonnée à l'autorisation du Conseil départemental de l'Ordre des médecins. En outre, l'article R. 4127-90 du Code de la santé publique prévoit qu'« *un médecin ne doit pas s'installer dans un immeuble où exerce un confrère de même discipline sans l'accord de celui-ci ou sans l'autorisation du conseil départemental de l'Ordre* ». Enfin, l'article R. 4127-85 du Code de la santé publique prévoit que « *le lieu habituel d'exercice d'un médecin est celui de la résidence professionnelle au titre de laquelle il est inscrit sur le tableau du conseil départemental* […] ». Il en résulte, selon ce même article, que la possibilité pour un médecin d'exercer sur un ou plusieurs lieux distincts est restreinte par le respect de certaines conditions, à l'instar de l'existence d'*« une carence ou une insuffisance de l'offre de soins préjudiciable aux besoins des patients ou à la permanence des soins* » ou la nécessité de disposer d'un environnement adapté, d'équipements particuliers, de techniques spécifiques ou de coordonner différents intervenants. La possibilité d'exercice sur un lieu distinct est également soumise à l'autorisation préalable du Conseil départemental de l'ordre des médecins.

192. D'autre part, aux côtés des restrictions à la liberté d'installation édictées par le Code de la santé publique, force est de constater l'apparition de mesures juridiques que nous pourrions qualifier d'économiques, dans un contexte de disparités géographiques à l'origine de déserts médicaux, ce que rappelle, en 2005, la convention nationale des médecins : « *les*

---

[801] Loi n°71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux, modifiant les articles L. 257, L. 259 à L. 265 et L. 613-16 du code de sécurité sociale (conventions nationales), *JO* du 6 juillet 1971, p. 6571.
[802] G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, *op. cit.*, p. 264.

projections soulignent que la baisse de la densité médicale accroît l'importance d'une politique de régulation de l'installation des médecins sur le territoire afin d'atténuer l'inégale répartition des médecins et corrélativement l'inégalité d'accès aux soins »[803]. Déjà en 2004, le Haut Conseil pour l'Avenir de l'Assurance Maladie (HCAAM) s'interrogeait « *sur le bien fondé de la totale liberté d'installation des professionnels de santé* »[804]. En outre, le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 prévoyait la fin des conventions avec les médecins qui décideraient de s'installer dans des zones sur dotées. Suite à une opposition très marquée des médecins internes, le texte, dans sa version finale, dispose que « *les partenaires conventionnels devront définir eux-mêmes les voies et les moyens pour limiter l'installation de nouveaux professionnels de santé dans les zones où ils sont déjà nombreux* » et qu'« *en cas d'échec des négociations, le Gouvernement prendra ses responsabilités* »[805].

193. Malgré la mise en œuvre de mesures incitatives, à l'instar de la majoration de 20 % des honoraires des médecins généralistes libéraux qui exercent dans des cabinets de groupe et dans des zones dites déficitaires[806], la loi du 21 juillet 2009 dite « *HPST* » avait introduit une mesure coercitive : le « *contrat santé solidarité* ». Ainsi, l'article L. 1434-8 du Code de la santé publique disposait que le schéma régional d'organisation des soins détermine les zones qui présentent un niveau d'offre de soins particulièrement élevé. Dans un délai de trois ans suivant l'entrée en vigueur de ce schéma, le directeur de l'Agence Régionale de Santé pouvait proposer aux médecins qui exercent dans des zones de surdensité médicale un contrat santé solidarité selon lequel ils devaient contribuer à satisfaire les besoins de la population des zones en sous-densité médicale. Ce même article prévoyait que le médecin qui refuserait de signer ce contrat santé solidarité ou qui ne respecterait pas les obligations qui en découlent s'exposerait à une contribution forfaitaire annuelle, au plus égale au plafond mensuel de la sécurité sociale.

En avril 2010, le Docteur Michel Legmann, dans son rapport relatif à la définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale, préconisait de « […] *supprimer le contrat*

---

[803] Arrêté du 3 février 2005 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes, *JO* n°35 du 11 février 2005, p. 2275.
[804] HCAAM, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation Française, 23 janvier 2004, p. 23.
[805] Ministère des Affaires sociales et de la Santé, *Dossier de presse sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2008*, 2007, p. 27-28. Consulté sur : http:*//www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/plfss2008.pdf*, le 15 juin 2010 ; V. C. Cases, « les réformes du système de santé en France depuis 2002 : étapes et enjeux », *Santé, Société et Solidarité*, 2008, n°2, p. 47.
[806] Arrêté du 23 mars 2007 portant approbation de l'avenant n°20 à la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes, *JO* n°74 du 28 mars 2007, p. 5797

solidarité Santé prévu par la loi HPST en raison de son caractère résolument coercitif qui le rend peu opérationnel »[807]. Ce dispositif, qui devait entrer en vigueur en 2012, a été remis en cause par la loi Fourcade du 10 août 2011[808]. D'une part, cette loi prévoit que « *le contrat santé solidarité est conforme à un contrat type défini par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et une ou plusieurs organisations syndicales les plus représentatives pour l'ensemble du territoire de médecins libéraux* ». D'autre part, l'ancienne disposition relative à une sanction financière est supprimée.

194. La liberté d'installation semble donc préservée, même au regard de dispositions juridiques récentes. Ainsi, l'article L. 1434-7 du code de la santé publique, issu de la loi du 10 août 2011, dispose que le schéma régional d'organisation des soins prévoit « *les adaptations et les complémentarités de l'offre de soins, ainsi que les coopérations, notamment entre les établissements de santé, les communautés hospitalières de territoire, les établissements et services médico-sociaux, les centres de santé, les structures et professionnels de santé libéraux* », et ce dans le respect du principe de liberté d'installation des professionnels de santé.

Face à une ingérence du droit dans l'exercice médical, il semble pertinent de nous intéresser au devenir de la norme juridique au quotidien. Aussi envisagerons-nous de confronter la règle de droit à la pratique médicale.

---

[807] M. Legmann, *Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale*, *op. cit*., p. 16.
[808] Loi n°2011-940 du 10 août 2011, *préc*.

§2. La confrontation du droit à la pratique médicale

195. François Ost et Michel Van de Kerchove décrivent deux types de destinataires de la règle de droit : les sujets de droit et les « *autorités administratives et répressives chargées d'assurer la mise en œuvre et le contrôle des règles s'adressant aux (dits sujets de droit)* »[809]. Selon la théorie réaliste de l'interprétation, la formation de la norme n'intervient qu'au moment de l'interprétation. Cela signifie que l'interprète, plutôt que l'auteur initial, confère un sens final au texte duquel il fait émerger une norme. Il en résulte que si le juge demeure l'interprète par excellence des textes juridiques, l'interprétation du médecin profane peut être une source de savoir sur la réception et les usages du droit médical. En effet, les médecins ne reçoivent pas passivement le droit.

196. Nous pouvons alors émettre l'hypothèse, par extension à la théorie réaliste de l'interprétation, que le médecin, sujet de droit, agit également en tant qu'interprète d'un énoncé juridique. Son interprétation guide sa réception du droit : met-il en application la règle de droit ? L'adapte-t-elle ? La transgresse-t-elle ? L'ignore-t-elle ? Ce sont autant de réactions du corps médical que la règle de droit peut induire. Loin de considérer le droit comme un ensemble de règles juridiques immobiles, il convient de l'envisager comme un système qui évolue en fonction des usages de la règle juridique par le corps médical. D'une part, nous démontrerons que le déficit de légitimité d'une règle de droit conduit à son ineffectivité (A) et, d'autre part, nous analyserons dans quelle mesure le corps médical résiste à une norme juridique (B).

A. LE DÉFICIT DE LÉGITIMITÉ, SOURCE D'INEFFECTIVITÉ ?

197. Selon Pierre Lascoumes, l'effectivité désigne « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »[810]. En d'autres termes, étudier l'effectivité de la règle de droit dans la sphère médicale équivaut à « *se préoccuper de (l') adéquation avec les comportements sociaux et des écarts éventuels entre les normes juridiques et la réalité qu'elles sont censées régir, entre le droit et l'expérience* »[811]. Il s'agit donc d'une « *comparaison entre un modèle normatif de comportement et les conduites réelles*

---

[809] F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L, 2002, p. 330.
[810] P. Lascoumes, « Effectivité », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J, 1993, p. 217-219.
[811] J. Commaille, « Effectivité » *in Dictionnaire de culture juridique*, Paris, P.U.F, 2003, p. 583.

de ses destinataires, c'est-à-dire l'étude de la correspondance entre les règles du droit et les comportements »[812].

En l'occurrence, il nous semble judicieux d'étudier l'effectivité de la règle de droit dans la sphère médicale, c'est-à-dire d'évaluer le degré de conformité entre, d'une part, les règles de droit en vigueur et, d'autre part, les pratiques des médecins. Nous tenterons donc, dans un premier temps, de déterminer les conditions d'effectivité d'une règle de droit (1) et, dans un second temps, de déceler les phénomènes d'ineffectivité dans le domaine médical (2).

1. Les conditions d'effectivité de la règle de droit

198. L'effectivité désigne le « *caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »[813]. D'emblée, nous pouvons relever que les notions d'« *effectivité* » et d'« *application* » sont très proches. Le professeur Alexandre Kiss marque cette similitude des termes en indiquant que « *(pour) connaître l'effectivité d'une règle juridique, (il faut) savoir si elle s'applique véritablement* »[814]. De même, le professeur Jean-François Perrin, dans le cadre d'un travail sur l'effectivité du port de la ceinture de sécurité, affirme qu'« *application et inapplication, effectivité et ineffectivité sont les deux facettes d'un même problème* »[815]. Hans Kelsen apporte toutefois une nuance en indiquant qu'une norme est dite effective « *soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoit, soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction* »[816]. En d'autres termes, l'effectivité d'une norme dépendrait de son application ou de son observation par les destinataires.

199. Le caractère obligatoire d'une loi, au travers de la sanction, constitue un critère d'applicabilité mais ne peut suffire. En effet, le législateur ne peut pas prévoir l'intégralité des comportements des destinataires d'une loi puisque le droit « *oriente les conduites, il ne les détermine pas* »[817]. D'autres critères doivent donc être pris en compte à l'instar des degrés de

---

[812] *Ibid*.
[813] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Effectivité », *op. cit*.
[814] A. Kiss, « Introduction » à S. Maljean-Dubois, *L'effectivité du droit européen de l'environnement*, Paris, La Documentation Française, 2000, p. 5.
[815] J.-F. Perrin, « L'effectivité de l'ordonnance du 10 mars 1975 » *in Le port obligatoire de la ceinture de sécurité. Hypothèses et données pour l'étude des effets d'une norme*, CETEL, Université de Genève, 1977, p. 40.
[816] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit*., p. 15.
[817] P. Lascoumes, E. Serverin, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », *Droit et société* 1988, n°9, p. 174.

nécessité, de pertinence et d'adaptabilité de la loi à une situation pratique. Le sociologue Max Weber soulignait ainsi le caractère très varié des raisons qui sous-tendent le respect d'une règle de droit. Il considérait que les individus qui se plient à une norme juridique « *le font soit parce que le monde environnant approuve cette attitude et non l'attitude contraire, soit par une accoutumance aux habitudes de vie consacrées par les usages, mais non pas par une soumission acceptée comme un devoir* »[818]. De même, selon Jean-Pierre Raynaud, « *l'usager de la loi cherche à réaliser son projet* […], *non à se conformer aux intentions du législateur* »[819]. Il ajoute que le destinataire de la règle puise dans le droit « *d'une part des ressources de légitimation* » et « *d'autre part à assurer qu'il ne court pas le risque d'une condamnation* »[820].

200. Etudier l'effectivité s'avère être une tâche ardue. A l'instar d'Antoine Jeammaud, l'étude des rapports entre normes juridiques et actions nous semble reposer sur quatre propositions. D'une part, « *les règles juridiques prescrivent, interdisent ou autorisent des conduites (vision impérativiste)* »[821]. Les règles juridiques forment donc un cadre de régulation sociale. D'autre part, *« il est* […] *indispensable qu'elles soient connues des individus avant qu'ils agissent, et sont d'ailleurs réputées l'être ("Nul n'est censé ignorer la loi ")* »[822]. Les individus ne peuvent invoquer la méconnaissance de la loi pour justifier un comportement qui transgresserait une règle de droit. En outre, *« elles ont vocation à diriger effectivement les conduites par voie de conformation, spontanée ou forcée, des comportements à leurs injonctions* »[823]. En d'autres termes, les règles juridiques constituent un standard de comportement. Enfin, *« tout écart entre les conduites et les règles manifeste un dysfonctionnement du droit* »[824].

201. L'étude de l'effectivité des règles de droit consiste à considérer les normes comme constitutives de « *situations d'action* »[825] plutôt que comme des modèles de conduite. L'effectivité désigne donc les degrés d'application de la règle de droit mais également les effets que produit la règle de droit sur les destinataires. Dès lors, il convient de porter notre

---

[818] M. Weber, *Economie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971, p. 322-325.
[819] J.-P. Raynaud, *Les règles du jeu*, Paris, A. Colin, 1989, p. 188.
[820] *Ibid*.
[821] A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, p. 207.
[822] *Ibid*.
[823] *Ibid*.
[824] *Ibid*.
[825] P. Lascoumes, E. Serverin, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », *op. cit.*, p. 165.

regard sur les écarts qui peuvent naître entre, d'une part, le droit tel que légiféré et, d'autre part, la pratique médicale.

2. La mesure des écarts entre le droit légiféré et la pratique médicale

202. Le droit et la pratique entretiennent des rapports conflictuels. Selon le Doyen Carbonnier, « *la phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoi qu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité* »[826]. En effet, les sujets de droit conservent la liberté de ne pas faire usage d'une norme. Selon Gilles Devers, « *la société suppose parfaitement une tension entre le droit légiféré et le droit effectif, mais quand les deux deviennent en décalage, alors il faut trancher* »[827]. De même, pour Jacques Caillosse, « *le Droit est condamné à entretenir avec les faits d'inévitables rapports conflictuels* »[828]. Par conséquent, Patrick Pharo affirme que « *tout se complique dès lors qu'il faut décrire de façon rigoureuse le rapport que les actions réelles entretiennent avec les règles en question* »[829].

203. La mise en perspective d'écarts entre le droit en vigueur et la pratique du droit constitue une source d'ineffectivité. La recherche de l'ineffectivité d'une règle de droit, à savoir l'analyse de textes qui ne sont pas appliqués et la recherche des explications causales, constitue davantage un objet d'étude pertinent et riche en enseignements que ne le serait l'étude des règles qui font effectivement l'objet d'une application. Ainsi, les formes de résistance des médecins au droit sont autant de manifestations du fossé qui se creuse entre le droit et la sphère médicale. Elle constituent des « *phénomènes d'ineffectivité* » selon la formule du Doyen Carbonnier[830]. Dans le domaine médical, « *les difficultés pratiques sont dépistées par le médecin ; celui-ci fait à longueur de journées du droit médical pratique, seul le médecin peut se rendre compte du problème réel qu'il n'est pas apte à résoudre seul* […] *Il y a la théorie du droit et la pratique de l'application, et cette pratique est essentiellement de ceux qui l'appliquent c'est-à-dire les médecins* »[831]. Il peut alors être intéressant de déceler les situations de désobéissance à la règle de droit. En effet, l'analyse de la sphère médicale offre des illustrations de règles de droit restées à l'état d'ineffectivité.

---

[826] J. Carbonnier, *Flexible droit*, 10ème éd., Paris, L.G.D.J, 2001, p. 143.
[827] G. Devers, « L'Ordre national des infirmiers et la loi », *DDS* 2010, vol. 10, n°2, p. 121.
[828] J. Caillosse, « Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation », *op. cit.*, p. 21.
[829] P. Pharo, « Le droit ordinaire comme morale ou commerce civil », *in Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J, 1992, p. 243.
[830] J. Carbonnier, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J, 1979, 350 p.
[831] L. Roche, « Réflexions d'un médecin sur le droit médical », *Cahiers de droit médical*, 8 juin 1981, n°1.

204. Pour étayer ces propos, nous pouvons évoquer le cas des soins aux mineurs. Par dérogation à l'article 371-2 du Code civil qui donne autorité aux parents pour protéger l'enfant dans sa santé, l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique[832] prévoit que, face à un mineur qui veut garder le secret sur son état de santé, le médecin peut se dispenser de l'accord parental sur les décisions médicales à prendre, après avoir tenté d'obtenir le consentement du mineur pour avertir ses parents et à condition que le mineur soit accompagné d'une personne majeure de son choix. Cet article vient s'ajouter à deux situations dans lesquelles le mineur peut recevoir des soins sans le consentement parental : l'IVG et la contraception[833]. Cette disposition du Code de la santé publique, issue de la loi du 4 mars 2002, pose toutefois un problème d'applicabilité dans le cadre de la vaccination anti papillomavirus (HPV) des personnes mineures sans le consentement parental : les « *soins nécessaires* » précités comprennent-ils la vaccination ? Lors de l'examen du projet de loi HPST, les députés ont rejeté l'amendement n°18 qui prévoyait d'ajouter un article dans le Code de la santé publique permettant aux jeunes filles mineures, âgées d'au moins 14 ans, de se faire prescrire et administrer le vaccin HPV, sans le consentement parental ni la présence des parents. Interrogée sur le consentement des parents pour autoriser la vaccination, Madame la Ministre de la Santé et des Sports a formulé la réponse suivante : « […] *l'accord parental est nécessaire pour les jeunes filles de quatorze à dix-sept ans qui souhaitent se faire vacciner. Actuellement, la vaccination n'est pas comprise dans les actes médicaux qui peuvent être réalisés chez des mineurs sans consentement parental* [...] »[834].

Il en résulte que l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique est difficilement applicable à la pratique de la vaccination HPV puisque les mineurs dépendent du compte de la sécurité sociale de leurs parents. Dès lors, la réception de l'avis de remboursement du vaccin rompt le secret médical. Le défaut de confidentialité réduit donc à néant la possibilité pour le

---

[832] Art. L. 1111-5 du CSP : *« Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en oeuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix* […] ».

[833] Loi n°2001-588 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JO* n°156 du 7 juillet 2001, p. 10823.

[834] Question AN n°24424 de M. B. Depierre, *JO* du 3 juin 2008, p. 4616 ; Réponse AN n°24424, *JO* du 27 janvier 2009, p. 856.

médecin d'appliquer cet article qui, pourtant, induit un flou juridique. L'ineffectivité de cette règle de droit dans le cadre de la vaccination HPV naîtrait donc de son caractère inapplicable.

205. D'autres écarts entre le droit légiféré et la pratique médicale peuvent être assimilés à des manifestations d'ineffectivité. Ainsi, il semble intéressant de mesurer le respect des règles relatives à l'exercice d'une activité libérale au sein d'un hôpital public. Cet exercice est encadré par les articles L. 6154-1 à 7 du Code de la santé publique et conditionné par le respect de trois conditions cumulatives : « *que les praticiens exercent personnellement et à titre principal une activité de même nature dans le secteur hospitalier* », « *que la durée de l'activité libérale n'excède pas 20% de la durée de service hospitalier hebdomadaire à laquelle sont astreints les praticiens* » et « *que le nombre de consultations et d'actes effectués au titre de l'activité libérale soit inférieur au nombre de consultations et d'actes effectués au titre de l'activité publique* »[835].

Conformément à l'article L. 6154-2 du Code de la santé publique, chaque établissement public de santé est doté d'une commission de l'activité libérale qui veille au bon déroulement de cette activité. Sous réserve de respecter le secret médical, elle peut « *demander toutes informations utiles sur l'activité libérale d'un praticien, et notamment communication des statistiques de son activité qui sont détenues par les organismes de sécurité sociale compétents* »[836]. Cette disposition n'est que partiellement respectée ce que met en exergue le rapport intitulé *Bilan et proposition de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* »[837]. Les auteurs citent notamment le rapport 2007 de la commission centrale d'activité libérale de l'AP-HP[838] qui, après enquête auprès des différents hôpitaux de l'AP-HP, fait état notamment d'un « *fort différentiel entre l'activité libérale déclarée et l'activité libérale figurant dans les relevés SNIR* »[839] ou encore de la réalisation « *en libéral d'un nombre d'actes proche de celui réalisé dans le cadre de l'activité publique* »[840]. L'application des limites fixées par la loi, et notamment celle de la durée de l'activité libérale ne pouvant excéder 20 % du service hospitalier hebdomadaire, ne semble donc pas être effective. Ces chiffres doivent cependant

---

[835] Art. L. 6154-2 du CSP.
[836] Art. L. 6154-5 du CSP.
[837] A.-M. Ceretti, L. Albertini, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, rapport remis à M. le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 24 février 2011, 310 p.
[838] AP-HP, *Rapport de la commission centrale d'activité libérale*, 2007, p. 11
[839] *Ibid*.
[840] *Ibid*.

être minorés, eu égard au rapport de la commission centrale de l'activité libérale du 16 novembre 2010, qui a souligné des anomalies dans les chiffres d'activités présentés, en raison, de manière générale, « *d'un défaut de transmission, par l'administration locale, des chiffres fournis par les praticiens* » ou « *d'erreurs de codification* »[841].

206. En outre, les dispositions relatives à l'information dispensée par le médecin dans la salle d'attente constituent un autre exemple d'écart entre les textes juridiques et la pratique réelle. Conformément au décret du 10 février 2009[842] et à l'arrêté du 25 mars 2009[843], le médecin libéral doit afficher sa situation conventionnelle dans la salle d'attente et sur la plaque, de manière visible et lisible. En outre, le praticien doit afficher dans la salle d'attente les honoraires ou les fourchettes d'honoraires des prestations les plus couramment pratiqués.
Le non respect de cette obligation est sanctionné par l'article R. 1111-25 du Code de la santé publique. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) a effectué une enquête auprès de 622 médecins conventionnés des secteurs 1 et 2 et d'une douzaine de professionnels non conventionnés dont les résultats ont été publiés dans le rapport d'activité 2006[844]. Elle souligne ainsi que plus de 43 % des médecins ne respectent pas cette réglementation. Les résultats obtenus apparaissent bien inférieurs à ceux escomptés par le législateur. Cette enquête a été réalisée avant la parution du décret de 2009 mais les résultats nous semblent intéressants puisqu'à cette époque, un texte juridique, l'arrêté du 11 juin 1996[845], était déjà en vigueur.

207. Par ailleurs, au 1er janvier 2015, tous les cabinets médicaux et les établissements de santé, établissements recevant du public[846] doivent répondre aux normes d'accessibilité

---

[841] AP-HP, *Compte-rendu de séance de la CME*, 16 novembre 2010. Consulté sur : *http://www.aphp.fr*, le 5 décembre 2011.
[842] Décret n°2009-152 du 10 février 2009 relatif à l'information sur les tarifs d'honoraires pratiqués par les professionnels de santé, *JO* n°0036 du 12 février 2009, p. 2506.
[843] Arrêté du 25 mars 2009 portant abrogation de l'arrêté du 27 novembre 1995 relatif à l'information du consommateur sur les tarifs pratiqués par les masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs et des articles 1er et 3 de l'arrêté du 11 juin 1996 relatif à l'information sur les tarifs d'honoraires pratiqués par les médecins libéraux, *JO* n°0083 du 8 avril 2009, p. 6190.
[844] DGCCRF, *Rapport d'activité 2006*, Paris, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, 2006, p. 47.
[845] Arrêté du 11 juin 1996 relatif à l'information sur les tarifs d'honoraires pratiqués par les médecins libéraux, *JO* n°144 du 22 juin 1996, p. 9364, abrogé par l'arrêté du 25 mars 2009, *préc.*
[846] Art. R. 123-2 du CCH : « *Constituent des établissements recevant du public, tous bâtiments, locaux et enceintes dans lesquels des personnes sont admises, soit librement, soit moyennant une rétribution ou une participation quelconque, ou dans lesquels sont tenues des réunions ouvertes à tout venant ou sur invitation, payantes ou non* ».

édictées par la loi de 2005[847]. Cependant, l'obligation d'accessibilité des cabinets médicaux aux personnes handicapées semble recevoir une application mitigée. Ainsi, le 9 février 2011, l'Association des Paralysés de France (APF) souligne que plus de 90 % des cabinets médicaux ne répondent pas aux exigences en vigueur[848].

208. Enfin, l'accès au dossier médical, consacré par l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique, constitue une autre illustration. Le législateur a encadré strictement le délai de transmission des informations médicales, qui se situe au plus tôt, après un délai de réflexion de quarante-huit heures et au plus tard, dans les huit jours suivant la demande du patient[849]. Ce délai est de deux mois lorsqu'il s'agit d'informations datant de plus de cinq ans ou lorsqu'il y a saisine de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques. La volonté du législateur était donc de faciliter l'accès au dossier médical dans un court délai. Cependant, différentes enquêtes démontrent le non respect de ce délai. En premier lieu, une enquête de l'Institut Droit et Santé, menée en octobre 2007 auprès de trente-huit établissements de l'AP-HP, de 705 chefs de services et près de 3 800 patients, souligne que « *seuls 9% des patients ont pu obtenir leur dossier sous 8 jours, contre 61 % entre huit jours et deux mois et 17 % après deux mois* »[850]. D'autre part, la synthèse annuelle des rapports des commissions de relations avec les usagers et la qualité de la prise en charge de l'AP-HP révèle que neuf hôpitaux transmettent le dossier médical dans un délai de 8 jours ou moins en moyenne contre huit hôpitaux dans un délai de 10 à 15 jours en moyenne et huit hôpitaux dans un délai de 17 à 45 jours en moyenne[851]. En outre, la Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins (DHOS) a effectué une enquête, en 2008, auprès de 2 815 établissements de santé. 46 % des établissements répondants ont estimé que « *les dossiers sont transmis dans les 8 jours dans 59 % des cas déclarés* »[852]. D'autre part, le délai de transmission est inférieur à 15 jours pour 77 % des établissements et inférieur à 21 jours pour 91 % des établissements[853].

---

[847] Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JO* n°36 du 12 février 2005, p. 2353.
[848] J. Plantet, « Inaccessible accessibilité », *Lien social*, n°1006, 17 février 2011.
[849] Art. L. 1111-7 du CSP ; Art. R. 1111-7 du CSP.
[850] C. Kouchner, A. Laude, D. Tabuteau, « L'accès au dossier médical » *in Rapport sur les droits des malades, observatoire des droits et responsabilités des personnes en santé*, Paris, Presses de l'EHESP, avril 2009, p. 22.
[851] AP-HP, *Synthèse annuelle des rapports des CRUQPC*, 2010, p. 37-38. Consulté sur : http://*www.aphp.fr*, le 5 décembre 2011.
[852] DHOS, *Usagers : résultats de l'enquête CRU*, juin 2008, p. 36 et s.
[853] *Ibid*.

Ces différentes études relatives aux difficultés liées au respect des délais de communication ont été reprises lors du bilan de la loi du 4 mars 2002[854]. Des propositions ont ainsi été formulées afin de pallier ce dysfonctionnement[855]. Il est proposé que chaque établissement mette à disposition des usagers, sur son site internet, un formulaire de demande d'accès au dossier médical en indiquant les modalités de communication et les coûts. D'autre part, il est suggéré que les informations datant de moins de cinq ans soient communiquées dans un délai de quinze jours au lieu des huit jours prévus par la loi. Enfin, est avancée l'idée de prévoir des sanctions en cas de dépassement des délais.

209. Quels enseignements pouvons-nous tirer de l'ineffectivité d'une règle de droit ? Si nous nous inspirons de Frédéric Rouvillois, certaines règles sont ineffectives car elles sont « *perçues par leurs destinataires comme inapplicables, inadaptées ou inopportunes* »[856]. Les destinataires d'une règle de droit peuvent alors juger inacceptables l'édiction de certaines normes et, par conséquent, en refuser l'application. Il en résulte que la règle de droit perd son efficacité. Frédéric Rouvillois établit un lien entre l'« *efficacité du droit* » et « *sa validité* »[857] mais également avec « *la représentation du droit dans l'esprit de ses destinataires (reconnaissance de la légitimité d'un ordre juridique et des règles qu'il comporte)* »[858]. Dans une conception étroite, la validité désigne la « *qualité d'un acte qui n'est entaché d'aucun vice de nature à justifier son annulation* »[859]. Hans Kelsen considère ainsi que la validité représente « *le mode d'existence spécifique des normes* »[860]. Dans une conception plus large, cela désigne le « *caractère de la norme ou de l'acte juridique auxquels on reconnaît, dans un ordre juridique donné, qu'ils ont les effets juridiques que leurs auteurs entendent leur conférer* »[861]. En d'autres termes, la validité désigne la conformité des effets juridiques d'une règle de droit avec les intentions que les auteurs lui ont attribuées à l'origine, ce qui induit que les destinataires d'une règle de droit lui reconnaissent une légitimité.

---

[854] A.-M. Ceretti, L. Albertini, *Bilan et propositions de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, 24 février 2011, 310 p.
[855] *Id*., p. 135.
[856] F. Rouvillois, « La règle de droit entre efficacité et légitimité », *La lettre, Fondation pour l'Innovation Politique*, juin 2005, p. 1.
[857] F. Rouvillois, C. Gavini, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *La lettre, Fondation pour l'Innovation Politique*, novembre 2006, p. 5.
[858] F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *in Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), Paris, P.U.F, 1989, p. 130.
[859] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Validité », *op. cit.*
[860] H. Kelsen cité par F. Rangeon, *op. cit.*
[861] F. Ost, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, V°« Validité », Paris, L.G.D.J et Story-scientia, 1958.

210. Max Weber définit la légitimité comme « *l'état de ce qui est justifié d'exister* »[862], c'est-à-dire qu'est légitime « *ce qui tenu pour tel par le système de valeurs établi dans la société considérée* »[863]. Ainsi, Pierre Bourdieu considère que « *le droit ne peut exercer son efficacité spécifique que dans la mesure où il obtient la reconnaissance, c'est-à-dire dans la mesure où reste méconnue la part plus ou moins grande d'arbitraire qui est au principe de son fonctionnement* »[864]. En d'autres termes, l'inefficacité d'une règle de droit puise sa source dans un déficit de légitimité c'est-à-dire lorsqu'une règle ne suscite pas une adhésion massive des destinataires de cette règle[865]. Lorsque la légitimité d'une règle est contestée, son efficacité est mise en péril. Tel est le cas de la loi anti-cadeaux[866] que décrit Frédéric Rouvillois, qui ne fait pas l'unanimité auprès des médecins et qui, de ce fait, est inefficace, eu égard aux contournements réguliers de ses prescriptions[867].

Ce déficit de légitimité, source d'ineffectivité, nous amène à penser qu'il peut également être source de contestation. Selon Michel Crozier, « *la norme juridique devient toute autre chose que ce que les juristes enseignent : soumise aux négociations et aux marchandages, elle est, c'est selon, adaptée, neutralisée, dénaturée* »[868]. Au-delà d'un phénomène de désobéissance à la règle de droit, manifestation d'ineffectivité, il convient de s'intéresser au phénomène de contestation de la règle.

B. LES TENTATIVES DE RÉSISTANCE À LA RÈGLE DE DROIT

211. Le médecin n'est pas passif face à une règle de droit. Il lui est possible de contester certaines règles lorsqu'il estime que cela porte atteinte à son exercice. La question qui se pose est de savoir si une règle de droit, quelle qu'elle soit, peut survivre dans l'ordre positif si elle est rejetée par un groupe social, en l'espèce, le corps médical. En effet, le rejet idéologique d'une règle de droit par le corps médical peut entraîner sa modification voire son abrogation. Il peut donc être pertinent de mettre en exergue les techniques de réappropriation, de

---

[862] M. Weber, *Economie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971, p. 30 et s.
[863] M. Duverger, *Dictatures et légitimité*, Paris, P.U.F, 1982, p. 7.
[864] P. Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *A.R.S.S* 1986, n°64, p. 3.
[865] V. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922 ; M. Weber, *Rechtsoziologie*, Neuvied/Berlin, 1967.
[866] Loi n°93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, *JO* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1576.
[867] F. Rouvillois, C. Gavini, *op. cit.*, p. 3-56, spéc. p. 46, 51-53.
[868] J. Caillosse, « Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation », *op. cit.*, p. 25.

reconstruction ou encore de contournement de la norme[869]. En effet, « *la façon dont la loi est expérimentée et comprise par les citoyens ordinaires, leur façon d'évoquer la loi, de l'éviter ou d'y résister est une dimension essentielle de la vie du droit* »[870]. D'une part, le corps médical peut être à l'origine de la modification d'une disposition juridique (1). D'autre part, il peut susciter l'abrogation d'une disposition juridique (2).

1. Le corps médical, à l'initiative de la modification d'une disposition juridique

212. La mesure de taxation des feuilles de soins s'avère être un exemple probant de disposition juridique contestée par le corps médical. L'article 53 de la loi du 21 juillet 2009[871], codifié à l'article L. 161-35 du Code de la sécurité sociale, prévoyait une pénalité pour tout refus ou absence de télétransmission d'une feuille de soins électronique (FSE) des professionnels de santé et des établissements de santé. Conformément à la décision de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM)[872], la taxation des feuilles de soins était fixée à 50 centimes d'euros par feuille de soins, au-delà d'un taux annuel de 75 % de FSE.

Dans une motion votée les 19 et 20 mars 2011, la Confédération des Syndicats des Médecins de France (CSMF) a souligné l'inadaptation de cette mesure dans la mesure où la télétransmission des FSE peut s'avérer impossible dans certaines circonstances telles qu'en cas d'oubli de la carte vitale par le patient et lors de visites à domicile qui constituent des situations que le médecin ne peut maîtriser. De même, dans un communiqué du 14 février 2011, le Syndicat des Médecins Libéraux (SML) a indiqué « […] *qu'il serait plus intelligent et moins coûteux que la caisse équipe elle-même les derniers médecins récalcitrants plutôt que brandir la menace d'une taxe qui touchera plus ceux qui ont déjà fait l'effort de s'équiper et qui n'atteignent pas le seuil, pour des raisons indépendantes de leur volonté* »[873]. *In fine*, dans un arrêt du 7 avril 2011, suite à la demande d'annulation pour excès de pouvoir de cette disposition présentée, le Conseil d'Etat annule la décision de l'UNCAM au motif que « *ni les dispositions* […] *du code de la sécurité sociale, ni aucune autre disposition législative ou*

---

[869] G. Rocher, « L'effectivité du droit », *in Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998, p. 133-150.
[870] P. Ewick, S. S. Silbey, « Conformity, Contestation and Resistance : an account of Legal Consciousness », *New England law Review*, 1992, vol. 26, n°3, p. 731-749.
[871] Loi n°2009-89 du 21 juillet 2009, *préc*.
[872] Décision du 19 mars 2010 fixant le montant de la contribution forfaitaire aux frais de gestion due par les professionnels, organismes ou établissements qui n'assurent pas la transmission électronique pour la facturation de leurs actes, produits ou prestations aux organismes d'assurance maladie obligatoire, *JO* n°0104 du 5 mai 2010, p. 8113.
[873] SML, « Taxe de la honte : la télétransmission dans tous ses états », Communiqué de presse, 14 février 2011. Consulté sur : *http://www.lesml.org*, le 24 mai 2011.

réglementaire n'habilitait le directeur général de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie à édicter les mesures ainsi prévues […] »[874]. Ce dispositif de sanction a donc été annulé.

La contestation de cette disposition juridique initiale a permis la mise en œuvre d'un nouveau dispositif moins contraignant pour le médecin. En effet, la loi du 10 août 2011[875] modifie l'article L. 161-35 du Code de la sécurité sociale[876]. Le non respect systématique de l'obligation de télétransmettre est désormais sanctionné par l'application d'une sanction conventionnelle, prévue par l'avenant n°2 à la convention médicale, signé le 24 novembre 2011[877]. Ce nouveau dispositif est moins coercitif puisqu'un avertissement préalable est adressé au médecin afin qu'il modifie sa pratique dans un délai de trois mois. Dans le cas contraire, le médecin risque alors une sanction conventionnelle[878].

2. <u>Le corps médical, à l'initiative de l'abrogation d'une disposition juridique</u>

213. Le corps médical peut contester une règle de droit de manière à ce qu'elle soit abrogée. Aussi envisagerons-nous les tentatives qui ont conduit au succès (a) et à l'échec des médecins (b).

a. Le succès du corps médical dans l'abrogation d'une disposition juridique

214. La mesure d'annonce obligatoire des absences programmées constitue un exemple probant de règle rejetée idéologiquement par le corps médical. En l'espèce, l'article 49 de la loi HPST, codifié à l'article L. 6315-1 du Code de la santé publique, prévoyait que dans le cadre de la continuité des soins, au sens de l'article R. 4127-47 du Code de la publique, « *le médecin doit […] informer le conseil départemental de l'ordre de ses absences programmées dans les conditions et selon les modalités définies par décret* ».

---

[874] C.E., 7 avril 2011, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, n°339813 ; Note V. Vioujas, *RDSS* 2011, p. 557.
[875] Loi n°2011-940 du 10 août 2011, *préc*.
[876] Art. L. 161-35 du CSS : « *Les professionnels de santé et centres de santé mentionnés aux articles L. 162-14-1, L. 162-16-1 et L. 162-32-1 sont tenus d'assurer, pour les bénéficiaires de l'assurance maladie, la transmission électronique des documents visés à l'article L. 161-33 et servant à la prise en charge des soins, produits ou prestations remboursables par l'assurance maladie* […] *Sans préjudice des dispositions de l'article L. 161-33, le non-respect de l'obligation de transmission électronique par les professionnels et centres de santé donne lieu à l'application d'une sanction conventionnelle* […] ».
[877] Avis relatif à l'avenant n°2 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 26 juillet 2011, *JO* n°0064 du 15 mars 2012, p. 4805.
[878] Pour le médecin exerçant en secteur à honoraires opposables : une suspension de la participation des caisses aux avantages sociaux d'une durée de 3 mois ; Pour le médecin exerçant dans le secteur à honoraires différents ou titulaire du droit à dépassement permanent : une sanction d'un montant équivalent à la participation que supporteraient les caisses au financement des avantages sociaux, s'il exerçait en secteur à honoraires opposables, sur une durée de 3 mois.

Dans un avis du 25 septembre 2009, le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM), sollicité par la Ministre de la santé, a émis un avis défavorable au projet de décret qui lui a été soumis, en demandant notamment de « *faire confiance aux médecins pour assurer la continuité des soins aux patients et leur éviter des formalités inutiles et vexatoires quand ils y parviennent, c'est-à-dire dans la très grande majorité des situations* »[879]. Les syndicats médicaux représentatifs ont également exprimé leur désaccord face à cette mesure, à l'instar de la Confédération Syndicale des Médecins de France (CSMF) qui a présenté dans son programme sa volonté de « *supprimer définitivement l'obligation du signalement d'absences ou de congés* »[880] ou encore du Syndicat des Médecins Libéraux (SML) qui souhaite défendre les médecins « *en abolissant la déclaration des absences et congés* »[881]. La proposition de loi modifiant certaines dispositions de la loi « HPST », présentée le 26 octobre 2010 par Monsieur Jean-Pierre Fourcade, souligne que cette disposition est « […] *ressentie comme autoritaire et inefficace* »[882]. De même, le rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales, déposé le 9 février 2011, indique que cette obligation de déclaration est « *inutilement coercitive* », « *mal ressentie par les praticiens* », et est « *d'une application techniquement difficile*[883]. Enfin, le compte-rendu de la commission des affaires sociales du 30 mars 2011 indique que les syndicats auditionnés ont sollicité la suppression de « […] *cette obligation d'information, perçue – hélas - comme pouvant servir de base à la mise en place d'un régime d'autorisation d'absence* »[884].

Par conséquent, ces différentes contestations ont conduit à la suppression de l'obligation de déclaration, par l'article 10 de la loi du 10 août 2011[885].

---

[879] CNOM, *Avis sur le projet de décret relatif à la continuité des soins en médecine ambulatoire*, 25 septembre 2009. Consulté sur le site : *http://www.conseil-national.medecin.fr/article/avis-du-cnom-sur-le-projet-de-decret-relatif-la-continuite-des-soins-en-medecine-ambulatoire-894*, le 10 janvier 2010.

[880] M. Chassang, *Discours d'ouverture de la XVI*ème *Université d'été de la CSMF*, 24 septembre 2010. Consulté sur : *http://www.csmf.org/index.php?option=com_content&task=view&id=999&Itemid=541*, le 20 février 2011.

[881] C. Jeambrun, *Pour la sauvegarde de la médecine libérale*, Syndicat des médecins libéraux (SML), 2010. Consulté sur : *http://www.lesml.org*, le 10 mai 2011.

[882] J.-P. Fourcade, proposition de loi modifiant certaines dispositions de loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, 26 octobre 2010.

[883] A. Milon, *Rapport n°294 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi de M. Jean-Pierre Fourcade modifiant certaines dispositions de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, 9 février 2011.

[884] Commission des affaires sociales, *Compte-rendu n°37*, AN, 30 mars 2011, p. 4. Consulté sur : *http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-soc/10-11/c1011037.asp*, le 12 décembre 2011.

[885] Loi n°2011-940 du 10 août 2011, *préc*.

b. L'échec du corps médical dans l'abrogation d'une disposition juridique

215. Le décret 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention de professionnels de santé exerçant à titre libéral en EHPAD[886] a fait l'objet de vives contestations. En l'espèce, ce décret prévoit qu'à compter du 1er avril 2011, les médecins libéraux qui interviennent en EHPAD sont tenus de signer un contrat-type prévu par un arrêté[887]. Le décret prévoit également que le contrat de séjour signé par le résident ou sa famille indique « *l'obligation, pour les professionnels de santé appelés à intervenir au sein de l'établissement, de conclure avec ce dernier le contrat* ». L'absence de signature de ce contrat type vaut interdiction pour le médecin de continuer la prise en charge des patients en EHPAD[888].

Les contestations contre ces nouvelles dispositions juridiques émanent de différentes sources. Dans un premier temps, le Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM) dépose un recours pour excès de pouvoir contre le décret du 30 décembre 2010, devant le Conseil d'Etat. D'autre part, les syndicats médicaux ont également exprimé leur mécontentement. En effet, s'il est précisé que le contrat-type garantit la liberté de choix du praticien au résident, eu égard aux articles L. 1110-8 du Code de la santé publique et L. 162-2 du Code de la sécurité sociale, certains syndicats de médecins libéraux, à l'instar de la Fédération des médecins de France (FMF)[889], entrevoient une limitation de la liberté de choix du praticien par le patient, dès lors que ce choix est limité aux seuls praticiens ayant accepté de signer ce contrat-type. D'autre part, il est dénoncé une restriction de la liberté de prescription du médecin intervenant en EHPAD dès lors que l'établissement est tenu d'« *informer le praticien au préalable de la liste des produits de santé ayant fait l'objet d'une convention d'achat avec un fabricant/fournisseur* » et de « *transmettre la liste des médicaments à utiliser préférentiellement* »[890].

---

[886] Décret n°2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les EHPAD, *JO* du 31 décembre 2010.

[887] Arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, *JO* n°0303 du 31 décembre 2010, p. 23517.

[888] V. Circulaire DSS/MCGR n°2011-96 du 11 mars 2011 relative à la mise en place du suivi du déploiement des contrats de coordination des professionnels de santé libéraux intervenant en EHPAD.

[889] V. notamment : FMF Nord-Pas de Calais, « Contrat EHPAD : révoltons-nous ! », 18 janvier 2011. Consulté sur : *http://www.fmfpro.org/59-62/syndicats/contrat-ehpad-revoltons-nous.html*, le 15 mars 2011 ; T. Lemoine, « Contrats EHPAD ce que vous devez savoir et les pièges à éviter », 8 juin 2011. Consulté sur : *http://www.uniongeneraliste.org*, le 17 juillet 2011.

[890] Arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, *préc.*

Par conséquent, dans une circulaire du 7 février 2011, le CNOM recommande, afin de ne pas pénaliser les patients, « *d'accompagner la signature du contrat des mots "sous toute réserve"* » et « *de demander la communication du règlement intérieur de l'établissement afin de vérifier qu'il ne met pas en cause l'indépendance professionnelle* »[891]. En outre, il invite les médecins à transmettre une « *mise au point* » aux directeurs d'EHPAD afin de leur rappeler, notamment, outre le principe de la liberté de prescription, leurs différentes obligations déontologiques. Le 20 mai 2011, le Conseil d'État rejette la question prioritaire de constitutionnalité, déposée par le CNOM, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir exercé contre le décret[892]. Par conséquent, elle n'a pas été transmise au Conseil constitutionnel. En effet, le Conseil d'Etat considère que la question n'est ni nouvelle ni sérieuse. D'autre part, il estime que le législateur est en droit de subordonner l'exercice libéral en EHPAD à certaines conditions particulières.

Le corps médical n'est donc pas parvenu à abroger ces nouvelles dispositions juridiques. Il lui reste toutefois la possibilité de contester cette règle de droit en refusant de l'appliquer. Il serait intéressant d'analyser les taux de signature de ces contrats en EHPAD afin de saisir le taux d'effectivité de cette obligation légale. En attente du bilan officiel des signatures de contrats prévu par la circulaire du 11 mars 2011[893], le taux de signataires semble atteindre 40 % en Alsace, 41 % en Lorraine ou encore 37 % en Champagne-Ardenne. D'autres régions présentent un taux de 15 %[894].

216. L'étude de la réception du droit par le corps médical a révélé une assimilation du droit à une ingérence dans la profession médicale. Les médecins éprouvent un sentiment de bureaucratisation de leur fonction, au travers des complications administratives. Ce phénomène semble trouver une issue favorable par des actions de simplification de l'exercice médical. D'autre part, certaines dispositions juridiques mettent en danger les principes fondamentaux de l'exercice médical. Loin de subir le droit passivement, il s'avère qu'une

---

[891] Circulaire CNOM n°11-013 relative au contrat type EHPAD, 7 février 2011.
[892] C.E., 20 mai 2011, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°347098 ; *AJDA* 2011, p. 1808 ; Obs. X. Bioy, *Constitutions* 2011, p. 405.
[893] Circulaire DSS/MCGR n°2011-96 du 11 mars 2011 relative à la mise en place du suivi du déploiement des contrats de coordination des professionnels de santé libéraux intervenant en EHPAD, *BO* Santé-protection sociale – solidarité n°4, 15 mai 2011, p. 244.
[894] Auteur inconnu, « Contrats EHPAD : tout ne va pas si mal, selon le syndicat affilié à la CSMF », *QDM*, 4 avril 2012.

confrontation de la règle juridique à la pratique médicale a mis en évidence des écarts entre le droit légiféré et la pratique médicale mais également des tentatives de résistance à la règle.

Conclusion du second chapitre

217. Notre étude relative aux effets de la juridicisation de l'activité médicale nous a amené à déterminer dans quelle mesure le droit inhibe la pratique médicale. La juridicisation altère l'exercice médical. Elle crée une instabilité et une incertitude du droit, obstacles majeurs à la connaissance du droit et donc à la sécurité juridique du corps médical. Dans ces conditions, nous avons envisagé de porter notre regard sur la réception du droit par le corps médical. Le droit est assimilé à une ingérence dans la profession médicale qui se traduit par le sentiment d'une bureaucratisation de la fonction de médecin et une mise en danger des principes fondamentaux de l'exercice médical. Mais le droit n'est pas une fatalité. Nous avons pu déceler l'existence d'usages du droit par le médecin. En confrontant les règles juridiques à la pratique médicale, il nous a été permis d'entrevoir des signes d'ineffectivité, comme autant d'écarts entre le droit légiféré et la pratique des médecins, mais également des formes de résistance au droit en guise de contestation.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

218. La réflexion engagée sur la juridicisation, infiltration maligne de l'exercice médical, nous a conduit à mettre en évidence le paradoxe entre, d'un côté, la nécessité d'un encadrement juridique de l'exercice médical et, d'un autre côté, une immixtion excessive du droit dont la manifestation visible est l'inflation normative. Il est acquis que la profusion de règles juridiques dans le domaine médical inhibe le médecin qui n'entrevoit dans le droit qu'un système d'obligations et de sanctions. Loin d'entrevoir ces règles comme un modèle de comportement ou encore un outil d'aide à la décision, le médecin considère que la règle de droit est une entrave à l'exercice de son art, de par la complexité qu'elle amène. Ainsi, il s'avère que l'inflation normative dont nous avons apprécié l'étendue dans la sphère médicale met en péril la sécurité juridique du médecin et génère un risque d'arbitraire, contraire à un exercice serein de la profession.

219. Penser le colloque singulier en termes de droits des patients et devoirs des médecins n'est pas sans risques. Le droit devenu ainsi mode unique de régulation des rapports entre patients et médecins, il est à craindre un recours accru à l'institution judiciaire. En effet, les droits des patients, définis par le droit objectif, deviennent autant de droits subjectifs susceptibles d'être invoqués dans les prétoires. La norme juridique n'est donc pas uniquement source d'obligations. Elle est aussi source de contentieux. Dès lors, il nous semble pertinent d'envisager le rapport qu'entretient le médecin avec la règle de droit, sous l'angle judiciaire.

TITRE SECOND

LA JUDICIARISATION, PHOBIE DU CORPS MÉDICAL

« *Ignares, nous étions sacrés. Savants mais inefficaces, nous étions respectés. Devenus efficaces, nous devenons suspects* »

Professeur Bernard Guiraud-Chaumeil, ancien président du CNOM, cité par O. Bertella-Geffroy, « Justice pénale, santé individuelle et santé publique », *Gaz. Pal.*, spécial Droit de la santé, n°2, p. 8-17.

220. Le sociologue Jacques Commaille définit la judiciarisation comme « *l'extension du rôle de la justice comme institution dans le traitement de "problèmes de société "* […] *pour lesquels la justice n'était pas sollicitée auparavant ou sur lesquels elle n'envisageait pas d'intervenir* »[895]. En d'autres termes, cela signifie qu'« *un traitement judiciaire tend à se substituer à un mode antérieur de régulation sociale* »[896]. Ce phénomène de judiciarisation qui, selon Frédéric Rouvillois est « *difficilement quantifiable* »[897], se manifeste de manière globale de telle manière qu'« *il n'est plus de domaines qui échappent à la judiciarisation* »[898]. En effet, le recours à la justice est devenu une forme d'expression symptomatique de l'évolution des relations entre le monde des professionnels et celui des profanes[899].

221. La sphère médicale ne fait pas exception. Selon Jean-François Burgelin, « *le patient contemporain entend non seulement être soigné – et bien soigné – ce qui est normal ; il veut, en outre, que le médecin le guérisse, ce qui est toute autre chose. Et bien souvent, si cette guérison n'est pas obtenue, le mécontentement du malade déçu se traduira par une mise en cause de la responsabilité professionnelle du praticien. C'est le propre d'une société judiciarisée* […] »[900]. Eu égard aux représentations et aux idées reçues dont il importe de nous méfier, nous déterminerons dans quelle mesure le discours d'une judiciarisation de la médecine trouve une application réelle dans la pratique médicale (chapitre 1). D'autre part, nous montrerons que la menace d'un risque judiciaire conduit à une redéfinition de la pratique médicale (chapitre 2).

---

[895] J. Commaille, « La judiciarisation. Une nouvelle économie de la légalité face au social et au politique ? », Note de bilan d'étape du groupe judiciarisation de la société et du politique, CERAT, 17 février 2002, p. 1.
[896] J.-P. Noury, *La « judiciarisation » de l'économie*, Rapport présenté au Conseil économique et social au nom de la section des finances, 2004, p. 11-75 : « *Un traitement judiciaire tend à se substituer à un mode antérieur de régulation sociale* ».
[897] F. Rouvillois, « Judiciarisation de la société : une entrée en matière », *in La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque organisé pour la Fondation de l'innovation politique, sous la direction de F. Rouvillois, Paris, LexisNexis, novembre 2006 / avril 2007, p. 6.
[898] J.-F. Burgelin, « Un fait de société : la judiciarisation», *in La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque organisé pour la Fondation de l'innovation politique, sous la direction de F. Rouvillois, LexisNexis, novembre 2006 / avril 2007, p. 3.
[899] J. Gabe, M. Bury, « Tranquillisers and the crisis of Health Care », *Social science and Medicine*, n°32, p. 449-454 cité par R. Hammer, S. Cavalli, C. Burton-Jeangros, « Quand le médecin se tire une balle. De la face sombre de la judiciarisation aux transformations sociales de la médecine », *Carnets de bord*, n°16, 2009, p. 13.
[900] J.-F. Burgelin, *La judiciarisation de la médecine*, Discours prononcé à l'Hôpital Necker, 10 mars 2003, p. 3. Consulté sur : *http://www.ethique-inserm.fr*, le 8 décembre 2011.

CHAPITRE PREMIER

RISQUE JUDICIAIRE OU JUDICIARISATION ?

222. L'apparition de nouvelles technologies et d'avancées médicales a fait émerger de nouveaux risques dans nos sociétés modernes. Dès lors, « […] *se pose inévitablement le problème de l'imputation sociale des responsabilités afférentes* »[901]. De grands scandales de santé publique, tels que l'affaire du sang contaminé ou celle du MEDIATOR®, ont mis en évidence que la médecine ne peut s'exonérer de sa responsabilité. Dans *le sang et le droit*, Marie-Angèle Hermitte met en opposition, dans le cadre de l'affaire du sang contaminé, la responsabilité médicale à la responsabilité juridique. Selon elle, les procès en responsabilité sont le témoignage d'un conflit entre différentes conceptions de la responsabilité, dont la source est à rechercher dans les rapports de lutte entre droit et médecine : « *cette opposition entre une médecine qui se voudrait irresponsable par nature et le droit qui lui applique la responsabilité de droit commun va affecter la forme d'un véritable combat* »[902].

223. Désormais, s'il ne fait nul doute que la médecine doit être soumise au principe de responsabilité, la judiciarisation de l'activité médicale, entendue comme une extension de l'intervention du juge dans le traitement de différends qui auparavant lui échappaient, cristallise toute l'attention du corps médical. Elle signifie un engagement croissant de la responsabilité du médecin du fait d'un recours accru au juge dans la sphère médicale. Mais cette judiciarisation est-elle réelle ou n'est-elle qu'une fiction ? Faut-il parler de judiciarisation de la médecine ou seulement d'un risque judiciaire auquel est soumise toute activité sociale ? Aussi nous apparaît-il pertinent de démontrer dans quelle mesure la médecine est soumise à un risque judiciaire (section 1) avant de porter notre regard sur les représentations de la justice (section 2).

---

[901] U. Beck, S. Mesure, P. Savidan (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, V°« Risque et société », Paris, P.U.F, 2006

[902] M.-A. Hermitte, *Le sang et le droit, Essai sur la transfusion sanguine*, *op. cit*., 478 p.

Section 1. La médecine à l'épreuve du risque judiciaire

224. Dès lors que l'on associe la responsabilité à la violation d'une règle de droit, il apparaît difficile de concevoir que la médecine, encadrée par des règles juridiques assorties de sanctions, soit dépourvue d'un système de responsabilité[903]. La médecine est nécessairement soumise au principe de responsabilité.

225. D'emblée, une distinction doit être établie entre, d'une part, la mise en cause d'un professionnel de santé et, d'autre part, l'engagement de sa responsabilité. La mise en cause désigne le « *fait pour l'une des parties à un procès d'y appeler un tiers afin d'obtenir contre ce dernier une condamnation ou de lui rendre le jugement commun* »[904]. La mise en cause n'implique donc pas nécessairement la décision de responsabilité d'un médecin. En revanche, le terme « *responsabilité* » provient du latin « *respondere* » qui signifie « *se porter garant, répondre* ». Le Doyen Cornu définit la responsabilité comme l'« *obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires* »[905]. Dans le domaine médical, l'article R. 4127-69 du Code de la santé publique dispose que « *l'exercice de la médecine est personnel ; chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes* ». La responsabilité du médecin constitue le corollaire de sa liberté thérapeutique. Le corps médical ne saurait donc s'exonérer de sa responsabilité, inhérente à l'exercice de sa liberté d'action dans le domaine médical.

Si le médecin est tenu de respecter des obligations juridiques, assorties de sanctions (§1), certaines conditions juridiques semblent favorables à la naissance de contentieux médicaux (§2).

---

[903] D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, V°« Responsabilité », Paris, P.U.F, 2003.
[904] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Mise en cause », *op. cit.*
[905] *Id.*, V°« Responsabilité ».

§1. La nécessaire responsabilité du corps médical

226. Déterminer la nature de la responsabilité à attribuer au corps médical soulève de nombreuses interrogations. Hans Jonas souligne, à cet effet, que « *ce n'est pas seulement un problème pour la profession médicale, c'est un problème pour la collectivité toute entière, de penser la nature des responsabilités attribuables aux médecins* »[906]. Longtemps le droit a été placé hors du champ de la justice. Pendant la période médiévale, le caractère sacré de la médecine écarte toute imputation de responsabilité au médecin. Au 19ème siècle, le discours de l'irresponsabilité médicale prédomine. Ainsi, en 1833, le Docteur Baude s'exprime de la sorte : « *le médecin* […] *qui a agi d'après son savoir, sa conscience et l'honneur, a bien fait ; toute autre doctrine est fausse, et j'oserai le dire, dangereuse à la société ; vouloir juger autrement ne serait pas juger d'après la moralité de l'action, mais d'après le résultat du fait* »[907]. La question de l'attribution d'une responsabilité aux médecins ne fait plus débat aujourd'hui. Le médecin est tenu à une triple responsabilité (A) qui se métamorphose au gré des évolutions législatives et jurisprudentielles (B).

A. UNE RESPONSABILITÉ MÉDICALE POLYMORPHE

227. Selon Johanne Saison-Demars, « *les fonctions de la responsabilité ne constituent pas un domaine de prédilection pour la recherche universitaire* »[908]. Ainsi, Charles Eisenmann entrevoit trois fonctions : « *la responsabilité-sanction* », « *la responsabilité assurance* » et « *la responsabilité prix* »[909]. Le professeur Danièle Lochak utilise cette même classification. Elle y ajoute cependant « *des cas où l'indemnisation n'est plus justifiée par la responsabilité propre de l'administration mais par la fonction de l'Etat comme garant des risques sociaux* […] *sur le fondement de la solidarité nationale* »[910]. Mais cette analyse est circonscrite au seul domaine administratif. De la même manière, certaines études sont limitées au droit civil. Tel est le cas de la recherche des fonctions de la responsabilité par Boris Starck, qui conduit à

---

[906] H. Jonas, *Le Principe de Responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Ed. du Cerf, 1992, 336 p.
[907] Docteur Baude, *Gazette des Tribunaux*, 30 mai 1833 cité par J.-C. Careghi, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, Aix-Marseille, PUAM, 2007, p. 130.
[908] J. Saison-Demars, *Essai sur les variations de l'exclusion de la faute médicale au regard des fonctions de la responsabilité*, thèse de doctorat : droit public, Lille, 11 décembre 2000, 467 p., spéc. p. 11.
[909] C. Eisenmann, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques », *JCP* 1949, I, 751.
[910] D. Lochak, « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », *in Le droit administratif en mutation*, CURAPP, Paris, P.U.F, 1993, p. 275-316, spéc. p. 286.

la détermination de deux fonctions, une fonction de garantie et une fonction de peine privée[911] ou de Mustapha Mekki qui détermine les fonctions de la responsabilité civile, au regard de la création de fonds d'indemnisation[912].

228. La classification d'André Demichel, appliquée à la responsabilité médicale, dépasse les antagonismes entre droit public et droit privé. Cet auteur identifie une fonction de réparation et une fonction de sanction. La première constitue la « *base même de la responsabilité civile* »[913]. La seconde « *détermine* […] *la responsabilité disciplinaire et la responsabilité pénale* […] *(elle) n'est pas absente de la responsabilité civile* »[914]. A l'aune de cette classification, nous mettrons en exergue, d'une part, la fonction réparatrice (1) et, d'autre part, la fonction répressive de la responsabilité médicale (2).

1. <u>Une responsabilité réparatrice</u>

229. Paul Roubier affirme que « *la sanction peut consister dans la stricte réparation du dommage causé ou du tort subi : c'est ce qu'on appelle la justice réparatrice, restitutive ou indemnisante* […] »[915]. L'engagement des responsabilités civile et administrative a donc pour conséquence l'obligation de réparation du dommage.

230. Dans le premier cas, la responsabilité est civile. Selon Geneviève Viney, elle désigne « *l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à réparer ce préjudice en offrant à la victime une compensation* »[916]. Dans notre cadre, elle engage la responsabilité du médecin qui doit supporter les conséquences pécuniaires du dommage subi par une victime. La responsabilité civile du médecin a subi des évolutions historiques. L'arrêt Thouret-Noroy de la Cour de cassation, en 1835, d'une part, met fin à la théorie de l'irresponsabilité des médecins à l'égard de leurs patients et, d'autre part, considère qu'aucun contrat ne lie le médecin au patient[917]. Jusqu'en 1936, la responsabilité civile délictuelle du médecin est donc engagée, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

---

[911] B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse de doctorat : droit, Paris, 1947, p. 51-72.
[912] M. Mekki, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 2005, p. 3 ; M. Mekki, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *in Liber Amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J, 2008, p. 739.
[913] A. Demichel, *La responsabilité médicale*, Paris, L'Hermès, 1997, p. 16.
[914] *Ibid*.
[915] P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris, Sirey, 1951, p. 35.
[916] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, Paris, L.G.D.J, 1995, n°1.
[917] Cass. Req., 18 juin 1835, Thouret-Noroy, *préc*.

En 1925, René Demogue souligne que « *la responsabilité du médecin envers son client appelle certaines observations. Le médecin contracte une obligation de moyen, non de résultat. Il n'est donc pas responsable si son client ne guérit pas. Il promet seulement des soins attentifs et le client doit prouver la faute du médecin* […] »[918]. Dès lors, le 20 mai 1936, la responsabilité contractuelle pour faute est consacrée par l'arrêt Mercier qui constitue un revirement important : « *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade,* […] *du moins de lui donner des soins* […] *consciencieux, attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science »*[919]. De ce contrat naît une obligation de moyens à laquelle les médecins exerçant dans une structure privée sont tenus. Dans le cadre de la médecine privée, le patient est donc un contractant alors que dans le cadre de la médecine hospitalière, il est un usager du service public.

Selon Sophie Hocquet-Berg, « […] *il apparaît que l'existence ou non d'un contrat entre le patient et le professionnel de santé ne présente désormais guère d'intérêt* »[920]. En effet, l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, uniformise les conditions de responsabilité, et ce qu'il y ait ou non présence d'un contrat entre le médecin et le patient : « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, 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 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* ». Il en résulte que la responsabilité d'un médecin, quel que soit son mode d'exercice, ne peut être mise en cause que lorsque sont nécessairement établis une faute, un dommage et un lien de causalité certain et direct entre la faute et le dommage. En l'absence de définition, à l'instar de la faute civile, la faute médicale apparaît être un manquement aux devoirs du médecin, essentiellement définis par la loi du 4 mars 2002[921].

---

[918] R. Demogue, « Traité des obligations en général » cité par J.-C Careghi, « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ? », *Cahiers de droit de la santé du sud-est*, Aix-Marseille, PUAM, 2007, n°7, p. 171.

[919] Cass. civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier ; Rapp. L. Josserand, concl. P. Matter, note E. P., *D.* 1936, 1, p. 88 ; Note A. Breton, *S.* 1937, I, 321 ; Concl. P. Matter, *Gaz. Pal*., 1936, 2, p. 41 ; *JCP* 1936, p. 1079 ; Obs. R. Demogue, *RTD civ*. 1936, p. 691.

[920] S. Hocquet-Berg, B. Py, *La responsabilité du médecin*, Paris, Heures de France, 2006, p. 15.

[921] *Id*., p. 21.

231. Dans le second cas, la responsabilité est administrative. Le malade est un usager du service public, placé dans une situation statutaire de droit public. Par conséquent, les fautes commises dans les établissements publics de santé sont jugées par les juridictions administratives. Toutefois, les médecins hospitaliers engagent leur responsabilité lorsqu'une faute personnelle détachable du service public est à l'origine d'un contentieux. Dans cette hypothèse, ce sont les règles de la responsabilité civile qui s'appliquent. Le commissaire du gouvernement Laferrière définissait la faute personnelle comme celle qui « *révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences* ». Il ajoutait que « *la faute est imputable au fonctionnaire et non à la fonction, et l'acte perdant son caractère administratif ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire* »[922]. Cette définition ne peut cependant aujourd'hui recouvrir toutes les situations.

François Vialla rappelle les hypothèses issues de la doctrine[923], dans lesquelles un acte peut recevoir la qualification de faute personnelle détachable du service. Il s'agit des « *actes se détachant matériellement de la fonction* », des « *actes se détachant psychologiquement de la fonction* », de « *la recherche d'un intérêt personnel* » ou de « *la faute professionnelle caractérisée* »[924]. Il ajoute que cette dernière hypothèse est celle qui apparaît le plus généralement dans le contentieux de la responsabilité personnelle[925]. Il s'agit d'un « *agissement d'une telle gravité qu'il révèle l'inaptitude de l'agent à exercer correctement sa mission* »[926].

Lorsqu'une faute de service et une faute personnelle d'un médecin hospitalier sont à l'origine d'un dommage, des actions récursoires sont permises entre l'agent et l'établissement hospitalier[927]. Ainsi, l'agent qui a indemnisé la victime peut se retourner contre l'administration afin de récupérer, partiellement ou intégralement, l'indemnisation qu'il a versée. De même, l'administration qui a indemnisé la victime peut se retourner contre son agent afin de

---

[922] E. Laferrière, concl. sous T.C., 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*, *Rec*. p. 437.
[923] J. Moreau, H. Muscat, « Responsabilité des agents et responsabilité de l'administration », *J.-Cl. Adm.* Fasc. 806, 2008.
[924] F. Vialla, *Les grandes décisions du droit médical*, *op. cit*., p. 556 ; V. C.E., 4 juillet 1990, *Société d'assurances, Le Sou Médical c/Centre hospitalier général de Gap,* n°63930 ; Note P. Bon, P. Terneyre, *D*. 1991, p. 291 ; Note F. Vareille, *RDSS* 1991, p. 65 ; C.E., 28 décembre 2001, *M. Valette*, n°213931, *Rec*. p. 680.
[925] *Ibid.*
[926] J. Moreau, H. Muscat, « Responsabilité des agents et responsabilité de l'administration », *op. cit*.
[927] C.E., 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, *Rec*. p. 464 ; Note C. Eisenmann, *JCP G* 1952, II, p. 6734.

demander « *la réparation du préjudice subi directement du fait qu'elle a été tenue d'indemniser la victime* »[928].

Parallèlement à la réparation, la répression constitue une sanction alternative susceptible d'atteindre le médecin.

2. Une responsabilité répressive

232. Lorsqu'un accident médical se produit, la répression, de l'Etat ou d'un ordre professionnel, peut sanctionner les agissements du médecin. Cette sanction répressive est la composante, d'une part, de la responsabilité pénale (1) et, d'autre part, de la responsabilité disciplinaire (2).

a. Une responsabilité pénale

233. Le 24 février 1999, dans ses réquisitions prononcées suite au procès tenu dans l'affaire du sang contaminé, Jean-François Burgelin, procureur général près de la Cour de cassation, décrit les particularités du droit pénal : « *l'objet du droit pénal et de la procédure pénale c'est bien sûr de protéger la société, mais face à elle, c'est aussi de protéger celui qui est mis en cause. Ignorer cela serait sombrer dans l'arbitraire de la répression* […] ». Les règles relatives à la responsabilité pénale concernent donc la « *détermination des personnes pouvant être déclarées responsables d'une violation de la loi pénale et donc passibles d'une peine* »[929]. Au travers de l'engagement de la responsabilité pénale, les victimes recherchent la punition de l'auteur des faits. Elles trouveraient satisfaction dans le caractère infamant que revêt la condamnation[930].

234. Dans un premier temps, la responsabilité pénale du médecin est prévue par le Code de la santé publique. Ainsi, l'obligation d'assurance des professionnels de santé libéraux et des établissements de santé, prévue à l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique, est sanctionnée pénalement[931]. Dans un second temps, la responsabilité pénale du corps médical puise sa source dans le Code pénal. A l'instar des règles juridiques de la responsabilité civile, celles de la responsabilité pénale s'appliquent donc au corps médical, sans distinction. Ainsi, lorsque l'article 121-1 du Code pénal dispose que « *nul n'est responsable pénalement que de*

---

[928] F. Vialla, *Les grandes décisions du droit médical*, *op. cit*., p. 562.
[929] F. Desportes, F. Le Gunehec, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, 14ème éd., Paris, Economica, 2007, n°427.
[930] C.E., *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles*, Paris, La Documentation française, 1996, 198 p.
[931] Art. L. 1142-25 et L. 1142-26 du CSP.

son propre fait », il en résulte que tout médecin peut être poursuivi pénalement, à titre personnel, lorsque des faits lui sont directement et personnellement imputables ou lorsqu'il s'avère en « *être complice* ».

La responsabilité pénale médicale apparaissait principalement dans les articles 319 et 320 du Code pénal qui s'appliquaient aux médecins sans leur être spécifiques. Il était ainsi prévu que « *quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans* […] ». Edouard Hu disposait ainsi que « […] *lors de la rédaction de ces articles on n'a pas songé à la responsabilité du médecin. Nous l'accordons. Mais cette concession est sans importance dans le débat : en effet la loi ne pouvant prévoir toutes les hypothèses se contente souvent de poser un principe dans les dispositions que l'on appelle en droit démonstratives et que le juge doit appliquer à des cas analogues. Telle est la nature des articles 319 et 320 d'après les paroles mêmes de M. Faure, orateur du gouvernement, qui déclarait lors de l'exposé des motifs que les termes généraux dans lesquels les articles 319 et 320 sont conçus embrassent toutes les espèces* »[932]. Désormais ce sont les articles 221-6[933] et 222-19[934] du Code pénal qui répriment les « *atteintes involontaires à la vie* » et les « *atteintes involontaires à l'intégrité de la personne* ». A titre d'exemple, il a été considéré imprudent le fait d'administrer à une patiente des neuroleptiques à des doses considérables qui ont provoqué une occlusion intestinale fatale[935]. En outre, relève de l'inattention le fait d'oublier, après une intervention chirurgicale, une pince hémostatique ou une compresse[936]. D'autres infractions pénales sont susceptibles d'être commises par le médecin : la violation du secret professionnel[937], l'abus de l'état

---

[932] E. Hu, « *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin, dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans notre droit actuel* », 1880 cité par J.-C. Careghi, « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ? », *Cahiers de droit de la santé du sud-est, op. cit.*, p. 151.

[933] Art. 221-6 du CP : « *Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée 'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende* ».

[934] Art. 222-19 du CP : « *Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende* ».

[935] Cass. Crim., 19 septembre 2000, n°99-81.067.

[936] Cass. Crim., 29 juin 1999, n°98-82.300, *Bull. crim*. 1999, n°62, p. 448.

[937] Art. 226-31 du CP.

d'ignorance ou de faiblesse[938], la recherche biomédicale illégale[939] ou encore l'administration de substances nuisibles[940].

Par ailleurs, depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004[941], le Code pénal consacre le caractère général de la responsabilité pénale des personnes morales, en dehors de l'Etat[942]. Tel est le cas notamment des établissements de santé ou des sociétés d'exercice qui peuvent donc être poursuivis sur le fondement des infractions du Code pénal, au même titre que les personnes physiques. A titre d'illustration, le 9 mars 2010, la cour de cassation condamne un centre hospitalier universitaire, sur la base de l'article 121-2 du Code pénal, au motif d'une défaillance manifeste d'accueil des urgences, par l'absence du médecin sénior, à l'origine du décès d'une patiente[943].

235. Dans le domaine du droit pénal appliqué à la profession médicale, deux phénomènes peuvent être observés. D'une part, il peut être constaté le développement du droit pénal sanitaire. En effet, la législation relative au domaine sanitaire est assortie d'incriminations pénales. Tel est le cas des lois de bioéthique en 1994, modifiées par la loi du 6 août 2004 et la loi du 7 juillet 2011, à l'origine d'incriminations pénales : « *des infractions en matière d'éthique biomédicale* »[944]. A titre d'exemple, l'article 511-15 du Code pénal prévoit que « *le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* ». La loi du 4 mars 2002 a ainsi créé, dans le livre IV du Code de procédure pénale, un titre XIII bis intitulé « *de la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions en matière sanitaire* »[945]. L'article 706-2 du Code de procédure pénale prévoit la création de juridictions à compétence interrégionale spécialisées en matière sanitaire. Des pôles de santé publique ont été mis en place, notamment, au sein des Tribunaux de grande instance de Paris, en 2003 et de Marseille, en 2005.

D'autre part, il est à noter une préférence pour la procédure pénale. Elle tient principalement au fait que la procédure pénale est gratuite, à la différence de la procédure

---

[938] Art. 223-15-3 du CP.
[939] Art. 223-17 du CP.
[940] Art. 222-44 et 222-45 du CP.
[941] Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* n°59 du 10 mars 2004, p. 4567.
[942] Art. 121-2 du CP.
[943] Cass. Crim., 9 mars 2010, n°09-80.543, *Bull. crim.* 2010, p. 49.
[944] Art. 511-1 à 511-28 du CP.
[945] Art. 706-2 et 706-2-1 du CPP.

civile pour laquelle les frais d'expertise sont à la charge du plaignant. En outre, le recours à un avocat n'est pas obligatoire devant les juridictions pénales. Enfin, une enquête est diligentée par le juge d'instruction au pénal ce qui diffère de la procédure civile pour laquelle la charge de la preuve relève du plaignant. Claudine Esper souligne ainsi qu'« *un certain nombre de patients préfèrent la voie pénale parce que le juge d'instruction a des pouvoirs coercitifs. Il peut notamment saisir le dossier médical et faciliter ainsi l'établissement de la preuve pour le patient* »[946].

236. L'application de règles de droit commun à la profession médicale soulève certaines interrogations. Ainsi, selon Guy Lazorthes, « *les juges doivent savoir qu'on ne soigne pas une maladie mais des malades et qu'on ne peut appliquer le droit commun au domaine médical. Si les médecins ne sont pas protégés contre les attaques abusives, ils ne prendront plus de risques et les malades graves, mais incurables en pâtiront* »[947]. Dès lors, la responsabilité disciplinaire constitue pour certains auteurs une procédure préférable. Jean Savatier considère, à cet effet, que la procédure disciplinaire « *comme toute procédure soumise à une juridiction professionnelle* […] *que les activités professionnelles sont mieux jugées par des gens du métier, plus à même d'apprécier la portée des devoirs professionnels et la sanction qu'ils exigent* »[948].

c. Une responsabilité disciplinaire

237. La sanction pénale et la sanction discipline sont parentes : « *à l'instar de sa grande sœur répressive, la discipline possède une fonction répressive marquée, de sorte que le droit disciplinaire apparaît comme un "petit" droit pénal* »[949]. Il en résulte que le droit disciplinaire représente « *un droit pénal des corps intermédiaires* »[950]. Le Doyen Cornu considère que la discipline est un « *ensemble des règles et devoirs imposés aux membres d'un corps ou d'une profession ou attachés à l'exercice d'une fonction et dont le régime de sanction est autonome tant en ce qui concerne les instances compétentes et la procédure que la définition des infractions et la nature des peines* »[951].

---

[946] C. Esper citée par E. Cadiou, *La gestion des risques à l'hôpital. Réflexions pour la mise en place d'une politique de prévention des risques au Centre hospitalier du Mans*, mémoire ENSP, 2001, p. 20.
[947] G. Lazorthes, *L'homme, la médecine et le médecin*, *op. cit*., p. 277.
[948] J. Savatier, *Etude juridique de la profession libérale*, *op. cit*., p. 1211.
[949] O. Décima, « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ Pénal* 2012, p. 380.
[950] A. Legal, J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938, p. 3.
[951] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Discipline », *op. cit*.

La responsabilité disciplinaire a connu des évolutions historiques. Le Commissaire du Gouvernement Vught soulignait que « *la jurisprudence du Conseil d'Etat a dégagé peu à peu les principes d'un droit disciplinaire qui a une physionomie propre et qui présente, par rapport au droit pénal, un degré certain d'autonomie, en transposant certains principes du droit pénal et en les adaptant éventuellement aux conditions particulières d'organisation et de fonctionnement des juridictions administratives. Dans cette construction progressive et dans le cadre des textes régissant la matière, vous avez toujours manifesté le souci de concilier la protection des droits des individus et les nécessités d'une répression efficace des fautes disciplinaires* »[952].

238. Selon le Procureur général Dupin, « *l'action disciplinaire n'est ni civile, ni criminelle ; elle est sui generis* »[953]. La particularité de la responsabilité disciplinaire tient au fait que le juge n'est pas tenu par le principe de légalité des incriminations. En effet, « *le droit disciplinaire ignore le principe de la légalité, admis en droit criminel depuis la Révolution. Les prescriptions légales, réglementaires ou statutaires se bornent souvent à énoncer une formule générale, prévoyant l'incrimination des manquements graves qui mettent en péril les intérêts généraux de l'institution ; l'autorité chargée de la répression disciplinaire jouit donc d'une grande latitude pour frapper* »[954]. A ce titre, toute faute peut donc être retenue, et ce quel que soit le degré de gravité.

239. En matière disciplinaire, il convient d'emblée d'opérer une distinction entre le contentieux disciplinaire général, le contentieux hiérarchique des praticiens hospitaliers[955] et le contentieux disciplinaire issu du droit du travail pour les médecins salariés[956]. Qu'il s'agisse du médecin hospitalier ou du médecin salarié, tous deux peuvent également être condamnés dans le cadre du contentieux disciplinaire général. Dans cette dernière hypothèse, deux juridictions interviennent. D'une part, la chambre disciplinaire a pour mission principale la discipline générale, conformément aux articles L. 4124-1 et suivants et L. 4132-1 et suivants du Code de la santé publique. Depuis la loi du 4 mars 2002[957] et le décret n°2007-434 du 25 mars 2007[958], des magistrats de l'ordre administratif siègent au sein des Chambres

---

[952] G. Vught, concl. sur C.E., 24 nov. 1972, *CDOM Hauts de Seine*, *JCP* 1973, II, 17489.
[953] C. Cass., 5 juillet 1855, *Bull. civ.* I, p. 269.
[954] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, Procédure pénale, 4ème éd., 1989, n°18, p. 33.
[955] Art. R. 6152-74 du CSP et s.
[956] Art. L. 1331-1 du CT et s.
[957] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc*.
[958] Décret n°2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs-

disciplinaires de première instance. D'autre part, la section des assurances sociales est chargée du contentieux disciplinaire dit « *technique* », en vertu des articles L. 145-1 et suivants et R. 145-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

S'agissant de la discipline générale, la mission du juge consiste à « *dire la déontologie* »[959] et donc à évaluer si le comportement du praticien est conforme à la déontologie. Le juge disciplinaire n'est donc pas lié par la plainte. Selon Gilles Devers, « *celui-ci n'est pas saisi in rem, c'est-à-dire par rapport à des faits qu'il doit qualifier, mais in hominem, c'est-à-dire par rapport à un homme qu'il doit juger* »[960]. En outre, l'examen du juge n'est pas limité aux seuls faits émanant de la plainte. Il s'étend à l'intégralité du comportement du médecin : « *non seulement le juge disciplinaire est saisi de l'ensemble du comportement du praticien poursuivi, mais encore il est tenu d'épuiser le litige* »[961].

Le principe de légalité des peines doit toutefois être respecté par le juge. L'article L. 4124-6 du Code de la santé publique dresse ainsi la liste des peines disciplinaires qu'encourt le médecin : l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une ou plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin, l'interdiction d'exercer la médecine qui ne peut excéder trois années et la radiation du tableau de l'Ordre. Selon Gilles Devers, « *cette échelle réduite laisse une grande liberté au juge, mais surtout dans la mesure où n'existe pas de principe de légalité des infractions disciplinaires. C'est dire que pour toute faute, il peut légalement prononcer l'une des sanctions prévues par l'article L. 4126-6. Infliger une radiation pour une faute bénigne serait injuste, mais ne serait pas illégal* »[962]. Toutefois, il convient de rappeler que le juge administratif exerce un contrôle de la proportionnalité des décisions. En effet, le Conseil d'Etat est le juge de cassation du contentieux disciplinaire[963]. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé, en référence à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le principe selon lequel la nécessité et donc la proportionnalité des peines ne s'applique pas uniquement aux sanctions pénales mais à toute sanction ayant le caractère

---

kinésithérapeutes et des pédicures-podologues et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires), *JO* n°73 du 27 mars 2007, p. 5654.

[959] G. Devers, « Un code de déontologie, pour quoi faire ? », *op. cit.*, p. 129.

[960] *Id.*, p. 124.

[961] *Ibid.*

[962] *Id.*, p. 130.

[963] V. C.E., Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, n°72210, *Rec*. p. 86.

de punition, et ce même si la sanction est prononcée par une autorité de nature non judiciaire[964].

240. Par ailleurs, la procédure disciplinaire a été profondément modifiée afin notamment de favoriser l'accès des victimes au juge disciplinaire[965]. Désormais, un patient peut faire appel devant la Chambre disciplinaire nationale. Il lui est alors conféré le statut de partie à l'instance et non de simple témoin, comme cela était le cas auparavant. Cela constitue une véritable innovation favorable au patient puisque « *la privation des droits d'accéder au dossier et d'être assisté ou représenté par un avocat, en face d'un praticien poursuivi qui, lui, en bénéficiait était ressentie par les plaignants comme la marque d'une inégalité qui témoignait d'une justice corporative* »[966]. Toutefois, afin de réduire le risque de procédures abusives, il est prévu la condamnation du plaignant, d'une part, aux dépens lorsque la plainte est infondée et, d'autre part, à une amende lorsque la plainte est considérée comme abusive et a occasionné un préjudice au praticien[967].

241. En outre, la loi « HPST » apporte une nouveauté en matière de poursuite disciplinaire[968]. Auparavant, seuls le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département et le procureur de la république pouvaient déclencher l'action disciplinaire contre un professionnel médical chargé d'une mission de service public. Les praticiens du service public de santé bénéficiaient d'un dispositif juridique protecteur puisque seules ces autorités pouvaient saisir les juridictions ordinales. En 2006, le rapport de la Cour des comptes sur les personnels des établissements publics de santé[969] avait, d'ailleurs, dénoncé la centralisation des procédures disciplinaires. Il relevait que, sur la période 1984-2002, « *en moyenne annuelle, moins de deux procédures disciplinaires ont été ouvertes pour une population de plus de 32 000 praticiens hospitaliers* »[970]. Désormais, l'article L. 4124-2 du Code de la santé publique étend cette possibilité au Conseil national ou au Conseil départemental au tableau duquel est inscrit le praticien.

---

[964] C.C, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, n°87-237 DC, *Rec*. C.C. p. 63, *JO* du 31 décembre 1987, p. 15761 ; C.C., 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n°88-248 DC, *Rec*. C.C. p. 18, *JO* du 18 janvier 1989, p. 754.
[965] Décret n°2007-434 du 25 mars 2007, *préc*.
[966] N. Gombault, « Responsabilité disciplinaire », *in Lamy Droit de la santé*, éd. 2012, fasc. n°546-12.
[967] Art. R. 741-12 du CJA.
[968] Loi n°2009-89 du 21 juillet 2009, *préc*.
[969] Cour des comptes, *Les personnels des établissements publics de santé*, mai 2006, 154 p.
[970] *Id*., p. 18.

La triple responsabilité du médecin a connu des changements au gré des évolutions jurisprudentielles et législatives. Il convient de déterminer leur nature et leur portée.

B. DES ÉVOLUTIONS LÉGISLATIVES ET JURISPRUDENTIELLES CONTRASTÉES

242. La responsabilité du médecin n'est pas figée. Elle a subi de maintes évolutions. Si « […] *le malaise résulte aussi et surtout semble-t-il de ce que la loi du 4 mars 2002 consacrant les droits du malade a souvent été présentée comme défavorable aux médecins et exclusivement consacrée aux droits des patients* »[971], il convient de s'interroger, de manière plus générale, sur l'influence favorable (1) ou défavorable (2) des évolutions législatives et jurisprudentielles sur la responsabilité du corps médical.

1. Des évolutions favorables au corps médical

243. Dans le domaine de la responsabilité hospitalière, la loi du 4 mars 2002 marque la rupture avec le régime de responsabilité sans faute et notamment avec les jurisprudences antérieures. Auparavant, le Conseil d'Etat considérait, de manière stricte, que la responsabilité d'un établissement peut être engagée, en raison d'un aléa thérapeutique, à la différence de la Cour de cassation[972]. Ce régime constituait un avantage pour les victimes et/ou les ayant droits puisqu'auparavant, en cas de dommage, il ne leur était pas nécessaire de prouver la faute de l'établissement public de santé mais seulement de prouver que le préjudice subi était né de l'hospitalisation. Dans ce cadre, le 21 décembre 1990, la Cour administrative d'appel de Lyon avait admis la responsabilité d'un établissement public de santé pour une thérapeutique nouvelle dont le risque était inconnu[973]. Puis, le 9 avril 1993, le Conseil d'Etat avait posé le principe d'une responsabilité sans faute d'un établissement de santé pour une thérapeutique dont le risque est connu[974]. Toutefois, une nouvelle disposition, issue de la loi du 4 mars 2002,

---

[971] A. Laude, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007, p. 1154.

[972] Cass. 1ère civ., 8 novembre 2000, n°99-11.735, *Bull. civ.* 2000, I, n°287, p. 186 ; Comm. P. Sargos, F. Chabas, *JCP G* 2001, n°12, II, p. 10493 ; D. Mazeaud, *D.* 2001, p. 2236 ; J. Penneau, *D.* 2001, p. 3083 ; Y. Lambert-Faivre, *D.* 2001, n°7, p. 570 ; Comm. L. Leveneur, *Contrats, conc. consom.* 2001, n°1, p. 3 ; L. Dubouis, *RDSS* 2001, p. 54 ; P. Jourdain, *RTD civ.* 2001, p. 154.

[973] C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, *Rec.* p. 498 : « *L'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences, ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier* ».

[974] C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *Rec.* p. 126 : « *Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est*

permet de « […] *mettre fin, de manière opportune, à la divergence qui existait entre les deux ordres de juridiction, quant à la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique admise par le Conseil d'Etat et écartée par la Cour de cassation* »[975]. L'article L. 1142-1 du Code de la santé publique rend obsolètes les jurisprudences antérieures en posant le principe d'une responsabilité pour faute, disposition plus protectrice pour les médecins libéraux et hospitaliers : « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, 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 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* ». Dès lors, pour les accidents médicaux, les affections iatrogènes et les infections nosocomiales pour lesquelles une cause étrangère a été prouvée, les victimes sont indemnisées par la solidarité nationale[976].

244. D'autre part, depuis 2002, l'article L. 1142-28 du Code de la santé publique unifie les régimes de prescription, trentenaire pour les médecins libéraux, quadriennale pour les médecins libéraux : « *les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage* ».

245. Par ailleurs, la multiplication des affaires judiciaires dans le domaine de la santé et de la sécurité publique et le constat d'une responsabilité pénale lourde pour les élus locaux et décideurs, à l'instar des médecins, suscitent dans les années 1999 et 2000, une mobilisation de

---

exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité » et ce même si « *aucune faute ne peut être relevée* ».

[975] J.-M. Sauvé, *Le droit des malades, 10 ans après. La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Colloque IDS, Université Paris-Descartes, chaire santé Sciences Po, EHESP, LIRAES, 5 mars 2012, p. 11.

[976] Art. L. 1142-1 al. 3 du CSP : « *Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire* ».

la classe politique autour de cette problématique[977]. Par conséquent, la loi du 10 juillet 2000 dite « *loi Fauchon* » opère une distinction entre les auteurs directs d'un homicide involontaire et les auteurs indirects. Elle constitue une loi de dépénalisation, « *une technologie de réduction du risque judiciaire* »[978], en apportant un critère d'appréciation de la faute pénale, selon que la faute ait entraîné directement ou indirectement le dommage. Yves Mayaud souligne, à cet effet, que « *le lien de causalité est devenu, depuis la loi du 10 juillet 2000, le nœud gordien de la responsabilité pénale en matière non intentionnelle. C'est par lui que se réalise l'essentiel de la dépénalisation opérée, puisque selon que la causalité est directe ou indirecte, les exigences quant à la faute ne sont plus les mêmes* »[979]. En d'autres termes, à la lecture du nouvel article 121-3 du Code pénal, le médecin qui n'a pas contribué directement au dommage n'est responsable pénalement que si trois éléments sont établis : « […] *son comportement constituait une faute caractérisée ;* […] *la personne exposait autrui à un risque qu'elle ne pouvait ignorer ;* […] *ce risque présentait une particulière gravité* ».

246. Enfin, il nous est possible d'illustrer l'existence d'évolutions favorables aux médecins par une reconnaissance plus fréquente des tribunaux de la faute de la victime, comme condition d'exonération de la responsabilité du médecin. La Cour de cassation a ainsi rappelé que « *seule une faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité* »[980]. Ainsi, le non respect des prescriptions, des recommandations ou encore des indications et contre-indications formulées par le médecin est susceptible d'être assimilé à une faute du patient[981]. A titre d'exemples, le 27 mars 2001, un médecin est exonéré de sa responsabilité dès lors qu'il a été prouvé que le patient qui a subi une arthroscopie du genou a développé une arthrite septique pour s'être livré à des activités qui lui avaient été contre-indiquées[982]. De même, le 26 octobre 2004, la Cour de cassation

---

[977] V. Roussel, « Scandales et redéfinitions de la responsabilité politique. La dynamique des affaires de santé et de sécurité publiques », *Revue française de science politique*, 2008, vol. 58, n°6, p. 971 ; R. Dosière, *rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par le sénat en deuxième lecture, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, AN, 29 juin 2000 : « *L'extension sans limite de la responsabilité des décideurs publics et du champs des délits non intentionnels, bien que liée, pour partie, au renforcement de l'Etat de droit dans notre pays, est désormais excessive* […] ».

[978] V. Roussel, « Scandales et redéfinitions de la responsabilité politique. La dynamique des affaires de santé et de sécurité publiques », *op. cit.*, p. 973.

[979] Y. Mayaud, « Chronique de jurisprudence », *Revue de science criminelle*, 2005, p. 71.

[980] Cass. 1ère civ., 17 janvier 2008, n°06-20.107, *Bull. civ*. 2008, I, n°14, p. 12 ; A. Dumery, *D*. 2008, p. 1256.

[981] V. à ce sujet, N. Boughriet « Quand la faute de la victime exonère le médecin de sa responsabilité », *JURIDIC'URMEL*, janvier-février 2010, n°16, p. 3.

[982] Cass. 1ère civ., 27 mars 2001, n°99-17.672, *Bull. civ*. 2001, I, n°87, p. 56 ; P. Jourdain, *RTD civ*. 2001, n°3, p. 596-598 ; L. Dubouis, *RDSS* 2001, p. 704 ; V. également, Q. Mameri, N. Gombault, C. Paley Vincent, « La

exonère le médecin de sa responsabilité au motif que le patient n'a pas suivi les recommandations post opératoires préalablement formulées par le chirurgien[983]. Cette évolution jurisprudentielle entre en résonance avec l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui pose une obligation de collaboration dans la réalisation des soins pesant sur le patient[984] et souligne sa plus grande responsabilisation[985].

De la même manière, le juge administratif reconnaît la faute de la victime. Ainsi, le 21 décembre 1995, la Cour administrative de Nantes exonère un établissement public de santé de sa responsabilité[986]. En l'espèce, elle considère que, si le patient a subi un dommage suite à une vaccination, ce dernier n'a pas mentionné ses antécédents allergiques alors même qu'il a été interrogé à ce sujet. Par ailleurs, le 8 février 2007, le Tribunal administratif de Rennes exonère un établissement de sa responsabilité, à hauteur d'un tiers. En l'espèce, il considère que l'ablation d'une compresse oubliée qui a provoqué notamment des abcès engage la responsabilité de l'établissement pour faute médicale. En revanche, le comportement négligeant du patient est assimilé à une faute de la victime, pour laquelle l'établissement ne peut être retenu responsable[987].

D'autres dispositions juridiques sont au contraire préjudiciables au médecin.

2. <u>Des évolutions défavorables au corps médical</u>

247. Des évolutions législatives et jurisprudentielles peuvent avoir des conséquences défavorables sur l'activité du médecin. Le professeur Gérard Mémeteau soulignait, à juste titre, « *que la Cour de cassation, en une analyse classique de la faute contractuelle, retienne la faute légère du chirurgien* […] *et l'on sent le vent de l'obligation de résultat ! Qu'elle renverse une jurisprudence remontant à 1951 et fasse peser sur le médecin l'obligation de prouver avoir informé son client, et cette discutable lecture de l'article 1315 du code civil provoque un déferlement de formulaires de consentement inutiles, voire inadaptés* […] »[988].

---

faute de la victime, cause exonératoire de responsabilité du médecin ? », *Responsabilité*, septembre 2009, n°35, p. 1-6.

[983] Cass. 1ère civ., 26 octobre 2004, n°02-20.747 ; C. Kouchner, *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, n°159, p. 39.

[984] Art. L. 1111-4 du CSP : « *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* ».

[985] *Infra* n° 261 à 265.

[986] C.A.A. Nantes, 21 décembre 1995, 94NT00321.

[987] T.A. Rennes, 8 février 2007, n°031472.

[988] G. Mémeteau, « Des médecins qui avaient peur du droit », *op. cit.*, p. 7.

248. L'incertitude qui peut découler de la jurisprudence constitue un premier élément défavorable au corps médical. En effet, Mathieu Biancucci souligne que « […] *l'incertitude que représente l'interprétation juridique d'un événement médical, l'activité créatrice des juges en matière de jurisprudence constituent des facteurs d'inquiétude* »[989]. Ainsi, pendant longtemps, la jurisprudence administrative exigeait, en matière d'actes médicaux, une faute lourde pour retenir la responsabilité d'un établissement de santé[990]. Le 10 avril 1992, le Conseil d'Etat met fin à la distinction qui était opérée entre faute lourde et faute simple[991]. L'abandon de la faute lourde peut apparaître comme préjudiciable au corps médical hospitalier puisqu'il suffit désormais à la victime de prouver l'existence d'une faute simple et que cette dernière présente un lien de causalité avec le dommage subi. Cependant, cette évolution jurisprudentielle, consacrée par la loi du 4 mars 2002, ne fait qu'entériner le principe d'unité de la responsabilité pour faute, et ce quel que soit l'auteur. La reconnaissance d'une faute simple suffit donc à engager la responsabilité d'un professionnel de santé ainsi que d'un établissement, d'un service ou d'un organisme au sein duquel sont effectués des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins[992].

249. En outre, le 25 février 1997, la jurisprudence a introduit le principe d'inversion de la charge de la preuve dans le cadre d'un manquement à l'obligation d'information : « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »[993]. Le 5 janvier 2000, le Conseil d'Etat adopte une position similaire à celle de la Cour de cassation : « *lorsque l'activité médicale envisagée, même accomplie dans les règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé* […] *si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient, la seule circonstance que les risques ne se*

---

[989] M. Biancucci, « Les ajustements de la technique médicale face aux règles de droit », *Sociologie du travail*, 2011, n°53, p. 380.
[990] C.E., 8 novembre 1935, *Dame Vion épouse Loiseau et Dame Philiponneau*, *Rec.* p. 1019.
[991] C.E., Ass., 10 avril 1992, *Epoux V. c/hôpital clinique du Belvédère de Mont-Saint-Aignan*, n°79027, *Rec.* p. 171 ; Concl. H. Legal, *AJDA* 1992, p. 355 ; Concl. H. Legal, *RFDA* 1992, p. 571 ; Note J. Moreau, *JCP G* 1992, II, 21881 ; Note V. Haïm, *LPA*, 3 juillet 1992, p. 23 ; Obs. P. Bon et PH. Terneyre, *D*. 1993, p. 146.
[992] Art. L. 1142-1 du CSP.
[993] Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *Bull. civ*. 1997, I, 75, p. 49 ; Rapp. P. Sargos, note J. Guigue, *Gaz. Pal*. 1997, I, p. 22 ; Obs. J.-L. Aubert, *Defrénois* 1997, p. 751 ; Obs. L. Leveneur, *Contrats, conc. consom.* 1997, n°76 ; Note J. Penneau, *D*. 1997, p. 319 ; Note L. Dubouis, *RDSS* 1997, p. 288 ; P. Jourdain, *RTD civ*. 1997, p. 434 ; J. Mestre, *RTD civ*. 1997, p. 924.

réalisent qu'exceptionnellement, ne dispense pas les praticiens de leur obligation »[994]. La loi du 4 mars 2002, au travers de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, consacre ces décisions jurisprudentielles. Il en résulte qu'il incombe au médecin de prouver qu'il a rempli son devoir d'information. Dès lors, le doute profite à la victime et le médecin voit peser sur lui la charge de la preuve.

250. En outre, en matière d'infections nosocomiales, la loi du 4 mars 2002 prévoit une présomption de responsabilité : « […] *seuls les établissements, services et organismes* […] *sont responsables de plein droit des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* »[995]. Cette présomption de responsabilité rend difficile les possibilités d'exonération des médecins exerçant en établissements de santé. Les médecins libéraux demeurent exclus de ce régime de faute présumée en cas d'infections en cabinet libéral, ce qui ne les dispense pas d'« *informer (leur) patient d'un risque d'infection nosocomiale dès lors que celui-ci est scientifiquement connu comme étant en rapport avec ce type d'intervention* »[996].

La nécessaire responsabilité du corps médical ainsi que les évolutions législatives et jurisprudentielles qu'elle a subies tendent notamment vers une protection et une indemnisation accrues des victimes. Nous pouvons alors émettre l'hypothèse que certaines conditions juridiques tendent à favoriser le recours à la justice des victimes dans la résolution d'une affaire médicale et, par conséquent, à favoriser la naissance de contentieux médicaux.

---

[994] C.E., Sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle c/ AP-HP*, n°181899, *Rec.* p. 5 ; Concl. D. Chauvaux, *RFDA* 2000, p. 641 ; Note P. Bon, *RFDA* 2000, p. 654 ; Note M. Guyomar, *AJDA* 2000, p. 137 ; Note L. Dubouis, *RDSS* 2011, p. 357.
[995] Art. L. 1142-1 al. 2 du CSP.
[996] Cass. 1ère civ., 8 avril 2010, n°08-21.058, *Bull. civ.* 2010, I, n°90 ; A. Laude, « Panorama janvier 2010-juillet 2011 », *D.* 2011, p. 2565 ; Obs. I. Gallmeister, *D.* 2010, p. 1074.

§2. La formation de conditions incitatives au recours à la justice

251. L'immixtion du juge dans le domaine médical est mal perçue par le corps médical, attaché à préserver l'indépendance dans son art médical et le contrôle de ses pratiques médicales[997]. Les exigences croissantes des patients et des représentants des usagers ont conduit le juge à dégager des solutions prétoriennes qui favorisent la réparation du préjudice. Certains médecins, détracteurs de la loi du 4 mars 2002[998], ont alors entrevu dans l'édiction de nouvelles règles juridiques, telles que l'obligation d'information complète ou la recherche d'un consentement écrit, une forme d'incitation à la défiance et la peur du patient.

Si le corps médical doit nécessairement être responsable de ses actes et abstentions, il n'en demeure pas moins que nous assistons à la mise en œuvre de conditions incitatives au règlement d'une situation par la voie judiciaire. Ces conditions juridiques consistent, notamment, en l'affirmation des droits des patients (A) et le développement d'une logique indemnitaire (B).

A. L'AFFIRMATION DES DROITS DES PATIENTS

252. La consécration de droits aux patients traduit une volonté politique. Suite aux Etats généraux de la santé en 1999, le rapport Caniard, précurseur des dispositions relatives à la démocratie sanitaire de la loi du 4 mars 2002, définit la « *place des usagers dans le système de santé* »[999]. Le titre II de la loi du 4 mars 2002 est intitulé « *démocratie sanitaire* ». Six chapitres y sont développés, construits, d'une part, autour de la relation médecin et patient (« *droits de la personne* », « *droits et responsabilité des usagers* » et « *responsabilité des professionnels de santé* ») et, d'autre part, autour de la participation des usagers dans le processus de décisions politiques en matière sanitaire (« *participation des usagers au système de santé* », « *orientations de la politique de santé* » et « *organisation régionale de la santé* »). Lors d'une conférence de presse, le 5 octobre 2010, Roselyne Bachelot, alors Ministre de la santé, a lancé l'opération « *2011, année des patients et de leurs droits* ». A ce titre, trois axes de réflexion et d'actions ont été choisis : « *faire vivre les droits des patients* », « *la bientraitance à l'hôpital* » et « *les nouvelles attentes du citoyen, acteur de santé* ».

---

[997] T. Cassuto, *La santé publique en procès*, Paris, P.U.F, 2008, p. 11.
[998] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc.*
[999] E. Caniard, *La Place des usagers dans le système de santé*, Paris, La Documentation française, 7 mars 2000, 63 p.

D'une part, nous déterminerons dans quelle mesure l'avènement de la démocratie sanitaire a substitué au paternalisme médical l'autonomie du patient (1). D'autre part, la consécration de droits individuels et collectifs aux patients est créatrice d'obligations pour le médecin (2).

1. Du paternalisme à l'autonomie du patient

253. Etienne Caniard entrevoit la démocratie sanitaire comme la possibilité d'une relation équilibrée entre le médecin et le patient[1000] mais également comme un garantie de qualité[1001]. Force est de constater que la définition de ce terme n'est pas évidente. Ainsi, selon Jacques Ricot, « *l'expression, que personne ne s'était risqué à définir, s'est liquéfiée au point de n'être plus prononcée avant d'effectuer un retour un peu inattendu lors des dernières interventions, mais sans davantage recevoir de caractérisation* »[1002]. De même, Emmanuel Cadeau souligne « *l'imprécision de l'expression " démocratie " elle-même et la vocation que l'on entend lui faire jouer, aujourd'hui, dans le domaine sanitaire* »[1003]. Reprenant la formule des Etats généraux de la santé, la démocratie sanitaire constituerait un nouveau statut de « *citoyens du système de santé* ». Il s'agirait d'un vocable permettant d'englober « *tout ce qui s'inscrit dans la volonté d'un rapport rééquilibré entre les différents acteurs du champ de la santé, avec un idéal de dialogue, de savoirs partagés entre l'usager et les personnels (transparence des pratiques, information, possibilité de recours, etc.)* »[1004].

254. Au cours des dernières années et notamment depuis la loi du 4 mars 2002, nous assistons au passage du « *modèle paternaliste* » au « *modèle autonomique* »[1005]. Le professeur Dominique Thouvenin souligne que « *la reconnaissance de droits a pour but explicite de faire de la personne malade un acteur à part entière, de telle façon à utiliser sa participation*

[1000] *Id.*, p. 7 : « *Il ne saurait y avoir d'exercice effectif des droits individuels des personnes malades, difficiles à mettre en œuvre car situés dans le cadre d'une relation, par nature déséquilibrée, sans le contrepoids d'une représentation collective des usagers* ».

[1001] *Id.*, p. 8 : « *L'entrée de l'usager dans le système de santé, doit être un des leviers pour promouvoir et améliorer la qualité* ».

[1002] J. Ricot, propos conclusifs aux actes du XVIIIème Atelier du CERDES, cités par E. Cadeau., « La " démocratie sanitaire " : " erreur ", "commodité " ou " écart " de langage ? », *RGDM* 2004, n°12, p. 9.

[1003] E. Cadeau., « La " démocratie sanitaire " : " erreur ", "commodité " ou " écart " de langage ? », *RGDM* 2004, n°12, p. 10.

[1004] M. Boender Lecoeur, « L'impact du droit relatif à la démocratie sanitaire sur le fonctionnement hospitalier », *Droit et Société*, 2007, vol. 3, n°67, p. 632.

[1005] S. Rameix, « La décision médicale. Du paternalisme des médecins à l'autonomie des patients », *Cahiers philosophiques*, juin 2004, n°98, p. 42-69.

directe comme levier pour améliorer la qualité du service rendu par le système de santé »[1006]. *Ainsi, la notion de démocratie sanitaire recouvre l'idée de «* […] *renforcer le droit du citoyen à l'information et à la parole face aux médecins et aux experts, pour irriguer enfin le débat que les représentants politiques ou syndicaux ne peuvent seuls porter* »[1007].

La démocratie sanitaire, par la consécration de règles juridiques, permet alors au patient « *d'intervenir directement sur la définition et la mise en œuvre des droits et des prestations dont il est bénéficiaire* »[1008]. Lors du projet de loi du 4 mars 2002, il avait été rappelé que « *les droits des malades et des usagers du système de santé sont déjà reconnus dans un grand nombre de textes, notamment internationaux, dans des codes professionnels, des chartes, des rapports ainsi que dans les évolutions jurisprudentielles. Il s'agit de textes fragmentaires qu'il est apparu nécessaire de réécrire et de regrouper dans un texte unique afin de les rendre plus lisibles et compréhensibles* […] »[1009]. D'ailleurs, l'expression « *droits des malades* » apparaissait déjà dans l'arrêt Teyssier de 1942[1010].

255. Longtemps, le patient était représenté tel un être passif, soumis aux décisions médicales. Depuis, la reconnaissance de droits lui confère un statut d'acteur de sa santé, au sens de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique[1011]. Selon le professeur Dominique Thouvenin, « *le droit de la santé dans les pays occidentaux s'ouvre depuis quelques années à la montée en puissance des droits des patients comme nouvel élément de la régulation du système de soins* »[1012]. Le paternalisme médical est à associer à la bienfaisance qui justifie la protection du patient que le médecin place dans une situation d'affaiblissement de « *par la*

[1006] D. Thouvenin, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *RGDM* 2004, n°13, p. 85.
[1007] A.-M. Brocas, G. Le Coz, « La démocratie sanitaire. Présentation du numéro sur la démocratie sanitaire », *RFAS* 2000, n°2, p. 9.
[1008] *Id*., p. 9-14.
[1009] Exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, AN, n°3258, 5 sept. 2001, p. 4
[1010] Cass. req., 28 janvier 1942, *Teyssier* ; *Gaz. Pal*., 62, 1942, 1, p. 177 ; *D.* 1942, p. 63.
[1011] Art. L. 1111-4 du CSP : « *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. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix* […]. *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille ou, à défaut, un de ses proches ait été consulté* ».
[1012] D. Thouvenin, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *op. cit.*, p. 79.

maladie, la souffrance et l'ignorance médicale »[1013]. Désormais, le paternalisme médical est totalement remis en cause. Il n'est plus concevable que le médecin prenne seul une décision médicale, sans aviser le patient de son état de santé[1014]. Le paternalisme a donc cédé le pas à l'autonomie du patient que nous pourrions définir comme « *la faculté de se donner à soi-même la loi de sa propre action, sans la recevoir d'un autre* »[1015]. En l'espèce, cette autonomie se concrétise au travers la volonté du patient qui doit être recherchée systématiquement, sauf urgence ou impossibilité.

256. Selon le professeur Dominique Thouvenin, « *si la loi du 4 mars 2002 a été votée, c'est précisément parce que l'évolution des pratiques sociales a conduit à mettre en place un système de règles dans l'objectif de prendre en considération aussi bien les positions des associations de malades sur le système de soins que le point de vue de la personne malade afin de lui permettre à la fois d'exercer des choix et de voir sa position étayée du fait même de l'existence de ces droits* »[1016]. Cette volonté d'« *humanisation de la médecine* » se matérialise par la reconnaissance de droits collectifs et individuels aux usagers.

2. <u>Le patient créancier de droits, le médecin débiteur d'obligations</u>

257. Le patient a acquis de plus en plus de droits et, par conséquent, un pouvoir de décision, que consacre la loi du 4 mars 2002[1017]. Les droits collectifs (a) et individuels (b) des patients ont fait naître de nouvelles obligations pour le praticien.

a. Les droits collectifs des patients

258. Il est reconnu au patient des droits collectifs, matérialisés autour d'associations de santé. Le rôle dévolu aux représentants des usagers dans les différentes instances du système de santé a été défini par les lois du 4 mars 2002, du 9 août 2004 et du 13 août 2004[1018]. Au 20 novembre 2010, le Ministère de la santé et des sports recensait 120 associations d'usagers du système de santé agréées sur le territoire national[1019]. Janine Barbot évoque un « *activisme*

[1013] S. Rameix, « La décision médicale. Du paternalisme des médecins à l'autonomie des patients », *op. cit.*, p. 46.
[1014] J.-J. Léonard, *La médecine entre les pouvoirs et les savoirs*, Paris, Aubier, 1981, 384 p.
[1015] E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785, cité par E. Quignard, *Le refus de soins en gériatrie*, mars 2011, p. 9. Consulté sur : *http://espace-ethique-alzheimer.org*, le 9 juin 2011.
[1016] D. Thouvenin, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *op. cit.*, p. 98.
[1017] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc*.
[1018] La représentation des usagers est élargie à l'assurance maladie en sus des établissements publics de santé.
[1019] Consulté sur : *http://www.sante-sports.gouv.fr*, le 28 novembre 2011.

thérapeutique »[1020] pour caractériser cet essor d'associations de malades qui se manifeste par une visibilité croissante sur la scène publique. En outre, les représentants des usagers siègent dans près de vingt-huit instances décisionnelles[1021]. Enfin, en 1996, la création du Collectif interassociatif sur la santé (CISS), composé de 38 associations, joue un rôle prépondérant dans la sphère publique en matière de représentation des usagers[1022].

259. En 2012, la Fédération hospitalière de France (FHF) a présenté, lors d'un colloque relatif à la participation des usagers en établissements, les résultats d'une enquête qu'elle a menée[1023]. Sans parvenir à un objectif d'exhaustivité, il nous est possible de porter notre regard sur quelques résultats relatifs à la participation effective des représentants des usagers. Ainsi, 87 % des établissements prétendent disposer d'une personne chargée des relations avec les usagers. S'agissant de la commission des relations avec les usagers et la qualité de la prise en charge (CRUQPC)[1024], 80 % des établissements déclarent disposer d'au moins deux représentants des usagers au sein de cette instance. En revanche, seuls 48 % des établissements révèlent la présence de quatre représentants des usagers, titulaires et suppléants, dans leur établissement comme l'exige la réglementation. 75 % des établissements déclarent se réunir trois par an alors que la réglementation exige la tenue d'une réunion quatre fois par an. D'autre part, s'agissant du conseil de surveillance en établissement public de santé[1025], près de 25 % des représentants des usagers interrogés affirment ne pas y participer.

[1020] J. Barbot, *Les malades en mouvement : la médecine et la science à l'épreuve du sida*, Paris, Balland, 2002, p. 307.

[1021] CISS, *Guide CISS du représentant des usagers*, 2011, p. 211-220 : conseil de surveillance des établissements publics de santé, commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge, commission de l'activité libérale, comité de lutte contre les infections nosocomiales, comité de lutte contre la douleur et comité de liaison alimentation et nutrition, conseil des caisses primaires d'assurance maladie, conférence de territoire, conseil de surveillance des communautés hospitalières de territoire, comité départemental des hospitalisations psychiatriques, comité départemental de l'aide médicale d'urgence et de la permanence des soins et des transports sanitaires, conseil de surveillance des agences régionales de santé, conférence régionale de la santé et de l'autonomie, commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, comité de protection des personnes, conférence nationale de santé, section sanitaire du comité national de l'organisation sanitaire et sociale, commission nationale des accidents médicaux, conseil d'administration de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux, conseil d'orientation de l'ONIAM, conseil d'administration de l'institut national de prévention et d'éducation pour la santé, conseil d'administration de l'agence nationale de sécurité sanitaire, de l'alimentation, de l'environnement et du travail, haute autorité de santé, commission nationale de l'activité libérale, conseil de la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, agence des systèmes d'information partagés de santé, institut des données de santé, conseil d'orientation de l'agence de la biomédecine.

[1022] V. P. Hassenteufel, « La résistible affirmation d'un pouvoir collectif des patients », *RDSS* 2012, p. 477.

[1023] FHF, *Participation des usagers dans les établissements de santé. Quelle évolution depuis 10 ans ?*, Actes du colloque du 9 mars 2012, Cité des sciences et de l'industrie, spéc. p. 16. Consulté sur : *http://www.fhf.fr*, le 15 juin 2012.

[1024] Art. L. 1112-3 du CSP.

[1025] Art. L. 6143-5 du CSP.

Enfin, nous pouvons noter que seuls 29 % des représentants des usagers interrogés affirment la présence d'un lieu de permanence des associations des usagers dans l'établissement, animé par des associations d'usagers, comme cela est recommandé par une circulaire ministérielle en 2006[1026]. Bien que leur participation effective ne soit pas intégrale, les représentants des usagers peuvent tout de même influencer dans une certaine mesure les décisions des instances au sein desquelles ils siègent. Ainsi, 80 % des représentants des usagers affirment leur participation à des groupes de travail relatifs au dossier patient ou encore à la qualité. De même, leur participation inégale au Conseil de surveillance est équilibrée par le fait que 50 % d'entre eux mentionnent inscrire à l'ordre du jour de ce Conseil une problématique qui leur paraît nécessaire d'aborder.

260. Enfin, la montée en puissance des associations d'usagers se caractérise par le rôle qu'elles peuvent jouer dans le cadre d'une procédure contentieuse, au sens de l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique[1027]. Ainsi, il est reconnu aux associations agréées de santé la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile. Cette possibilité d'action des associations est toutefois limitée. Il s'agit d'une action indirecte et soumise à certaines conditions : les associations peuvent se porter partie civile sur le fondement d'une plainte d'une victime et sous réserve d'obtenir son accord. En 2004, Alain-Michel Ceretti soulignait que « […] *contrairement aux associations de consommateurs ou antiracistes qui elles, peuvent engager des actions judiciaires dès lors qu'elles estiment qu'une infraction commise est de nature à porter un préjudice à l'intérêt collectif qu'elles prétendent défendre, les associations de santé ne pourraient quant à elles qu'agir que par voie d'intervention et non engager directement une action contre un tiers que l'association estime responsable d'un préjudice touchant à l'intérêt collectif des usagers du système de santé* »[1028]. Dans les compte rendus de la mission commune d'information sur le Médiator, Alain-Michel Ceretti précise « […] *qu'il n'existe pas une seule affaire dans laquelle une association agréée se soit portée partie civile* »[1029].

[1026] Circulaire n°DHOS/E1/2006/550 du 28 décembre 2006 relative à la mise en place de maisons des usagers au sein des établissements de santé, *BO* n°2007/1 p. 108-110.

[1027] Art. L. 1114-2 du CSP : « *Lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée, et sous réserve de l'accord de la victime, les associations agréées au niveau national dans les conditions prévues à l'article L. 1114-1 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du code pénal ainsi que les infractions prévues par des dispositions du présent code, portant un préjudice à l'intérêt collectif des usagers du système de santé* ».

[1028] A.-M. Ceretti, *Critère de représentativité et structuration des associations de santé*, rapport remis au Ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, 21 janv. 2004, p. 12.

[1029] A.-M. Ceretti, *Compte rendus de la mission commune d'information sur le Médiator*, AN, 1er juin 2011. Consulté sur : *http://www.senat.fr*, le 5 déc. 2011.

Outre des droits collectifs, il est reconnu au patient des droits individuels dits « *subjectifs* »[1030].

b. Les droits individuels des patients

261. Conformément à la théorie de Jean Dabin, le droit subjectif est présenté tel « *une relation d'appartenance entre son objet et son auteur* »[1031]. Si nous nous référons à la théorie de la volonté, conception allemande du XIXème siècle, véhiculée par Savigny[1032] et Windscheid[1033], le droit subjectif serait sous-tendu par un pouvoir de volonté s'imposant à autrui. Selon la théorie de l'intérêt, véhiculée par Ihering, le droit subjectif serait « *un intérêt juridiquement protégé* »[1034]. A cet effet, il s'agirait d'un droit individuel à obtenir un avantage moral ou matériel par le biais d'une action en justice. Selon Paul Roubier, « *la création des droits subjectifs est toujours l'œuvre de la société, car le droit ne peut se concevoir que dans la société et par la société* »[1035]. Enfin, Michel Villey considère que « *le droit subjectif ne serait rien d'autre que le droit de l'individu pensé en dehors de toute vie sociale organisée, mieux même : en dehors de tout rapport social* »[1036].

262. Le droit objectif et le droit subjectif sont intimement liés. Le Doyen Jean Carbonnier souligne ainsi que « *si le droit objectif nous permet de faire quelque chose c'est que nous avons le droit (subjectif) de le faire* »[1037]. De même, Boris Starck souligne qu'« *il ne peut y avoir de droits subjectifs que dans le cadre que trace le droit objectif* »[1038] et que les droits subjectifs « *n'existent que dans les limites qui sont tracées par les différentes règles de droits et sous les conditions posées par ces règles* »[1039]. Dans notre cas, les droits subjectifs des patients proviennent généralement du droit objectif, en l'espèce, principalement de la loi du 4

[1030] V. à ce sujet : C. Byk, A.-C. Aune, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 470 p. ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1959, p. 56 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J, 1996, 452 p.

[1031] S. Druffin-Brica, L.-C. Henry, *Introduction générale au droit*, Paris, Lextenso éditions, 4ème éd., 2009, p. 139.

[1032] F. Savigny cité par H. Coing, « Signification de la notion de droit subjectif », *APD* 1964, t. IX, p. 7 : le droit subjectif est « *un pouvoir appartenant à la personne, un domaine où règne sa volonté et où elle règne avec notre accord* ».

[1033] Pour une présentation de cette doctrine, V. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1959, p. 56 et s. : le droit subjectif est « *une puissance de volonté ou un pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique* ».

[1034] R. Von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, 3ème éd., Paris, Marescq, 1878, p. 351

[1035] P. Roubier, *Droits subjectifs et situation juridique*, Paris, Dalloz, 1963, p. 73 et s.

[1036] J. Dabin, « Droit subjectif et subjectivisme », *in Le droit subjectif en question, (APD*1964, p. 17-35.

[1037] J. Carbonnier, *Droit civil*, Introduction, 27ème éd., Paris, P.U.F, 2002, n°104.

[1038] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, 5ème éd., Paris, Litec, 2000, n°960.

[1039] *Ibid*.

mars 2002[1040]. Ainsi, de nombreux droits subjectifs ont été reconnus au patient, à l'instar du droit à l'information sur son état de santé[1041], de la liberté de ne pas savoir[1042], du renversement de la charge de la preuve de l'information[1043], de l'accès direct au dossier médical[1044], du respect du refus du traitement[1045] ou encore de la désignation par le patient d'une personne de confiance[1046]. Il en résulte une multiplication de droits subjectifs. Ainsi, le Doyen Carbonnier souligne les effets néfastes de ce « *pullulement des droits subjectifs* »[1047] et notamment la fragilité du droit objectif par les droits subjectifs. Il souligne ainsi que « *chaque droit subjectif arrive à la lumière armé d'une action en justice, débordant de prétentions nouvelles* »[1048]. En effet, si « *le droit subjectif est une prérogative positive reconnue par la loi à une personne, dans son intérêt, lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation* […] »[1049], cette prérogative s'exerce dès lors que le titulaire de ce droit le revendique.

263. Dans ce cadre, la reconnaissance de droits subjectifs aux patients induit deux conséquences. D'une part, le titulaire de ces droits peut les opposer à des tiers, en l'espèce, des médecins. D'autre part, il peut les invoquer en justice pour les faire reconnaître ou respecter. La reconnaissance de droits subjectifs a donc des conséquences non négligeables pour le corps médical. Le patient serait le titulaire d'une créance c'est-à-dire d'un « *droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation* »[1050]. Selon le professeur Dominique Thouvenin, « *le droit subjectif se caractérise par la possibilité reconnue à son titulaire de le revendiquer contre quelqu'un qui, quant à lui, supporte une obligation* […] »[1051].

En d'autres termes, chaque fois que naît un droit pour le patient, naît une obligation pour le professionnel. Si la volonté première des dispositions législatives et réglementaires en faveur des patients est la protection de leurs droits et intérêts, il n'en demeure pas moins que

---

[1040] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc*.
[1041] Art. L. 1111-2, al. 1 du CSP.
[1042] Art. L. 1111-2, al. 4 du CSP.
[1043] Art. L. 1111-2 al. 7 du CSP.
[1044] Art. L. 1111-7 du CSP.
[1045] Art. L. 1111-4 al. 2 et 3 du CSP.
[1046] Art. L. 1111-6 du CSP.
[1047] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V*ème *république*, *op. cit.*, p. 124.
[1048] *Ibid*.
[1049] D. Thouvenin, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *op. cit.*, p. 83.
[1050] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Créance », *op. cit*.
[1051] D. Thouvenin, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *op. cit.*, p. 81.

certaines dérives sont envisageables pouvant altérer durablement la relation médecin-malade. La démocratie sanitaire présente certaines limites. Si son objectif premier est de parvenir à une relation égalitaire, il n'en demeure pas moins que cette dernière persiste à être asymétrique du seul fait que les obligations ne soient pas égalitairement distribuées entre les parties. Le professeur Anne Laude souligne, à ce titre, que « *dans une certaine mesure la loi a donc compensé une asymétrie qui mettait tout le pouvoir du côté du médecin par une asymétrie qui met du pouvoir et notamment juridique du côté du patient* »[1052]. De même, les rapports du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé ont ainsi estimé « *significatif et regrettable que, dans le projet de loi, l'affirmation d'un droit des malades ne s'accompagne pas, en miroir, de l'énoncé des "obligations" ou du moins des responsabilités des patients et usagers afin d'accéder, comme cela est annoncé dans l'exposé des motifs, à un équilibre harmonieux des responsabilités entre les usagers, les professionnels, les institutions sanitaires et l'Etat* »[1053].

Par ailleurs, le fait que des obligations semblent uniquement incomber au débiteur de ces droits, le médecin, et non au créancier, le patient, corrobore l'idée d'une relation asymétrique[1054]. Il en résulte que « […] *ces droits ne créent aucune obligation à l'encontre de leurs titulaires* »[1055] et qu'« […] *il n'existe aucune corrélation entre un droit subjectif reconnu à une personne au titre d'une qualité et une obligation pesant sur elle en raison de ce droit* »[1056].

264. Toutefois, il peut être reconnu certaines obligations au patient, parmi lesquelles une obligation de paiement des honoraires[1057] ou encore une obligation de collaboration dans la prise en charge de son état de santé. En effet, le patient est tenu de collaborer aux soins tel que l'affirme 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* […] ». En outre, l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique dispose que « *les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités*

[1052] A. Laude, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *op. cit.*, p. 1154.
[1053] F. Giraud, G. Dériot, J.-L. Lorrain, *rapport au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, t. 1, « Exposé général », Sénat, n°174, 16 janvier 2002, p. 16.
[1054] D. Thouvenin, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *op. cit.*, p. 79-100.
[1055] *Id.*, p. 80.
[1056] *Id.*, p. 84.
[1057] V. Art. L. 6145-11 du CSP ; M. Cormier, « L'obligation de payer », *RGDM* 2003, n°11, p. 69 et s. ; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 2ème éd., Paris, P.U.F, 2009, n°358, p. 391.

de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose ». Il en résulte que « […] *la reconnaissance de droits subjectifs à la personne malade a pour fonction d'en faire un acteur qui prend les décisions la concernant* »[1058]. En l'espèce, le 20 janvier 2011, la Cour de cassation n'a pas retenu les responsabilités du médecin et de l'établissement suite à la naissance d'un enfant séropositif[1059]. En l'espèce, la mère avait dissimulé à l'équipe soignante son état de santé alors même qu'elle avait connaissance de sa séropositivité. Certes, le médecin est tenu à une obligation d'information. Cependant, sa responsabilité ne peut être engagée au motif qu'il n'aurait pas décelé l'état de santé caché par sa patiente qui, de son côté, est tenue à un devoir de sincérité.

Mais « *le terme responsabilité n'est pas équivalent à celui d'obligation et le fait qu'il ne soit plus possible pour le malade de se voir imposer des décisions ne doit pas être confondu avec le fait qu'il devrait en assumer les conséquences* »[1060]. Le professeur Anne Laude reconnaît, à ce propos, que « *la participation active du patient au maintien de sa santé pourrait le conduire à une grande responsabilisation* »[1061]. Cependant, elle soulève la question de savoir « […] *si l'on peut passer d'une responsabilisation à une véritable responsabilité au sens juridique du terme* »[1062]. En effet, certaines dispositions tendent davantage à une responsabilisation du patient, entendue comme « *le fait de rendre responsable en faisant participer aux décisions* », qu'à une responsabilité du patient[1063]. En atteste le dispositif d'éducation thérapeutique intégré dans le Code de la santé publique depuis 2009 : « *l'éducation thérapeutique s'inscrit dans le parcours de soins du patient. Elle a pour objectif de rendre le patient plus autonome en facilitant son adhésion aux traitements prescrits et en améliorant sa qualité de vie* »[1064]. Si ce dispositif vise une autonomie de la personne dans la gestion de sa pathologie, il est toutefois précisé que l'éducation thérapeutique « *n'est pas opposable au malade et ne peut conditionner le taux de remboursement de ses actes et des médicaments afférents à sa maladie* »[1065]. La responsabilité du patient a donc des limites.

[1058] D. Thouvenin, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *op. cit.*, p. 83.
[1059] Cass. 1ère civ., 20 janv. 2011, n°09-68.042 ; A. Laude, *D.* 2011, p. 2565.
[1060] D. Thouvenin, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *op. cit.*, p. 94.
[1061] A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé, op. cit.*, p. 394.
[1062] *Ibid*.
[1063] Sur la différence entre responsabilisation et responsabilité, V. M. Girer, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, n°39, p. 45 et s.
[1064] Art. L. 1161-1 du CSP.
[1065] *Ibid.*

265. Il en résulte que la multiplication des droits conférés aux patients pourrait avoir des conséquences sur le mécanisme d'indemnisation des préjudices, qu'il soit basé sur la responsabilité ou sur la solidarité nationale. De nombreux auteurs ont ainsi dénoncé le risque de prolifération des droits subjectifs. Ainsi, Jean Hauser évoque « *l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs* »[1066]. De même, le professeur Philippe Stoffel-Munck souligne qu'il peut s'avérer dangereux « *d'affirmer que toute violation d'un droit constitue en soi un préjudice. Compte tenu de la multiplication des droits subjectifs qui caractérise notre époque, la reconnaissance d'une telle règle générale aurait pour effet d'entraîner une prolifération des préjudices, dont on perçoit mal l'intérêt* »[1067]. Philippe le Tourneau et Loïc Cadiet affirment que « […] *la théorie des droits subjectifs a des effets pervers sur le droit de la responsabilité civile* »[1068] et ajoutent que « *l'enflure des droits subjectifs, en tout cas, crée un mouvement, sinon désintégrateur, du moins déstabilisateur pour le droit de la responsabilité civile* »[1069]. Il convient dès lors de porter notre regard sur la logique indemnitaire issue du contentieux médical.

[1066] J. Hauser, « Encore le droit de ne pas naître : l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs », *RTD civ*. 1996, p. 871.
[1067] Ph. Stoffel-Munck, « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », *RDC* 2008, n°3, p. 774.
[1068] L. Cadiet, P. le Tourneau, « Les principes généraux de la responsabilité », *Dalloz Action*, 1998, n°605 et s.
[1069] *Ibid*.

B. LA TOUTE PUISSANCE DE LA LOGIQUE INDEMNITAIRE

266. La logique indemnitaire est symptomatique de certaines décisions jurisprudentielles. Le 17 novembre 2000, la Cour de cassation accorde l'indemnisation d'un enfant, au titre du préjudice d'être né handicapé[1070]. En d'autres termes, il est admis que la vie humaine peut constituer en elle-même un préjudice et que, par conséquent, un enfant peut être indemnisé au seul motif d'être né. La proposition de loi visant à interdire « *l'indemnisation du préjudice d'être né* » souligne alors que la décision de la cour de cassation réduit « *le principe de la sacralité du vivant à une dimension purement financière, en entrant dans la seule logique indemnitaire* »[1071]. Cette logique indemnitaire se manifeste, d'une part, par un phénomène de multiplication et de métamorphose du préjudice (1) et, d'autre part, par la création de fonds d'indemnisation (2).

1. Multiplication et métamorphose du préjudice indemnisable

267. Force est de constater que le droit de la responsabilité « *se métamorphose* », selon l'expression de Loïc Cadiet[1072]. Dans ce développement, notre attention portera davantage sur l'indemnisation du préjudice que sur la détermination de la responsabilité. Le professeur Yvonne Lambert-Faivre évoque ainsi le passage « *d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation* »[1073]. Laurence Engel souligne également que le droit « *tend à faire l'économie de la faute et de la cause pour rendre possible une indemnisation fondée sur le seul préjudice* »[1074].

268. Certains auteurs, à l'instar de Francis-Paul Bénoit, distinguent, d'une part, le dommage, c'est-à-dire « […] *toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, d'une situation* » et d'autre part, le préjudice, désignant « *les diverses conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime de celui-ci* »[1075]. Nous préférerons le terme « *préjudice* » qui est « *synonyme de dommage dans l'usage régnant* » et désigne un

---

[1070] Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *préc.*

[1071] Proposition de loi n°442, C. Huriet et plusieurs de ses collègues visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né » (2000-2001).

[1072] L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, P.U.F, 1998, p. 37 et s.

[1073] Y. Lambert-Faivre, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987, p. 1.

[1074] L. Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, juin 1993, p. 6-12.

[1075] F.-P. Bénoit, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *JCP* 1957, spéc. n°s11 à 16, 1351.

« *dommage subi par une personne dans son intégrité physique (préjudice corporel, esthétique), dans ses biens (préjudice patrimonial, pécuniaire, matériel), dans ses sentiments (préjudice moral) qui fait naître, chez la victime, un droit à réparation* […] »[1076].

269. La réparation d'un préjudice implique qu'il revête un caractère certain, direct et personnel. Le préjudice apparaît être le nerf de la guerre dans le domaine de la responsabilité[1077]. La recherche d'un équilibre entre la justice et l'injustice est donc primordiale pour qu'aucune des parties ne se sente lésée. Le professeur Yvonne Lambert-Faivre évoque la notion d'« *éthique de la responsabilité* » pour désigner « *l'équité dans la responsabilité civile dont le rôle est de rétablir un juste équilibre rompu par le dommage causé* »[1078]. La doctrine est unanime sur l'objectif de *restitutio in integrum* vers lequel doit tendre la responsabilité. Ainsi, Jean-Luc Aubert souligne que « *dans notre système juridique, le dommage indemnisable suppose toujours l'altération d'une situation préexistante – y compris dans ses diverses potentialités – que la réparation a précisément pour objet de restaurer* »[1079]. Laurent Aynès affirme que « *la responsabilité civile a pour objectif le rétablissement d'un droit injustement lésé. Permettre à la victime de réclamer réparation, c'est d'abord reconnaître qu'elle avait un droit, qui a subi une atteinte, et vouloir effacer, en nature ou par équivalent, cette atteinte afin de la rétablir dans son droit* »[1080].

L'objectif de la responsabilité civile est donc de « *rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »[1081] ou encore de « *replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* »[1082]. En 2006, la Cour de cassation rappelle que « *le propre du principe indemnitaire, en application du droit commun de la responsabilité civile, est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de*

[1076] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Préjudice », *op. cit.*
[1077] M. Mekki, *La place du préjudice en droit de la responsabilité civile*, Rapport de synthèse au colloque sur la notion de préjudice en droit franco-japonais à Tokyo en juillet 2009, 2010, vol. 5, p. 152
[1078] Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 8.
[1079] J.-L. Aubert, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », *D.* 2001, p. 489.
[1080] L. Aynès, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, p. 495.
[1081] R. Savatier, note sous Cass. 2ème civ., 28 octobre 1954, *JCP G* 1955, II, 8765.
[1082] P. Eismein, note sous Cass. 2ème civ., 1er avril 1963, *JCP G* 1963, II, 13408.

replacer la victime […] *dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit* »[1083].

270. Cependant, le juge peut éloigner le droit de la responsabilité de sa finalité originelle. En d'autres termes, il peut permettre l'indemnisation des victimes dans certaines situations alors même qu'une application rigoriste des règles juridiques en vigueur ne le permettrait pas. Alors que le professeur Yvonne Lambert-faivre considère que « *la personnalisation de l'indemnisation* » constitue « *l'indispensable garantie d'un humanisme revendiqué par tous* »[1084], d'autres auteurs soulignent les méfaits de cette personnalisation. Ainsi, Xavier Pradel dénonce la croissance des préjudices réparables dans la sphère de la réparation du préjudice extra-patrimonial[1085] et Jean-François Kriegk évoque « *l'exacerbation du droit à réparation, signe d'une société de plus en plus contentieuse* »[1086]. Force est de constater une inflation des préjudices indemnisables ce que la doctrine, à l'instar de Philippe le Tourneau, évoque par l'expression de « *dérive indemnitaire* »[1087]. Afin d'entraver ce phénomène, la nomenclature Dintilhac, mise en place en 2005[1088], constitue une « *trame indicative de postes de préjudices qui devrait être utilisée tant par les experts médicaux dans le cadre amiable que par les juridictions (ou autres organes) les désignant* »[1089]. Cette nomenclature dégage vingt-neuf chefs de préjudices. Les juridictions de l'ordre judiciaire, suite à une recommandation d'une circulaire du ministère de la justice en 2007[1090], se référent plus volontiers à cette nomenclature. Cependant, cette nomenclature revêt un caractère purement indicatif et n'exerce donc qu'une influence limitée sur le pouvoir souverain des juges du fond. En revanche, le Conseil d'Etat[1091] préfère « *[…] par la voie prétorienne, retenir une démarche à*

[1083] Cass. 2ème civ., 8 février 2006, n°04-20.292.
[1084] Y. Lambert-Faivre, *L'indemnisation du dommage corporel*, Paris, La Documentation française, juin 2003, p. 55.
[1085] X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J, 2004, 528 p.
[1086] J.-F. Kriegk, « L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile ? », *Gaz. Pal.* 2005, n°95, p. 6.
[1087] P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6ème éd. Paris, Dalloz, 2006, n°1308.
[1088] J.-P. Dintilhac, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Paris, La Documentation française, octobre 2005, 50 p.
[1089] *Id*., p. 47.
[1090] Circulaire de la DACS n°2007-05 du 22 février 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel, *BO* n°2007-02 du 30 avril 2007 ; V. C. Maugüé, J.-P. Thiellay, *La responsabilité du service public hospitalier*, Paris, L.G.D.J, 2010, p. 119.
[1091] C.E., Sect., 4 juin 2007, *Lagier*, n°303422, *Rec*. p. 228 ; Concl. L. Derepas, *RDSS* 2007, p. 680 ; Chron. J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau, *AJDA* 2007, p. 1800 ; Obs. P. Jourdain, *RTD civ*. 2007, p. 577.

la fois non exhaustive et plus globalisante »[1092]. Enfin, l'article 56 de la loi du 10 août 2011 établissait notamment la proposition suivante « *dans le cadre des procédures amiables ou contentieuses, les dommages corporels pour lesquels la victime peut prétendre à indemnisation sont déterminés suivant une nomenclature non limitative de postes de préjudice, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, fixée par décret en Conseil d'État* »[1093]. Cependant, cet article a été déclaré non conforme à la constitution[1094].

271. L'indemnisation au titre de la perte de la chance ou du préjudice moral illustre également ce phénomène de réparation croissante des préjudices[1095]. Depuis un célèbre arrêt du 3 juin 2010, la Cour de cassation considère que le défaut d'information peut causer à la victime un autre préjudice, indépendamment de la perte de chance de la victime, « […] *que le juge ne peut laisser sans réparation* »[1096]. Cet arrêt consacre la reconnaissance du défaut d'information comme préjudice autonome. De la même manière, le 10 octobre 2012, la Haute juridiction administrative rejoint la Cour de cassation lorsqu'elle énonce « *qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* »[1097]. Les deux juridictions admettent donc que « *le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation au titre d'un préjudice moral autonome d'impréparation* »[1098]. Toutefois, il convient de souligner que les deux juridictions ont des approches différentes du préjudice moral résultant du défaut d'information. En effet, pour la Cour de Cassation qui fonde sa décision sur l'article 16-3 du Code civil, le préjudice moral est reconnu dès lors qu'il est établi qu'il y a eu défaut

---

[1092] J.-M. Sauvé, *Le droit des malades, 10 ans après. La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, op. cit.*, p. 1-14 ; V. également : J.-M. Delandre, « Quelle typologie des postes de préjudices ? La nomenclature des postes de préjudice : point de vue du juge administratif », *RCA* 2010, n°3, spéc. n°7-10, p. 34.
[1093] Proposition de loi modifiant certaines dispositions de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et territoires, AN, 13 juillet 2011.
[1094] C.C., 4 août 2011, *Loi modifiant certaines dispositions de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, n°2011-640 DC, *JO* du 11 août 2011, p. 13787.
[1095] *Supra* n°94.
[1096] Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, *op. cit.* ; V. *supra* n°94.
[1097] C.E., 10 octobre 2012, *op. cit.* ; V. *supra* n°94.
[1098] V. Vioujas, « La reconnaissance d'un préjudice, distinct de la perte de chance, en cas de manquement du médecin à son obligation d'information : le Conseil d'Etat suit l'impulsion de la Cour de cassation », *JCP G* 2012, n°46, 2369.

d'information[1099]. En revanche, le droit à réparation n'est pas automatique devant le Conseil d'Etat qui exige que le patient apporte la preuve de la réalité du préjudice constitué par les troubles subis du fait de ne pas avoir pu se préparer à l'éventualité de la réalisation du risque[1100].

272. Les conséquences de la reconnaissance d'un tel préjudice ne sont pas négligeables. Selon Farida Arhab-Girardin, « *on aboutit à une conception abstraite du préjudice privant les juges du fond de leur pouvoir souverain d'appréciation de l'existence du préjudice et de toute appréciation in concreto* »[1101]. Dans le même sens, le professeur Philippe Stoffel-Munck entrevoit une conception abstraite du préjudice qui entraînerait une réparation par le versement de dommages et intérêts symboliques[1102]. Il rappelle d'ailleurs que « *le droit de la responsabilité civile n'est pas d'abord là pour offrir des compensations symboliques aux plaignants* […] »[1103]. Anne-Elisabeth Crédeville considère également qu'« […] *existe le risque, loin d'être négligeable, de voir se multiplier les actions, si les patients sont toujours certains d'obtenir une indemnisation soit au titre de la perte de chance, soit à celui du préjudice moral* »[1104]. Elle ajoute que l'indemnisation « […] *du préjudice moral conduit à augmenter les droits des victimes mais pas le droit de la responsabilité médicale. Le médecin victime n'est pas la réponse à apporter au patient victime* »[1105]. Au regard des dernières jurisprudences de l'ordre judiciaire qui font suite à la reconnaissance d'un préjudice moral autonome, le montant des dommages et intérêts alloués à la victime d'un défaut d'information varie entre 1 500 euros[1106] et 3 000 euros[1107].

La reconnaissance d'un préjudice moral pourrait donc générer des conséquences lourdes pour les médecins[1108]. L'auteur propose donc « […] *de continuer à rejeter les demandes d'indemnisation au titre d'un préjudice moral* […] », à l'instar de l'arrêt du 6

[1099] C. Caillé, « Défaut d'information du patient : le Conseil d'Etat rejoint la Cour de cassation », *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, n°231, 2012, p. 10.
[1100] *Ibid*.
[1101] F. Arhab-Girardin, « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *RDSS* 2010, n°5, p. 901.
[1102] Ph. Stoffel-Munck, « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », *op. cit.*, p. 775.
[1103] *Ibid*.
[1104] A.-E. Crédeville, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? », *D.* 2008, p. 1915.
[1105] *Id.*, p. 1919.
[1106] C.A. Toulouse, ch. 1, sect.. 1, 9 juillet 2012, n°11/02177.
[1107] C.A. Aix-en-Provence, 10ème ch., 27 juin 2012, n°10/14091.
[1108] F. Arhab-Girardin, « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *op. cit.*

décembre 2007 : « *le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet le consentement éclairé du patient, est la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé* »[1109]. Par la consécration d'un préjudice autonome, ce préjudice ne représenterait plus une fraction du préjudice corporel mais serait le fruit d'une évaluation forfaitaire dont le pouvoir souverain est conféré aux juges du fond[1110]. Exclure l'existence d'un préjudice moral indemnisable a pour objectif de réduire les actions en responsabilité du corps médical ce que Laurent Neyret justifie par le fait que « *les juges (craignent) de porter une atteinte excessive à la liberté d'exercice de la médecine en donnant au patient un nouvel argument de défense* »[1111]. De même, selon le professeur Mireille Bacache, « *la consécration d'un nouveau chef de préjudice moral comporterait* […] *le risque de voir se multiplier les actions en justice, les patients étant toujours certains d'obtenir quelque chose, soit au titre de la perte de chance, soit au titre du préjudice moral* »[1112]. Elle ajoute que « *la prise en compte de l'intérêt du corps médical implique de ne pas surcharger une profession dont la survie et la protection paraissent nécessaires, dans l'intérêt même des malades* »[1113]. Il en résulte que la victime pourrait bénéficier d'une triple réparation au titre de son dommage corporel, de la perte de chance d'éviter le dommage et enfin du préjudice moral subi[1114].

273. Par ailleurs, l'inflation des préjudices réparables peut être illustrée par l'émergence d'un autre préjudice. Patrice Jourdain s'interroge sur la nécessité de prendre en compte le sentiment d'angoisse : « *ne convient-il pas en effet d'admettre qu'un risque pour la santé, même éventuel, suffit à caractériser un dommage moral par la crainte qu'inspire sa réalisation ?* »[1115]. Ainsi, dans certaines conditions, le juge admet que l'existence d'un simple risque peut entraîner un préjudice d'angoisse. Dans une espèce relative à une contamination par le virus de l'hépatite C, une victime est indemnisée pour l'anxiété, née de la nécessité

[1109] Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *Bull. civ*. I, n°380 ; Note P. Sargos, *D.* 2008, Juris., p. 192 ; Chron. L. Neyret, *D*. 2008, p. 804 ; Note M. Girer, *RGDM* 2008, n°27, p. 376 ; Note K. Morel, *RDS 2008*, n°22, p. 213.

[1110] F. Arhab-Girardin, « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *op. cit*.

[1111] L. Neyret, « La neutralisation de l'obligation d'information par la Cour de cassation », *D.* 2008, p. 806.

[1112] M. Bacache, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? », *D.* 2008, p. 1912

[1113] *Ibid.*

[1114] *Ibid.*

[1115] P. Jourdain, « Risque et préjudice (suite) : réparation au titre des troubles du voisinage du préjudice généré par la présence d'antennes relais de téléphonie mobile », *RTD civ.* 2009, p. 327.

d'être surveillée médicalement, et ce même si l'hépatite était pour le moment « *paisible* »[1116]. De même, les victimes de transfusions sanguines sont indemnisées par le fonds d'indemnisation du sida post-transfusionnel, au titre du préjudice spécifique de contamination par le virus du SIDA, constitué notamment de « *l'ensemble des préjudices de caractère personnel, tant physiques que psychiques subis par la victime* », qui résultent notamment « *des souffrances et de leur crainte* […] *ainsi que de toutes les affections opportunistes consécutives à la déclaration de la maladie* »[1117].

274. Enfin, la métamorphose de l'indemnisation des préjudices réside dans les montants qui semblent avoir sensiblement augmenté. Le rapport 2010 de la MACSF souligne dans un premier temps une diminution du nombre de dossiers dont l'indemnisation est supérieure à 100 000 euros. Ainsi le nombre de dossiers en 2009 était de 16 % versus 20 % en 2008. Cependant, le nombre de dossiers qui a donné lieu à une indemnisation au moins égale à 2 millions d'euros est en nette progression. En 2009, six dossiers excédaient une indemnisation de 5 millions d'euros contre un seul dossier en 2008. Enfin, le nombre de dossiers dont l'indemnisation est supérieure à 3 millions d'euros a connu une légère progression entre 2008 (six dossiers) et 2009 (huit dossiers)[1118]. Le rapport souligne également que l'indemnisation dont le montant est le plus élevé, 8 335 000 euros, est relative à la condamnation solidaire de deux médecins obstétriciens. L'obstétrique demeure donc la spécialité dont la sinistralité est la plus élevée. Elle représente 30 % des indemnisations versées en 2009[1119].

En dehors du mécanisme de responsabilité, la logique indemnitaire se traduit par la création de fonds d'indemnisation.

2. <u>La création de fonds d'indemnisation</u>

275. Au cours du 20ème siècle, le législateur a tenté de faciliter l'indemnisation des victimes au travers la création de fonds d'indemnisation. Alors que « *la rupture de l'égalité devant les charges publiques est au demeurant le fondement d'une jurisprudence ancienne et*

[1116] Cass. 1ère civ., 9 juillet 1996, n°94-12.868, *Bull. civ.* 1996, I, n°306, p. 214 ; *L'Assur. Fr.*, janvier 1997, n°728, Juris., n°62.
[1117] Cass. 2ème civ., 2 avr. 1996, *Bull. civ.* II, n°88 ; *JCP G* 1996, IV, p. 1289 ; V. à ce sujet : I. Bessières-Roques, « Le préjudice spécifique de contamination : un nouveau préjudice ? », *RFDC* 1993, p. 79 ; E. Savatier, « Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative. A propos de l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines », *JCP G* 1999, I, 125.
[1118] B. Courgeon, « Rapport sur les décisions de justice et avis CRCI rendus en 2009», *Responsabilité*, Hors-série, Sou médical-Groupe MACSF, novembre 2010, p. 82.
[1119] *Id.*, p. 83.

constante du Conseil d'Etat pour justifier les régimes de responsabilité sans faute »[1120], les fonds d'indemnisation puisent leur fondement juridique dans la « *solidarité nationale* », issue des réflexions de Léon Bourgeois sur le « *solidarisme* »[1121]. La solidarité face aux risques est un principe constitutionnel, issu du préambule de la Constitution de 1946 : « *la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges qui résultent des calamités nationales* »[1122].

La création de fonds d'indemnisation entre dans un large mouvement de « *socialisation du risque* » qui désigne « *l'indemnisation des conséquences dommageables d'un risque* […] *sans lien avec la responsabilité* », ou « *le financement de cette indemnisation* […] *soit a priori soit a posteriori, déconnecté de cotisations ou prélèvements individuels* » ou « *lorsque la puissance publique est impliquée dans cette indemnisation, même en l'absence de responsabilité directe dans un dommage* »[1123]. Les fonds d'indemnisation séparent donc le mécanisme de la responsabilité de celui de la réparation. En d'autres termes, ils créent une « *déconnexion entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation* »[1124]. Toutefois, si les fonds d'indemnisation peuvent s'appliquer, en dehors du mécanisme de responsabilité, les victimes peuvent utiliser les deux voies, celle d'une action en responsabilité et celle d'une demande d'indemnisation auprès du fonds. En outre, l'indemnisation de la victime par un fonds ne la prive pas d'une action en responsabilité ultérieure devant les juridictions administratives ou judiciaires.

Les premiers fonds d'indemnisations sont apparus suite à une prise de conscience du caractère injuste d'un dommage subi par un groupe de personnes, la réparation de certains dommages n'étant alors pas prévue par le droit en vigueur[1125]. A la fin du 19ème siècle, le premier fonds de secours est chargé des calamités publiques[1126]. En 1956, il devient le « *fonds de secours aux victimes des sinistres et calamités* »[1127], jusqu'à sa disparition en 1982[1128]. Le

---

[1120] C.E., *Rapport public 2005*, Paris, La Documentation française, mars 2005, p. 206 ; C.C., 10 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, n°2000-440 DC du 10 janvier 2001, *Rec*. C.C., p. 139, *JO* du 17 janvier 2001, p. 855.
[1121] L. Bourgeois, *Solidarité*, Paris, A. Colin, 1896, 158 p.
[1122] V. J.-M. Pontier, « L'alinéa 12 du Préambule de 1946 », *in Le Préambule de1946*, Paris, Dalloz, 2001, p. 283 et s.
[1123] C.E., *Rapport public 2005, op. cit.*, p. 205.
[1124] *Id*., p. 246.
[1125] V. D. Philipp, « De la responsabilité à la solidarité des personnes oubliques », *RD publ.* 1999, p. 624 : « *Face à l'inacceptable, ce n'est plus de responsabilité qu'il doit s'agir mais de solidarité* ».
[1126] J.-M. Pontier, *Les calamités publiques*, Paris, Berger-Levrault, 1980, 204 p.
[1127] Art. 75 de la loi n°56-780 du 4 août 1956 portant ajustement des dotations budgétaires reconduites à l'exercice 1956, *JO* du 7 août 1956, p. 7439.

second fonds d'indemnisation intervient dans le domaine du terrorisme, par la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986[1129].

276. Dans le domaine de la santé publique, la prise en compte du risque sériel, défini comme « *une affection contractée à l'occasions de soins et qui affecte un très grand nombre de personnes* »[1130], a provoqué l'émergence de fonds, à l'instar du fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, créé par l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991[1131]. Il s'agissait, à l'origine, de mettre en œuvre « *un régime d'indemnisation générale le plus large et le plus juste possible et qui, pour ce faire, ne peut se placer que sur le terrain du risque* »[1132]. Cette loi instituait donc un principe de réparation intégrale des préjudices. Déjà en 1977, une proposition de loi relative à la création d'un fonds d'indemnisation des dommages occasionnés par les soins médicaux avait été déposée dont l'exposé des motifs soulignait que devaient être protégés « *les membres des professions de santé de l'insécurité dans laquelle les plonge la mise en jeu de plus en plus fréquente de leur responsabilité sans pour autant les exonérer de celle-ci* »[1133]. En outre, il est créé un fonds d'indemnisation pour les victimes de l'amiante en 2000[1134].

277. Si des difficultés liées à la multiplication de ces fonds ont été soulevées en 2006[1135], depuis, le législateur a créé l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), par la loi du 4 mars 2002. Cette office dispose d'une double compétence : il est

---

[1128] Loi n°82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, *JO* du 14 juillet 1982, p. 2242.
[1129] Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, *JO* du 10 septembre 1986, p. 10956.
[1130] C.E., *Rapport public 2005, op. cit.*, p. 270.
[1131] Art. 47 de la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* n°3 du 4 janvier 1992, p. 178.
[1132] J.-C. Boulard, rapporteur de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, AN, 3ème séance du 9 septembre 1991, *JO* des débats AN, p. 7405.
[1133] M. Gau cité par C. Evin, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, n°3258, 19 septembre 2001.
[1134] Loi n°2000-1257 du 23 décembre 2000 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, *JO* n°298 du 24 décembre 2000, p. 20558.
[1135] GIP Mission de Recherche Droit et Justice, « Appel à projets 2006 », cité par M. Guigue, S. Guigue, M. Moussa, G. Richard, *La réparation du dommage : bilan de l'activité des Fonds d'indemnisation*, février 2009, p. 6 : « […] *si les fonds d'indemnisation spécifiques (victimes du SIDA, de l'amiante, de l'hormone de croissance, du terrorisme, des aléas médicaux…) témoignent de l'engagement croissant de la solidarité nationale vis-à-vis des victimes, s'ils permettent une réparation sans nécessité d'établir une faute et s'ils proposent une complémentarité entre cette solidarité et le système assurantiel, ils n'en posent pas moins divers problèmes. Leur multiplication, qui ne devrait que s'accentuer, parallèlement aux risques générés par certains progrès des sciences et techniques, se heurtera rapidement aux limites de cette socialisation du risque* ».

chargé du règlement amiable des accidents médicaux ainsi que de l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes et d'infections nosocomiales[1136].

278. La fonction d'indemnisation de l'ONIAM a évolué au fil des années. Ainsi, l'article L. 1142-22 du Code de la santé publique, complété par la loi du 30 décembre 2002[1137], lui attribue *« la prise en charge financière des obligations de l'association France-Hypophyse résultant des contentieux civils relatifs à l'indemnisation des victimes de Creutzfeldt-Jakob (MCJ) transmise par recours à l'hormone de croissance d'origine humaine »*. En outre, depuis la loi du 9 août 2004[1138], l'ONIAM est chargé de l'indemnisation des victimes de contamination par le VIH et, depuis la loi du 17 décembre 2008[1139], des victimes de préjudices résultant de contaminations par le virus de l'hépatique C[1140].

L'ONIAM a également pour mission d'indemniser les victimes de dommages occasionnés par 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[1141], les victimes de dommages directement imputables à une vaccination obligatoire[1142], les victimes de dommages occasionnés par une activité de prévention, de diagnostic ou de soins effectués en application des dispositions prises lors d'une menace sanitaire grave[1143] et les victimes de dommages occasionnés dans le cadre de la recherche biomédicale hors responsabilité du promoteur[1144]. Plus récemment, depuis le 1er septembre 2011, l'ONIAM est chargé de l'indemnisation des victimes du Benfluorex[1145].

L'ONIAM répare intégralement les dommages corporels des victimes mais également des ayant droits[1146], selon un référentiel d'indemnisation décidé par le Conseil d'administration[1147]. Il effectue une déduction « *des indemnités de toute nature reçues ou à*

[1136] Art. L. 1142-22 du CSP.
[1137] Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, *préc.*
[1138] Loi n°2004-806 du 9 août 2004, *préc.*
[1139] Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, *JO* n°0294 du 18 décembre 2008, p. 19291.
[1140] Art. L. 1221-14 du CSP.
[1141] Art. L. 1142-1-1 du CSP.
[1142] Art. L. 1142-22 al. 2 et L. 3111-9 du CSP.
[1143] Art. L. 1142-22, L. 3131-1 et L. 3131-4 du CSP.
[1144] Art. L. 1142-3 du CSP.
[1145] Art. 57 de la loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 (rectificatif), *JO* du 20 septembre 2011, p. 15694 ; Décret n°2011-932 du 1er août 2011 relatif à l'indemnisation des victimes du Benfluorex, *JO* n°0179 du 4 août 2011, p. 13338.
[1146] Art. L. 1142-17 du CSP.
[1147] ONIAM, *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, septembre 2011 ; ONIAM, *Référentiel indicatif*

recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice »[1148]. En 2011, l'ONIAM a examiné 171 demandes d'indemnisation de contamination par le virus du Sida, dont 161 ont fait l'objet d'une offre[1149]. Au total, l'ONIAM a versé 2,678 millions d'euros aux victimes de VIH, au titre de l'année 2011 et 0,372 millions d'euros, au titre des années antérieures[1150]. De même, l'ONIAM, qui s'est substitué à l'établissement français du sang (EFS) à compter du 1er juin 2010, a examiné, en 2011, 1 002 dossiers d'indemnisation dans le cadre de la contamination par le virus de l'hépatite C et a émis une offre pour 362 dossiers[1151]. Au total, l'ONIAM a versé 13,122 millions d'euros aux victimes du VHC au titre de l'année en cours et 0,193 millions d'euros au titre des années antérieures. Enfin, depuis l'entrée en vigueur au 1er septembre 2011 de la loi du 29 juillet 2011[1152], l'ONIAM a instruit 4 807 dossiers jusqu'au 31 décembre 2011, dans le cadre des préjudices imputables au Benfluorex[1153].

279. Si la médecine est à l'épreuve du risque judiciaire, c'est parce que le médecin doit nécessairement répondre de ses actes devant les juridictions pénale, civile et disciplinaire. L'étude de la responsabilité du médecin nous a permis d'envisager qu'elle évolue au gré des évolutions législatives et réglementaires. D'autre part, nous avons démontré que la consécration des droits des patients et la mise en œuvre d'une logique indemnitaire constituent des conditions incitatives au règlement d'une situation par le recours au juge. L'existence d'un risque judiciaire inhérent à la pratique médicale semble patente. Mais le discours d'une judiciarisation de la médecine repose-t-il sur des faits tangibles ou est-il issu de représentations ?

---

d'indemnisation par l'ONIAM des dommages imputables à la contamination par le virus de l'hépatite C, juillet 2011.

[1148] Art. L. 1142-17 et L. 3122-5 du CSP.

[1149] ONIAM, *Rapport d'activité 2011*, 2012, p. 26.

[1150] *Id.*, p. 53.

[1151] *Id.*, p. 28.

[1152] Loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 (rectificatif), *JO* du 20 septembre 2011, p. 15694.

[1153] ONIAM, *Rapport d'activité 2011*, *op. cit.*, p. 40.

Section 2. Judiciarisation et représentations

280. Le discours d'une judiciarisation de la médecine nécessite un détour vers le domaine des représentations. La représentation désigne « *une forme de connaissance, socialement élaborée et partagée, ayant une visée pratique et concourant à la construction d'une réalité commune à un ensemble social* »[1154]. Sur les traces de la pensée de Serge Moscovici, la représentation sociale permet, d'une part, le positionnement social des individus par rapport à un objet et, d'autre part, procure un référentiel commun aux membres d'une communauté[1155].

281. Dans l'opinion publique, la justice, *« objet de représentations* »[1156], est associée à la notion d'« *institution judiciaire* » plutôt qu'aux « *notions d'équité, d'égalité, de liberté, de justice sociale, de respect* »[1157]. Ainsi, si la Déesse de la Justice, Thémis, est habituellement représentée avec différents symboles, comme la balance ou la main de la justice, le glaive de la justice, symbole de « *force* » et de « *contrainte* »[1158], semble particulièrement retenir l'attention, dans l'imaginaire social. En d'autres termes, il s'agit de mettre en évidence les idées reçues, le « *ressenti* » des médecins, ce dernier étant « *une impression (interne) que l'on a de quelque chose ou de quelqu'un, d'une sensation ou d'un sentiment […] le ressenti est un effet très subjectif (et peu fiable) que l'autre produit sur soi* »[1159]. La dénonciation d'un recours accru au juge est le reflet des représentations négatives portées sur la justice. Le Conseil de l'Ordre, les syndicats médicaux, la presse médicale ou encore les compagnies d'assurance contribuent à alimenter cette théorie. A ce titre, il semble pertinent de déceler les fondements du discours relatif à une judiciarisation de la médecine (§1) que nous confronterons à la réalité statistique (§2).

[1154] D. Jodelet, *Les représentations sociales*, 7ème éd., Paris, P.U.F, 2003, 447 p.
[1155] S. Moscovici, « Préface », *in Santé et maladie. Analyse d'une représentation sociale*, 4ème éd., Paris, EHESS, 2005, 210 p. ; V. C. Galand, E. Salès-Wuillemin, « Apports de l'étude des représentations sociales dans le domaine de la santé », *Sociétés*, 2003, vol. 3, n°105, p. 36.
[1156] N. Fieulaine, N. Kalampalikis, V. Haas, *Usages du droit et représentations de la justice. Enquête sur le (non) recours au droit* », Synthèse, GIP Mission de recherche Droit et Justice, novembre 2009, p. 1.
[1157] A. Percheron, « Représentations de la loi et de la justice chez les français de 16 à 21 ans », *Droit et Société*, n°19, 1991, p. 385-397, spéc. p. 396.
[1158] X. Labbée, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2010, p. 8.
[1159] Consulté sur : *http://www.psycho-travail.com*, le 7 septembre 2012.

§1. Les fondements du discours relatif à la judiciarisation de la médecine

282. « *Que la Cour de cassation, en une analyse classique de la faute contractuelle, retienne la faute légère du praticien* […] *et l'on sent le vent de l'obligation de résultat ! Qu'elle renverse une jurisprudence remontant à 1951 et fasse peser sur le médecin l'obligation de prouver avoir informé son client, et cette discutable lecture de l'article 1315 du Code civil provoque un déferlement de formulaires de consentements inutiles, voire inadaptés* […]. *Qu'enfin (?) la Cour de cassation énonce de nouveaux principes civils et des praticiens hospitaliers publics s'émeuvent, se croient menacés* ». Les propos du professeur Gérard Mémeteau illustrent bien la peur du corps médical qui ne maîtrise pas toujours les enjeux pratiques des évolutions législatives ou jurisprudentielles.

L'inquiétude des médecins, issue notamment d'une méconnaissance des rouages judiciaires, contribue au développement d'un discours sur la judiciarisation de la médecine. Le corps médical envisage le procès (A) et la question assurantielle (B) comme des menaces qui pèsent sur son activité.

A. LA PEUR DU PROCÈS COMME DANGER IMMINENT

283. « *Ces condamnations sont inquiétantes car, sous l'influence des mêmes forces, elles risquent de se reproduire à propos d'autres problèmes médicaux aux frontières de la connaissance. Elles vont à l'encontre des progrès de la médecine, car, par crainte de représailles judiciaires, elles dissuadent les scientifiques d'assumer les devoirs et responsabilités qui sont les leurs […]* »[1160]. Telle était l'affirmation de la pétition contre la condamnation de médecins dans le cadre de l'affaire du sang contaminé. Le procès cristallise particulièrement l'attention des médecins. Le danger imminent qu'il représente est entretenu, d'une part, par la crainte d'une américanisation de la justice française (1) et, d'autre part, par la profusion de scandales sanitaires (2).

[1160] M.-A. Hermitte, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine, op. cit*., p. 57.

1. La crainte d'une américanisation de la justice française

284. Le discours relatif à la judiciarisation de la médecine trouve son fondement dans la thèse d'une influence du droit américain sur le droit français. Cette hypothèse se retrouve parmi de nombreux auteurs qui évoquent une « *dérive à l'américaine* »[1161], « un *américanisme* »[1162]ou encore « *une américanisation* »[1163]. Ce dernier terme désignerait l'appropriation progressive du droit américain par notre système juridique.

La thèse d'une « américanisation » du droit français est notamment soutenue par Sophie Schiller qui affirme qu'« *à la lecture des journaux et à écouter des conversations entre juristes ou entre non juristes, l'américanisation du droit français de la responsabilité civile paraît certaine* »[1164] et par Loïc Cadiet qui souligne que « *l'américanisation du droit français est sur la place publique, sinon encore dans la rue* »[1165]. Cette influence du droit américain est jugée néfaste par certains auteurs, parmi lesquels François Terré, qui affirme que « *malheureusement l'on observe que la tendance ici dénoncée a été suivie d'effet, car des infiltrations malsaines d'une société trop judiciarisée se sont, d'ores et déjà, manifestées dans notre droit. Insidieusement, diverses actions d'inspiration typiquement américaines pervertissent tant l'action des pouvoirs publics que les libertés publiques les plus essentielles. Il est temps de le dire : l'importation d'un certain américanisme constitue une grave menace pour notre société* »[1166].

285. Cette thèse doit cependant être atténuée. Selon Loïc Cadiet, il faut en effet minorer le constat d'une américanisation puisque « *la libération croissante du procès ne va pas jusqu'au délire de la procédure* » ce qu'il justifie par le fait que « *le droit dispose, par ses juges ou hors ses juges, des moyens propres à réguler les excès éventuels* »[1167]. Il est en effet possible d'entrevoir des différences entre les systèmes judiciaires français et américain.

D'une part, les actions groupées de victimes, sous le nom de « *class action* », sont possibles aux Etats-Unis lorsqu'un problème juridique est « *d'intérêt commun ou général à*

[1161] L. Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *op. cit.*, p. 5-31.
[1162] F. Terré, « L'américanisme et le droit français », *Philosophie politique*, 1995, n°7, p. 137-147.
[1163] J.-F. Kriegk, « L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile ? », *Gaz. Pal.*, 5 avril 2005, n°95, p. 2-11.
[1164] S. Schiller, « Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité », *APD* 2001, n°45, p. 177.
[1165] L. Cadiet, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », *APD* 2001, n°45, p. 89.
[1166] F. Terré, « L'américanisme et le droit français », *op. cit.*, p. 139.
[1167] L. Cadiet, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », *op. cit.*, p. 92.

un grand nombre de personnes tel qu'il est impossible de les faire toutes paraître devant un tribunal »[1168]. En d'autres termes, ce système permet à une victime d'être indemnisée alors même qu'elle n'a pas été active dans la procédure. Dès lors, le nombre d'indemnisations augmente sensiblement par ce mécanisme. Cette règle de procédure demeure impossible à mettre en œuvre en France puisque « *nul ne plaide par procureur* ». Seule l'action en représentation conjointe est possible légalement[1169] mais très rarement mise en œuvre.

Cependant, certains auteurs sollicitent la possibilité de mise en œuvre d'actions collectives en France. Ainsi, Marie-Anne Frison-Roche affirme que « *l'objet du procès dépasse désormais bien souvent le litige et ne confine pas nécessairement à l'intérêt général. Dans ces conditions, l'intérêt collectif trouve sa technique à travers une class action concevable, voire souhaitable* »[1170]. Le projet de loi relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé contenait un amendement qui introduisait une procédure d'action de groupe menée par plusieurs personnes ayant subi un même préjudice. Il était prévu d'insérer dans le Code de la santé publique un article L. 1144-1 prévoyant que l'objet de l'action de groupe est « […] *de réparer intégralement les préjudices de toute nature subis individuellement par plusieurs personnes physiques, ayant pour origine commune l'inexécution ou la mauvaise exécution par un exploitant du médicament des obligations légales, réglementaires, et contractuelles liées à l'exploitation du médicament* ». En outre, la recevabilité de cette action de groupe devait être subordonnée à la réunion de quatre conditions : « *l'existence du préjudice ; le lien de causalité entre le préjudice et le fait du professionnel ; la caractère sérieux et commun des prétentions ; l'impossibilité de mener une procédure conjointe ou une procédure avec mandat* ». Cet amendement a été rejeté, au motif notamment que « *l'action de groupe proposée ne permettrait pas d'offrir une indemnisation personnalisée aux victimes, à la hauteur des préjudices subis* » et qu'« *il n'était pas précisé s'il s'agissait d'un système d'opt in ou opt out, qui permet en fait d'engager une action sans que les victimes soient consultées* »[1171].

[1168] Règle 38 de la loi sur les règles de l'équité citée par S. Schiller, « Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité », *op. cit*., p. 182.
[1169] Art. L. 4221-1 et s. du C. consom.
[1170] M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir processuel des associations et la perspective de la class action », *LPA* 1996, n°24, p. 29.
[1171] AN, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de sante*, 16 novembre 2011.

286. D'autre part, aux Etats-Unis, la victime choisit de saisir le tribunal étatique ou fédéral en fonction de ce qui lui sera le plus avantageux. Le système juridique américain favorise ainsi « *la concentration de procès intentés par les victimes ou leurs avocats dans l'Etat qui aura développé une jurisprudence particulièrement rigoureuse et intolérante à l'erreur médicale* »[1172]. Cette spécificité procédurale, appelée « *forum shopping* », n'est pas permise aux justiciables en France.

287. En outre, les règles de rémunération de l'avocat divergent entre les Etats-Unis et la France. Ainsi, aux Etats-Unis, dans le cadre des « *contingency fee lawyers* »[1173], l'avocat perçoit ses honoraires au terme du procès en s'octroyant une partie des dommages et intérêts alloués à la victime. Ce système de rémunération, en fonction du résultat obtenu par l'avocat, est une pratique peu courante en France.

288. Par ailleurs, le système judiciaire américain distingue deux catégories de dommages pour lesquels une victime peut obtenir réparation : les dommages compensatoires et les dommages et intérêts punitifs. Les premiers sont alloués à la victime en réparation du « *préjudice résultant du coût des dépenses médicales* », du « *préjudice résultant de l'intensité des douleurs éprouvées et des troubles mentaux subis* » et du « *coût de réparation des préjudices futurs* »[1174]. Les seconds, appelés « *punitive damage* », peuvent être versés à la victime, en sus des dommages compensatoires. Ces dommages et intérêts sont versés à la victime « *lorsque le mobile de l'auteur du fait dommageable est répréhensible ou en cas de circonstances aggravantes, de fraude ou de malice* »[1175]. En revanche, en France prévaut le principe de réparation intégrale du préjudice personnel et matériel : tout le dommage et rien que le dommage, conformément aux articles 1382[1176] et 1149[1177] du Code civil. Dès lors, il en résulte que « *les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* »[1178].

[1172] A. Laude, « La judiciarisation en France, sur la trace des Etats-Unis », *Les Tribunes de la santé*, 2010, vol. 1, n°26, p. 51.
[1173] Traduire par « honoraires des avocats fondés sur le résultat ».
[1174] *Id*., p. 54.
[1175] S. Schiller, « Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité », *op. cit*., p. 184.
[1176] Art. 1382 du 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* ».
[1177] Art. 1149 du C. civ. : « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* ».
[1178] Cass. 2ème civ., 23 janvier 2003, n°01-00.200, *Bull. civ*. 2003, II, n°20, p. 16 ; V. également, Cass. 2ème civ., 4 avril 2012, n°11-14.311 ; Note S. Porchy-Simon, *D*. 2012, p. 1098 ; Note S. Hocquet-Berg, *Dr. soc*. 2012, p. 839 ; Note P. Jourdain, *RTD civ*. 2012, p. 539.

Il reste à préciser que bien que le droit français ne permette pas le versement de dommages et intérêts punitifs, deux mécanismes, la clause pénale[1179] et l'astreinte, s'en approchent. Toutefois, une évolution doit être observée. En effet, l'Avant-projet de réforme des obligations et du droit de la prescription, nommé *rapport Catala*, propose l'introduction de dommages-intérêts punitifs en droit français au travers de l'article 1371 selon lequel « *l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour le part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurable*s »[1180]. De même, l'article 2 de la proposition de loi n°657 du 9 Juillet 2010 sur la réforme de la responsabilité civile recommande l'introduction dans le Code civil d'un nouvel article 1386-25 qui institue la notion de faute lucrative. Il prévoit ainsi la possibilité de condamnation de l'auteur d'une faute lucrative à des dommages et intérêts punitifs, dont l'objectif est « *sanctionner le responsable du dommage en amoindrissant ou annulant le bénéfice qu'il tire de la faute lucrative qu'il a commise* »[1181]. A ce jour, le droit français demeure toutefois réticent à l'introduction de dommages-intérêts punitifs.

Les systèmes français et américain présentent des divergences importantes. Il semble donc difficile d'évoquer une « américanisation » de la justice française. Le discours relatif à la judiciarisation de la médecine trouve également son fondement dans la profusion de scandales dans le domaine sanitaire.

2. <u>La profusion de scandales dans le domaine sanitaire.</u>

289. Selon Laurence Helmlinger et Dominique Martin, « *comme les élus et responsables publics* [...], *les médecins, confrontés au quotidien, à une exigence croissante de transparence et de résultat de la part de leurs patients, subissant effectivement une procédure de réclamation qu'ils n'avaient, pour beaucoup d'entre eux, jamais connue auparavant, s'identifient spontanément à leurs rares confrères "traînés" devant les tribunaux et fortement*

[1179] Art. 1226 du C. civ.

[1180] P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à Monsieur Pascal clément, Garde des sceaux, ministre de la justice, Paris, La Documentation française, septembre 2005, p. 182.

[1181] Art. 2 de la proposition de loi n°657 du 9 juillet 2010 sur la réforme de la responsabilité civile, présentée par L. Béteille, Sénat, n°657.

mis en scène par les médias, alors même que le risque statistique qu'ils soient eux-mêmes confrontés à une telle situation est encore fondamentalement marginal »[1182].

Différents scandales médicaux pour lesquels des médecins ont été mis en cause ou condamnés concourent à faire naître dans la sphère médicale le sentiment d'une judiciarisation de leur pratique. Ainsi, « *quelques procès retentissants ont donc pu donner aux médecins l'impression que leur activité était devenue "à risque de procès", générant un sentiment d'insécurité* [...] »[1183]. Il s'agit notamment du scandale relatif aux hormones de croissance ou encore du doute qui subsiste sur le lien de causalité entre la sclérose en plaques et la vaccination contre l'hépatite B.

290. L'affaire du sang contaminé retient particulièrement notre attention. Anne Pellissier-Fall affirme d'ailleurs que « *le scandale du sang contaminé est* [...] *présenté par beaucoup comme le détonateur d'une judiciarisation à la française* »[1184]. A cet effet, l'auteur cite les propos de médecins interrogés parmi lesquels ceux du professeur Léonard : « *ce qui s'est aussi passé, c'était il y a dix ans, c'est le sang contaminé. Et je crois que cette affaire-là a fait passer les médecins d'un statut de gens* [...]. *On doit sans arrêt prouver qu'on fait bien* [...] *on est devenu suspect* » et ceux du Docteur Baptiste : « *l'histoire du sang contaminé a fait réfléchir beaucoup et maintenant on paie un petit peu les pots… je dirais les pots cassés* »[1185]. De même, Nicolas Gombault, Directeur du Sou médical, premier assureur des médecins libéraux, affirme que « *l'affaire du sang contaminé a constitué un tournant, car elle a détruit la relation de confiance envers l'institution et les médecins. Depuis lors, les patients sont plus soupçonneux. Ils font encore confiance à leur médecin, mais en cas de pépin, ils n'hésitent plus à attaquer* »[1186].

291. Les conséquences d'une simple mise en cause ou d'une condamnation ne sont pas négligeables. Le caractère publicitaire peut avoir des répercussions préjudiciables à la vie personnelle et professionnelle du praticien. Ainsi, nul doute que « *le médecin "blanchi" par le tribunal pénal n'en subit pas moins un préjudice matériel et moral d'autant plus important que l'affaire a été médiatiquement amplifiée, "préjugée" au mépris du principe fondamental de la présomption d'innocence, que son nom a été affiché, publié, ou que l'on a étalé des pans*

[1182] L. Helmlinger, D. Martin, « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *op. cit.*, p. 45.
[1183] A. Pellissier-Fall, « Les médecins hospitaliers et la judiciarisation de la médecine », *op. cit.*, p. 158.
[1184] *Id.*, p. 160.
[1185] *Ibid*.
[1186] N. Gombault, « Une judiciarisation plutôt perçue que subie ? », *QDM*, 16 mars 2011, n°8924, p. 34.

de sa vie privée en violation des articles 226-1 à 7 du Code pénal et que la décision de relaxe n'a fait l'objet d'aucun communiqué "réparateur", est camouflée dans un entrefilet en petits caractères ! »[1187].

292. La médiatisation de ces affaires médicales est entretenue par l'augmentation fréquente des primes d'assurances. Depuis la loi du 4 mars 2002, l'assurance des professionnels de santé libéraux est obligatoire. En 2011, dans son rapport remis au Ministre de la santé, Gilles Johanet souligne une croissance de 59,6 % des primes des disciplines à risque, la gynécologie-obstétrique, l'anesthésie-réanimation et la chirurgie[1188]. Il convient toutefois de s'interroger sur les raisons qui expliquent cette augmentation. Déjà en 2001, Sophie Schiller soulignait une hausse des sommes allouées aux victimes. Elle soulignait qu'« [...] *en dix ans, le coût des accidents fautifs a été multiplié par trois* »[1189]. Plus récemment, Nicolas Gombault rappelait que « [...] *ces hausses tiennent moins à la croissance des contentieux qu'à la dégradation de l'équilibre financier interne des assurances* »[1190].

B. LE PROBLÈME ASSURANTIEL, ÉPÉE DE DAMOCLÈS

293. Le contrat d'assurance en responsabilité civile professionnelle est essentiel. D'une part, il garantit à la victime qu'à son dommage réponde une personne solvable. D'autre part, il assure au praticien la protection de son patrimoine personnel. Le 30 décembre 2002[1191], le législateur est intervenu pour faire face à une crise, suite au retrait de plusieurs compagnies d'assurance intervenant dans le domaine médical. Il n'en demeure pas moins que subsiste pour le médecin le spectre d'une perte financière (1), atténué par de nouvelles dispositions législatives (2).

[1187] J. Natali, J.-C. Poullain, *Les professions de santé face à la justice, l'angiologue et le chirurgien vasculaire face aux juges*, Paris, Ellipses, 1999, 143 p.
[1188] G. Johanet, *Rapport sur l'assurance responsabilité civile des professionnels de santé*, Ministère des affaires sociales et de la santé, 24 février 2011, p. 6.
[1189] S. Schiller, « Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité », *op. cit.*, p. 180 ; V. Ph. Roy, « Le nombre de litiges médecins-patients en hausse de 75 % en dix ans », *QDM*, 1er avril 1996.
[1190] N. Gombault, « Une judiciarisation plutôt perçue que subie ? », *op. cit.*
[1191] Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, *préc.*

1. Le spectre d'une perte financière

294. L'article L. 1142-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002[1192], dispose que « *les professionnels de santé exerçant à titre libéral* [...] *sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile. Les contrats d'assurance souscrits en application de l'alinéa précédent peuvent prévoir des plafonds de garantie. Les conditions dans lesquelles le montant de la garantie peut être plafonné pour les professionnels de santé exerçant à titre libéral sont fixées par décret en Conseil d'état* ». A la lecture de l'article R. 1142-4 du Code de la santé publique, force est de constater que l'assureur peut choisir de limiter la couverture d'assurance d'un praticien au montant minimal édicté réglementairement. Cette limite peut s'avérer préjudiciable au médecin lorsque la couverture assurantielle ne peut garantir la prise en charge des dommages et intérêts supérieurs à cette limite ce qu'illustre le professeur Rémi Pellet par l'exemple d'un enfant handicapé suite à un dommage subi lors de l'accouchement[1193].

295. D'autre part, la loi 30 décembre 2002 dite *loi About* substitue le principe de la « *base réclamation* » à celui de la « *base fait générateur* »[1194]. En d'autres termes, la détermination de l'assureur ne se fonde plus sur la recherche du contrat en vigueur lors de la survenance du fait générateur mais sur la recherche du contrat en vigueur à la date de réclamation[1195]. Dans l'hypothèse où un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, le sinistre est couvert en priorité par le contrat en vigueur à la date de la première réclamation de la victime[1196].

296. Enfin, les dispositions de l'article L. 251-2 du Code des assurances ne s'appliquent pas aux contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. La loi prévoit donc une disposition transitoire selon laquelle un contrat d'assurance de responsabilité civile médicale « *garantit les sinistres dont la première réclamation est formulée postérieurement à cette date et moins de cinq ans après l'expiration ou la résiliation de tout ou partie des garanties, si ces sinistres sont imputables aux activités garanties à la date d'expiration ou de*

[1192] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc*.
[1193] R. Pellet, « L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics », *RDSS* 2010, n°1, p. 95.
[1194] Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, *préc*.
[1195] Art. L. 251-2 al. 7 du C. assur. : « *Lorsqu'un sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation* […] ».
[1196] Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, *préc.* ; V. CA Amiens, 28 janvier 2010, n°09/04315.

résiliation et s'ils résultent d'un fait dommageable survenu pendant la période de validité du contrat »[1197].

Par ailleurs, les contrats d'assurance doivent nécessairement contenir une clause de garantie subséquente de cinq ans minimum après la résiliation du contrat et de dix ans minimum en cas de cessation d'activité professionnelle ou de décès. Or, dans ce dernier cas, la durée de cette clause semble insuffisante puisque la responsabilité d'un praticien peut être recherchée au-delà de dix ans. En effet, si les actions qui mettent en cause la responsabilité du corps médical se prescrivent par dix ans, ce délai est prorogé dans deux hypothèses. D'une part, ce délai ne commence à courir que lorsque le dommage est consolidé. Le Docteur Philippe Hurbinois souligne ainsi la variabilité de cette notion et affirme qu' « *il y a donc une part évidente de subjectivité dans la détermination de cette date* »[1198]. D'autre part, le point de départ du délai de prescription pour un patient mineur est l'âge de la majorité. Ainsi, le professeur Rémi Pellet affirme que « [...] *spécialement les gynécologues obstétriciens, sont exposés à une durée de responsabilité et donc d'insécurité juridique nettement plus longue en moyenne que celle que doivent assumer ordinairement leurs confrères exerçant dans d'autres disciplines médicales* »[1199]. La responsabilité d'un professionnel peut donc être recherchée dans un délai supérieur à dix ans alors même que le contrat d'assurance n'est plus en vigueur. Les médecins s'exposent à de lourdes indemnisations financières dont ils devraient s'acquitter sur leurs deniers personnels. Ce peut être le cas lorsque le montant de l'indemnisation est supérieur au plafond de l'assurance du praticien, lorsque la faute n'est pas prévue au contrat ou lorsque la couverture de l'assurance a expiré. Le professeur Rémi Pellet affirme à ce propos qu'« *en conséquence, ces médecins spécialistes sont exposés à un risque de ruine personnelle du fait des "trous" de leur couverture d'assurance* »[1200].

La consécration de certaines solutions législatives semble pourtant favorable à la sécurité financière du corps médical.

[1197] Art. 5 de la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, *préc*.
[1198] Ph. Hurbinois, *Législations et indemnisations de la complication médicale en France et en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 163-165.
[1199] R. Pellet, « L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics », *op. cit.*
[1200] *Ibid*.

2. La mise en œuvre de solutions assurantielles favorables au corps médical

297. D'abord, la loi du 15 juin 2010 relative au statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)[1201] pose le principe de la distinction entre le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel, en l'espèce, du médecin. Le médecin libéral qui exerce en cabinet individuel peut donc, au travers d'une déclaration d'affectation, protéger ses biens. A ce titre, il déclare auprès du greffe du tribunal de son lieu d'exercice les biens, les droits, les obligations et les sûretés qu'il affecte à l'exercice de son activité professionnelle. Le statut de l'EIRL constitue donc pour le médecin libéral une protection de son patrimoine professionnel.

298. Par ailleurs, l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique dispose que « *les professionnels de santé exerçant à titre libéral* […] *sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité* ». Cependant, une incertitude pesait, d'une part, sur le praticien libéral dont la couverture assurantielle est épuisée, c'est-à-dire lorsque le montant des indemnités à verser est supérieur au plafond d'assurance et, d'autre part, sur le praticien libéral dont le contrat est expiré soit lorsque la plainte est déposée après le délai de prescription fixé à dix ans. Bien que l'article 66 de la loi du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011[1202], intégré dans le Code de la santé publique à l'article L. 1142-21-1, comportait des dispositions protectrices pour le médecin libéral par l'intervention de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), il n'en demeure pas moins que ces dispositions étaient limitées aux seuls médecins conventionnés

---

[1201] Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JO* n°0137 du 16 juin 2010, p. 10984.

[1202] Art. 66 de la loi n°2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011, *JO* n°0295 du 21 décembre 2010, p. 22409 : « *Lorsqu'un médecin régi, au moment des faits, par la convention nationale mentionnée à l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale ou le règlement arbitral mentionné à l'article L. 162-14-2 du même code et exerçant, dans un établissement de santé, une spécialité chirurgicale, obstétricale ou d'anesthésie-réanimation, ou lorsque qu'une sage-femme, régie au moment des faits par la convention nationale mentionnée à l'article L. 162-9 du même code, et exerçant dans un établissement de santé, est condamné par une juridiction à réparer les dommages subis par la victime à l'occasion d'un acte lié à la naissance, que la couverture d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 du présent code est épuisée, et que la victime ne peut obtenir l'exécution intégrale de la décision de justice auprès du professionnel concerné, cette victime peut saisir l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux institué à l'article L. 1142-22 en vue d'obtenir le règlement de la part d'indemnisation non versée par le professionnel au-delà des indemnités prises en charge par l'assureur dans le cadre des contrats souscrits en application de l'article L. 1142-2. Le professionnel doit alors à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux remboursement de la créance correspondante, sauf dans le cas où le délai de validité de la couverture d'assurance garantie par le cinquième alinéa de l'article L. 251-2 du code des assurances est expiré ou que le juge compétent a constaté l'incompatibilité du règlement de la créance avec la solvabilité du professionnel* ».

avec l'assurance maladie qui exercent la chirurgie, l'anesthésie-réanimation ou l'obstétrique[1203]. D'autre part, ce dispositif ne mettait pas le médecin à l'abri d'une action récursoire de l'ONIAM dans l'hypothèse de l'épuisement de la couverture assurantielle[1204]. Dès lors, des risques d'épuisement des garanties ou d'expiration des garanties étaient donc toujours envisageables pour les médecins libéraux.

Par conséquent, le 24 juillet 2011, dans son rapport relatif à l'assurance responsabilité civile des professionnels de santé, faisant suite à la lettre de mission d'octobre 2008 dont l'objectif était « *de définir les conditions et les modalités de mise en place, d'une part, d'un dispositif de mutualisation plus large par l'assurance de la responsabilité médicale permettant une amélioration des garanties et, d'autre part, d'un dispositif de solidarité entre plusieurs professions de santé pour la prise en charge des primes* »[1205], Gilles Johanet propose la mutualisation de « *l'ensemble des professionnels de santé libéraux et conventionnés pour les sinistres supérieurs à trois millions d'euros via la création d'une surcotisation calculée en valeur et dotée d'un montant minimal* »[1206]. Une autre mesure a pour objectif d'« *étendre la limitation à 10 ans de la mise en jeu de la responsabilité à l'ensemble des professionnels libéraux et conventionnés et à l'ensemble de leurs activités de soins* »[1207].

299. Suite à ce rapport, la loi de finances pour 2012 instaure la mise en place d'un Fonds mutualisé de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins par des professionnels de santé libéraux[1208], dont le financement provient d'une contribution forfaitaire à la charge de ces professionnels[1209]. Depuis le 1er janvier 2012, ce Fonds de garantie intervient, d'une part, en cas d'expiration de la garantie d'assurance d'un professionnel et concerne donc les plaintes déposées plus de dix ans après la cessation d'activité ou le décès du professionnel mis en cause, dès lors que la réclamation a été déposée à compter du 1er janvier 2012. D'autre part, il intervient, dans l'hypothèse d'un épuisement de la garantie, dès lors que le contrat a été conclu, renouvelé ou modifié à compter du 1er janvier

---

[1203] R. Pellet, « L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 98.
[1204] Art. L. 1142-15 du CSP.
[1205] Lettre de mission du 8 octobre 2008 citée par G. Johanet, *Rapport sur l'assurance responsabilité civile des professionnels de santé, op. cit.*, p. 1.
[1206] *Id.*, p. 11.
[1207] *Id.*, p. 9.
[1208] Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, *JO* n°0301 du 29 décembre 2011, p. 22441.
[1209] Arrêté du 23 avril 2012 fixant la contribution des professionnels de santé au fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par eux, *JO* n°0098 du 25 avril 2012, p. 7361.

2012. Contrairement à l'ancien dispositif, aucune action subrogatoire ne peut être exercée par le Fonds contre le professionnel de santé mis en cause[1210].

En outre, l'instauration de ce Fonds de garantie modifie les procédures de règlement des dommages médicaux[1211]. En effet, dans le cadre d'une procédure devant une juridiction, le Fonds est appelé en la cause et devient défendeur de la procédure, dès lors que l'indemnisation due à la victime dépasse le plafond de garantie du contrat d'assurance du professionnel de santé ou qu'il est constaté l'expiration du délai de validité de sa couverture assurantielle. Dans le cadre d'une procédure devant la Commission régionale de conciliation et d'indemnisation (CRCI), le Fonds intervient de façon différente, selon qu'il s'agisse d'un épuisement ou d'une expiration de la garantie du contrat d'assurance. Dans le premier cas, lorsque la garantie est épuisée, il est prévu l'indemnisation de la victime par l'assurance à hauteur du plafond de garantie, tel que prévu contractuellement et au moins égal au minimum légal. L'ONIAM est tenu d'indemniser la victime pour la part excédentaire de ce montant et forme alors un recours subrogatoire contre ce nouveau Fonds. Dans le second cas, lorsque la garantie est expirée, la victime est indemnisée par l'ONIAM, ce dernier exerçant alors un recours subrogatoire contre le Fonds. Le professionnel de santé est alors tenu au remboursement au fonds d'une somme égale au montant de la franchise qui avait été éventuellement prévue par le dernier contrat d'assurance expiré. Parallèlement à ces dispositions, le décret du 29 décembre 2011[1212] modifie les plafonds de garantie des contrats d'assurance des professionnels de santé qui ont été portés à 8 millions d'euros par sinistre, contre 3 millions auparavant et 15 millions d'euros par année d'assurance, au lieu de 10 millions[1213].

300. Enfin, la participation de l'Assurance maladie au paiement de la prime d'assurance en responsabilité civile professionnelle (RCP) nous semble être une illustration d'une disposition favorable aux médecins. En effet, la loi du 13 août 2004 pose le principe d'une prise en charge partielle de l'assurance en RCP des médecins qui exercent certaines spécialités à risques dans un établissement de santé et qui sont « *accrédités ou engagés dans une procédure de renouvellement de leur accréditation* »[1214].

[1210] Art. L. 426-1 du C. assur.
[1211] Art. L. 1142-21 du CSP.
[1212] Décret n°2011-2030 du 29 décembre 2011 relatif aux plafonds de garantie mentionnés à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, *JO* n°0302 du 30 décembre 2011, p. 22774.
[1213] Art. R. 1142-4 du CSP.
[1214] Loi n°2004-810 du 13 août 2004, *préc.* ; *Infra* n°353 à 356.

301. Les discours relatifs à la judiciarisation de la médecine sont issus des représentations sociales des médecins de la justice. Nous avons pu relever que la peur du procès et le problème assurantiel contribuent à la formation de ces discours. Il nous apparaît alors nécessaire de confronter les représentations du corps médical à la réalité statistique afin de déterminer si la judiciarisation de la médecine relève du « *mythe* » ou de la « *réalité* »[1215].

§2. La remise en cause de la théorie d'une judiciarisation de la médecine

302. L'étude de la judiciarisation de la médecine implique que l'on s'intéresse aux statistiques relatives au contentieux médical. Le nombre de réclamations médicales a-t-il augmenté au cours de la précédente décennie ? Existe-t-il une croissance notable des condamnations de médecins ?

Une première difficulté apparaît. Il n'existe pas de données agrégées relatives au nombre d'affaires contentieuses médicales. Cette lacune a été mise en exergue dans le rapport d'enquête de l'Inspection générale des finances et de l'Inspection générale des affaires sociales[1216]. Alain Garay considère même qu'il existerait une instrumentalisation des chiffres relatifs au contentieux médical et donc que « *la diffusion de certaines informations par la presse généraliste et médicale alimente dans l'esprit du public et des médecins un sentiment d'insécurité permanent* »[1217]. Faute de données agrégées, l'étude de la sinistralité de la profession médicale peut néanmoins être effectuée au travers des statistiques des assureurs (A), d'une part, et celles du Conseil national de l'Ordre des médecins (B), d'autre part.

A. L'APPROCHE DU RISQUE JUDICIAIRE PAR LES DONNÉES ASSURANTIELLES

303. Janine Barbot et Emmanuelle Fillion envisagent une distinction entre le « *risque perçu* » c'est-à-dire le risque tel que subjectivement évalué par les médecins et le « *risque réel* » issu de sources variées provenant notamment des assureurs[1218]. Afin d'appréhender la

---

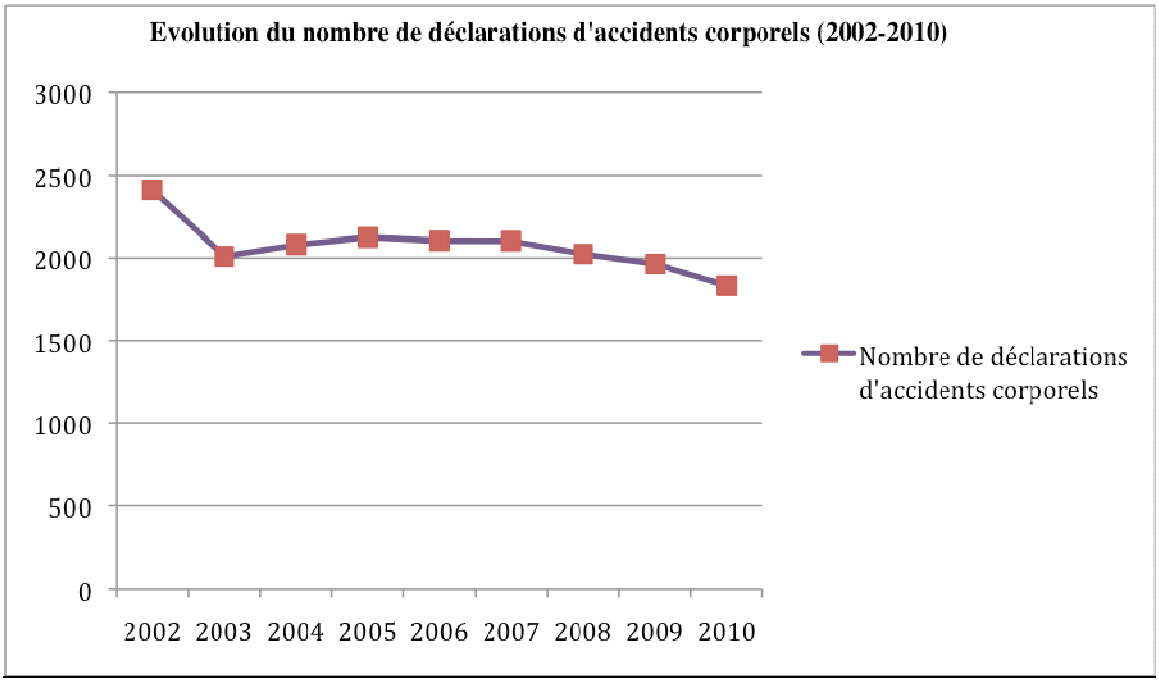
[1215] L. Helmlinger, D. Martin, « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *op. cit.*, p. 39-46.
[1216] *Id*., p. 41.
[1217] A. Garay, « Quelle "judiciarisation" de la pratique médicale ? », *Gaz. Pal.*, 25-27 nov. 2001, p. 1884.
[1218] J. Barbot, E. Fillion, « La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès », *Sciences sociales et santé*, 2006, vol. 24, n°2, p. 10.

réalité statistique du risque judiciaire, il nous semble pertinent de consulter les bases de données du Sou médical-Groupe MACSF (1) et de la Société d'assurance hospitalière médicale (2).

1. Les données du Sou médical - Groupe MACSF

304. En 2010, la MACSF assurait 119 864 médecins, toutes spécialités confondues et tous modes d'exercices confondus. D'abord, les données de cette compagnie d'assurance permettent d'appréhender l'évolution du nombre de déclarations de dommages corporels entre 2002 et 2010.

Nous constatons que le nombre de déclarations d'accidents corporels ne cesse de diminuer depuis 2012 (-24%) et atteint son point le plus bas en 2010, soit 1 831 déclarations.



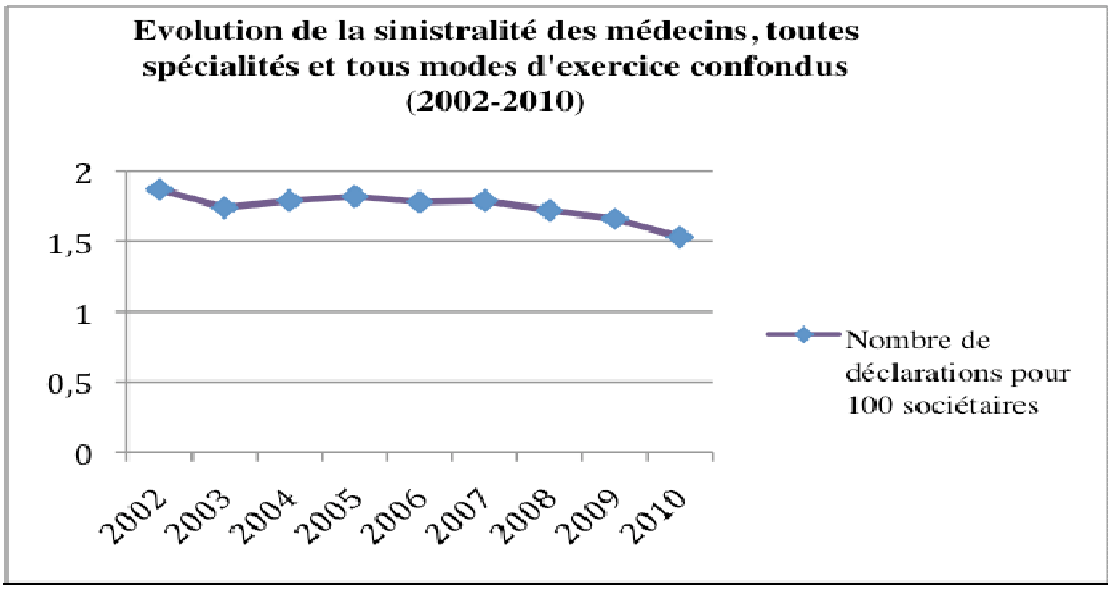
Source : Le Sou médical – Groupe MACSF 2002-2010

Conformément à l'article L. 113-2 alinéa 4 du Code des assurances, les médecins doivent déclarer tout incident, dans le doute d'un sinistre éventuel. Ce dernier est défini comme « *tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable ou ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations* »[1219]. En effet, depuis le 30 décembre 2002, la loi About dispose que

[1219] Art. L. 251-2 du C. assur.

c'est l'assureur, au moment de la réclamation, qui doit prendre en charge le sinistre[1220]. Par précaution, les médecins déclarent « tout », sans que cela donne nécessairement lieu à une procédure judiciaire. Il convient toutefois de préciser que si les données de 2002 à 2007 dont nous disposons incluent les « *déclarations de prudence* », celles postérieures à cette période comprennent uniquement les déclarations d'accidents corporels suivies de conséquences.

Cette diminution du nombre d'accidents corporels peut également être attestée par l'étude de la sinistralité des médecins sociétaires, toutes spécialités et tous modes d'exercice confondus. La sinistralité correspond au nombre de déclarations pour 100 sociétaires. Après avoir connu une légère augmentation entre 2003 et 2005, elle ne cesse de diminuer pour atteindre, en 2010, son point le plus bas, soit 1,53 déclarations pour 100 sociétaires.



Source : le Sou médical – Groupe MACSF 2002-2010

En 2010, les déclarations d'accidents corporels proviennent majoritairement des médecins généralistes puisque leurs déclarations représentent 23 % de l'ensemble des déclarations. Suivent l'ophtalmologie et la chirurgie (14 %) et l'anesthésie-réanimation (13 %)[1221].

305. Il convient, à présent, de nous intéresser au devenir de ces déclarations d'accidents corporels. Ont-elles été majoritairement suivies d'une plainte pénale, d'une plainte ordinale, d'une assignation en référé, d'une réclamation ou d'une procédure devant les CRCI ?

[1220] Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, *préc.*
[1221] Le Sou médical – Groupe MACSF, *Le risque des professionnels de la santé en 2010*, 2011, p. 6.

Nous pouvons constater que majoritairement, les déclarations d'accidents corporels concernant des médecins ont fait l'objet de la part des malades ou de leur entourage de réclamations.

En effet, en moyenne, 38 % des demandes de personnes ayant fait part de leur insatisfaction relative à des médecins sociétaires du Sou médical-Groupe MACSF ont fait l'objet d'une réclamation.

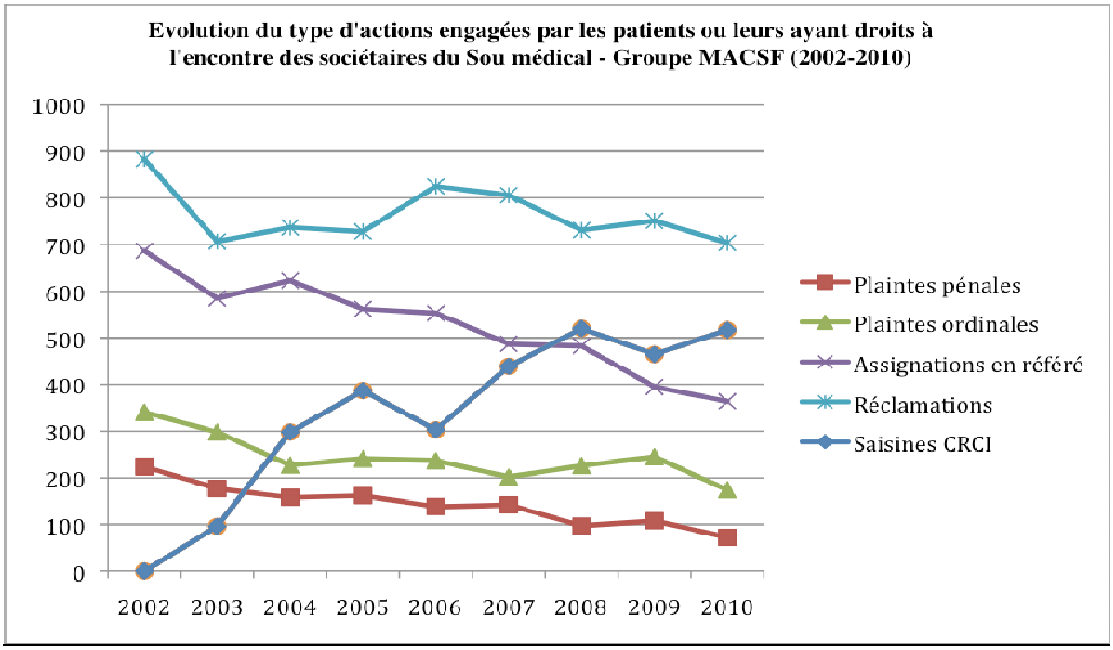
	Part de plaintes pénales (%)	**Part de plaintes ordinales (%)**	**Part d'assignations en référé (%)**	**Part de réclamations (%)**	**Part de saisines CRCI (%)**	**Nombre de demandes de personnes insatisfaites**
2002	10%	16%	32%	41%	0%	2135
2003	10%	16%	31%	38%	5%	1863
2004	8%	11%	30%	36%	15%	2043
2005	8%	12%	27%	35%	19%	2080
2006	7%	12%	27%	40%	15%	2056
2007	7%	10%	23%	39%	21%	2076
2008	5%	11%	23%	36%	25%	2057
2009	5%	12%	20%	38%	24%	1964
2010	4%	10%	20%	38%	28%	1831

Source : Le Sou médical – Groupe MACSF 2002-2010

L'article L. 251-2 du Code des assurances définit la réclamation comme « *toute demande en réparation amiable ou contentieuse formée par la victime d'un dommage ou ses ayant droits, et adressée à l'assuré ou à son assureur* ». Selon Laurence Helmlinger et Dominique Martin, « *quand réclamation il y a, elle exprime, de la part du patient, au mieux, une interrogation sur la qualité des soins dont il a fait l'objet, au pire, une mise en cause personnelle de celui ou de ceux qui l'ont traité* »[1222]. Il en résulte que la réclamation n'aboutit pas nécessairement au règlement de l'affaire. Le patient peut toujours envisager la voie judiciaire ou celle de la CRCI. D'autre part, nous pouvons constater que la part d'assignations en référé, devant les juridictions civiles et administratives, diminue de 2002 à 2010. En revanche, la part de saisine des CRCI augmente entre 2003 et 2010. D'ailleurs, à compter de 2008, elle constitue la seconde voie empruntée par les patients ou leur entourage, après les réclamations.

[1222] L. Helmlinger, D. Martin, « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *op. cit.*, p. 41.

306. Enfin, il nous semble pertinent de porter notre regard sur l'évolution de chacune de ces suites.



Source : Sou médical- Groupe MACSF 2002-2010

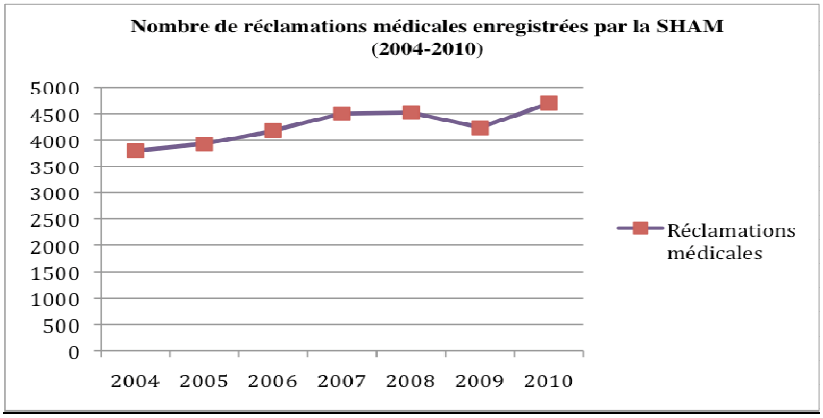
D'emblée, nous pouvons constater que les saisines de la CRCI, dispositif né de la loi du 4 mars 2002[1223], ont considérablement augmenté de 2003 à 2010 puisqu'en 2003, le Sou médical-Groupe MACSF comptabilisait 96 saisines de CRCI contre 517 en 2010. D'autre part, nous relevons que les plaintes pénales ont sensiblement diminué (- 68 %) entre 2002 et 2010. Les plaintes ordinales ont également diminué entre 2002 et 2010 (- 49 %) avec une baisse significative en 2010 (174 plaintes ordinales). Les assignations en référé devant les juridictions civiles et administratives enregistrent également une diminution de 47 % sur la période. Enfin, les réclamations orales ou écrites ont diminué sensiblement de 2002 à 2003, puis se sont stabilisées entre 2003 et 2005, ont augmenté en 2006 et 2007 et connaissent une stabilité depuis ces trois dernières années.

[1223] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc*.

2. Les données de la SHAM

307. Une analyse du contentieux médical peut être effectuée dans le cadre de la médecine hospitalière. De manière globale, il convient de relativiser le nombre de contentieux médicaux, eu égard au nombre de journées d'hospitalisation et d'actes réalisés. Ainsi, Claude Rambaud souligne que « *le contentieux médico-hospitalier paraît très faible au regard du nombre de patients pris en charge et surtout du nombre de patients victimes d'accidents médicaux* »[1224]. D'abord, les rapports de la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), assureur de 80 % des établissements publics et 27 % des établissements privés[1225], présentent les réclamations des patients ou de leurs ayant droits, au titre de la responsabilité civile médicale des établissements de santé sociétaires.

308. Dans un premier temps, il convient de porter notre regard sur les réclamations liées à des préjudices corporels ayant une cause médicale c'est-à-dire « *les réclamations consécutives à un acte de prescription, de diagnostic ou de soins* »[1226]. Les réclamations liées à des préjudices matériels sont donc exclues de cette étude. Le rapport de la SHAM pour l'année 2010 indique que « *les réclamations liées à des accidents de causes médicales […] constituent le cœur de la sinistralité en responsabilité civile médicale* »[1227]. Bien qu'une comparaison sur dix années, soit à compter de 2002, eut été plus intéressante, nous disposons uniquement des données issues des bilans publiés par la SHAM depuis 2004.



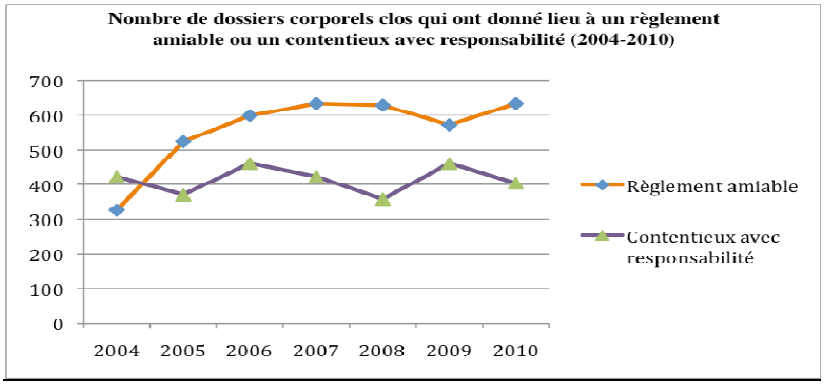
Source : SHAM 2004-2010

[1224] C. Rambaud, « La judiciarisation des relations médecins-patients : le point de vue des usagers », Responsabilité, juin 2007, n°26, p. 33-34.
[1225] SHAM, *Dossier de presse*, novembre 2011, p. 7. Consulté sur le site : *http://www.SHAM.fr*, le 12 mai 2012.
[1226] SHAM, *Panorama du risque médical en établissements de santé. Bilan des risques médicaux de l'année 2010*, 2011, p. 27.
[1227] *Id.*, p. 29.

Le nombre de ces réclamations a globalement augmenté entre 2004 et 2010 (+ 24 %). Alors qu'il a légèrement diminué entre 2008 et 2009 (- 6 %), il augmente entre 2009 et 2010 (+ 11 %). La proportion de réclamations relatives à des dommages consécutifs à un acte de prescription, de diagnostic ou de soins est prépondérante puisqu'elle représente, en 2010, près de 89 % des réclamations et 95 % du coût des sinistres[1228]. Le rapport de la SHAM indique que les spécialités chirurgicales constituent les premières disciplines mises en cause avec 67 % de réclamations en 2010[1229]. Cette proportion est restée constante dans le temps puisque qu'elle oscillait entre 60 % et 68 % entre 2004 et 2009.

En 2005, la SHAM a créé un indice de fréquence qui permet de « *mesurer l'évolution du nombre de réclamations en responsabilité civile médicale* », c'est-à-dire que seules les réclamations relatives aux sinistres corporels sont prises en compte[1230]. Ainsi, de juin 1998 à juin 2011, l'indice de fréquence est passé de 100 à 180. La SHAM précise que cet indice s'est stabilisé en 2008 et 2009 et augmente depuis 2010. En juin 2011, l'indice a atteint son plus haut point.

309. D'autre part, les données de la SHAM indiquent l'évolution du nombre de dossiers corporels clos qui désignent les dossiers qui ont fait l'objet « *soit d'un règlement amiable par voie judiciaire ou rejetant la responsabilité de l'établissement, soit d'un règlement amiable, soit d'une réclamation amiable non admise ou d'une absence de poursuites de la part du plaignant* »[1231]. Il nous est permis d'étudier l'évolution du nombre de dossiers clos qui ont donné lieu à un règlement amiable ou judiciaire entre 2004 et 2010.

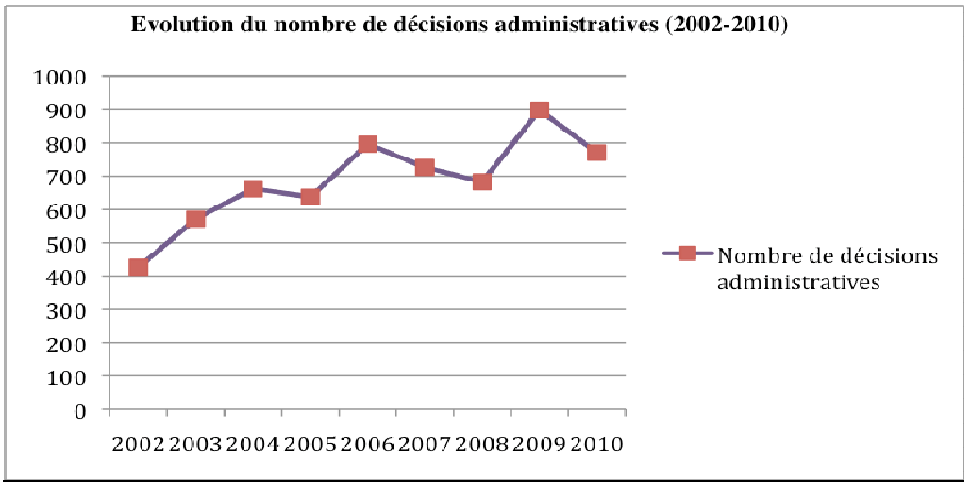


Source : SHAM 2004-2010

[1228] *Id.*, p. 27.
[1229] *Id.*, p. 30.
[1230] *Id.*, p. 23.
[1231] *Id.*, p. 40.

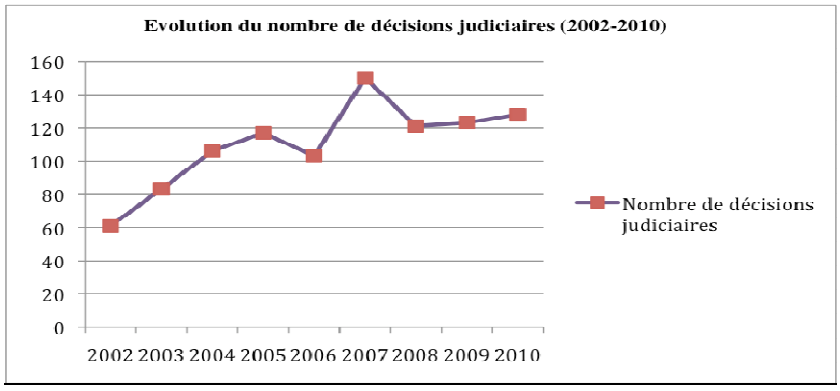
Sur la période 2004 à 2010, le nombre de dossiers clos ayant donné lieu à un règlement amiable augmente considérablement (+ 94 %). Ainsi, en 2010, 41,4 % des dossiers ont fait l'objet d'une issue amiable. D'autre part, le nombre de dossiers clos ayant donné lieu à un contentieux avec responsabilité diminue légèrement sur la période 2004-2010 (- 4 %). En 2010, le contentieux avec responsabilité représente 26,4 % des dossiers.

310. Par ailleurs, il nous est possible d'appréhender l'évolution du nombre de décisions administratives et judiciaires prises à l'encontre des établissements sociétaires de la SHAM, entre 2002 et 2010. D'abord, le nombre de décisions du juge administratif a atteint son point culminant en 2009 (898 décisions). Ce nombre a augmenté de 2002 à 2007 (+ 60 %). Depuis 2009, il diminue (- 14 %).



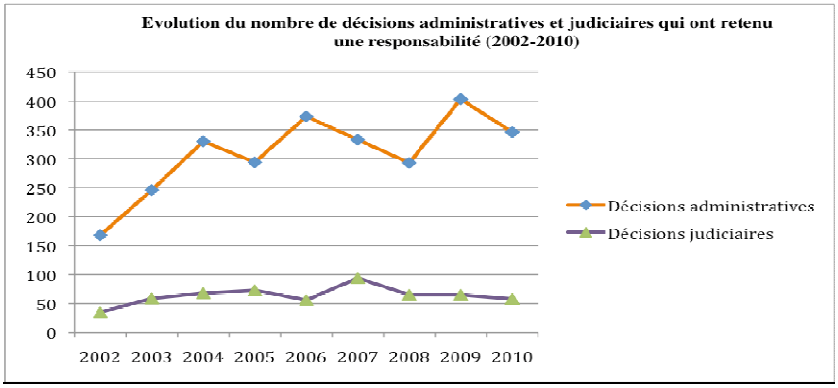
Source : SHAM 2002-2010

Ensuite, le nombre de décisions judiciaires a atteint son point culminant en 2007 (150 décisions). Le nombre de décisions évolue considérablement entre 2002 et 2007 (+ 145 %). En revanche, il diminue sensiblement depuis 2007 (- 15 %).



Source : SHAM 2002-2010

Il semble opportun de mesurer l'évolution du nombre de décisions du juge administratif et celles du juge judiciaire qui ont retenu la responsabilité de l'établissement de santé, entre 2002 et 2010.



Source : SHAM 2002-2010

Le contentieux administratif connaît davantage de fluctuations que le contentieux judiciaire. En effet, le nombre de décisions du juge administratif pour lesquelles a été retenue la responsabilité de l'établissement augmente sur la période 2002-2004 (+ 96 %), diminue en 2005 (-11%), augmente en 2006 (+ 27 %), connaît une baisse en 2007 et 2008 (- 21 %), augmente en 2009 (+ 38 %) et baisse de nouveau en 2010 (- 14 %). En revanche, le nombre de décisions judiciaires ayant retenu la responsabilité de l'établissement évolue très peu de 2002 à 2010. Il connaît son point culminant en 2007 (94 décisions).

Il convient désormais d'appréhender le risque judiciaire au travers des statistiques relatives au contentieux disciplinaire issues des bases de données du Conseil national de l'Ordre des médecins.

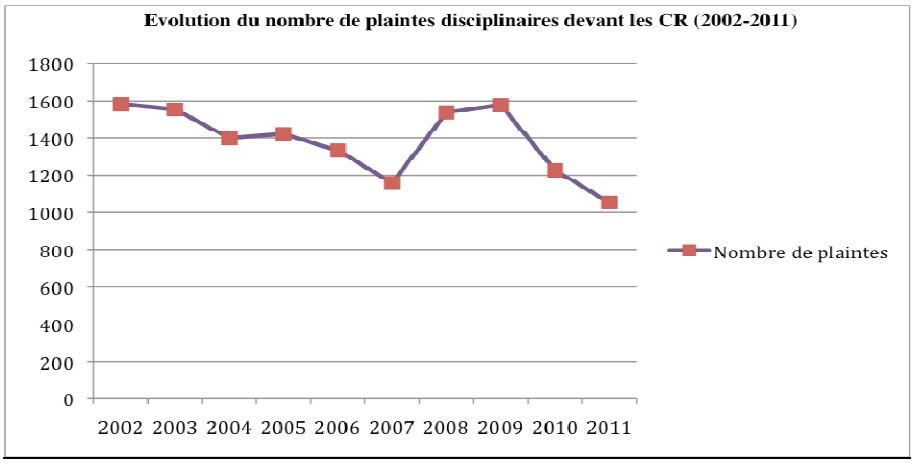
B. L'APPROCHE DU RISQUE JUDICIAIRE PAR LES DONNÉES DU CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MÉDECINS

311. Dans un premier temps, il convient de porter notre regard sur l'évolution du nombre de plaintes entre 2002 et 2010, au travers des bases de données du Conseil national de l'ordre des médecins. Ces données incluent les décisions rendues en matière de discipline générale (1). Dans un second temps, nous étudierons le contentieux technique au travers des décisions rendues par la section des assurances sociales, en vertu de l'article L. 145-1 du Code de la sécurité sociale (2).

1. Le contentieux disciplinaire général

312. Conformément à l'article L. 4123-2 du Code de la santé publique, en cas d'échec de la conciliation entre le plaignant et le praticien, la chambre disciplinaire de première instance des Conseils régionaux peut être saisie. Cette juridiction peut prononcer des peines disciplinaires prévues à l'article L. 4124-6 du Code de la santé publique : un avertissement, un blâme, une interdiction temporaire ou permanente d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin, une interdiction temporaire d'exercer avec ou sans sursis, cette interdiction ne pouvant excéder trois années et une radiation du tableau de l'ordre.

313. Dans un premier temps, il semble judicieux d'apprécier l'évolution du nombre de plaintes entre 2002 et 2010, au travers des bases de données du Conseil national de l'ordre des médecins.

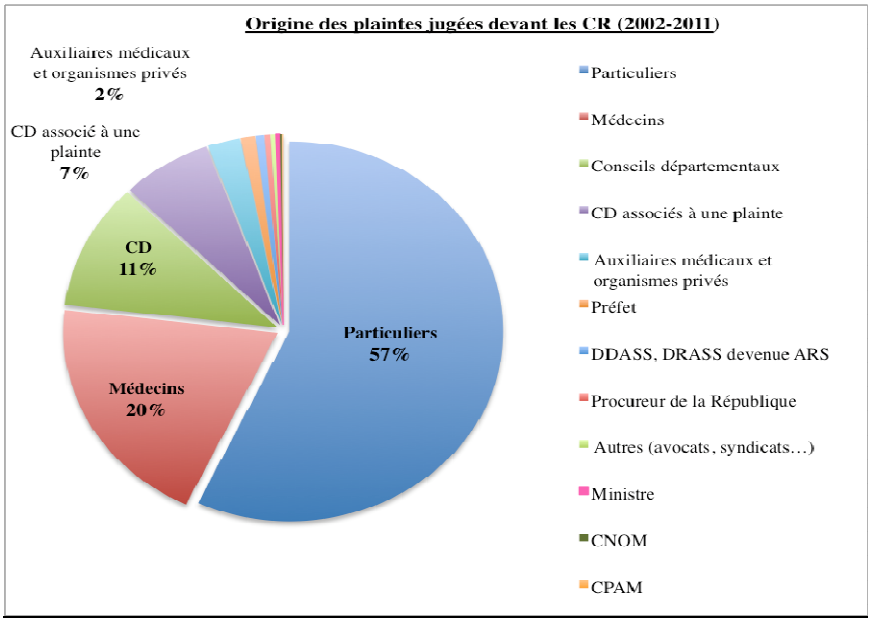


Source : CNOM, 2002-2011

De 2002 à 2007, le nombre de plaintes a sensiblement diminué (- 27 %). En 2008 et 2009, il augmente considérablement (+ 36 %). Cette augmentation pourrait s'expliquer par le nombre de plaintes reçues en 2007, restées en attente dans le cadre de la réforme des chambres disciplinaires et qu'il a fallu traiter en 2008 et 2009. En 2010 et 2011, il diminue de nouveau pour atteindre son point le plus bas, 1053 plaintes. Cette diminution apparaît comme une conséquence positive de la mise en œuvre de la conciliation obligatoire. En effet, en 2010, selon le Conseil national de l'Ordre des médecins, le taux de réussite des conciliations organisées atteignait 46,6 %[1232].

[1232] *Infra* n°480 à 482.

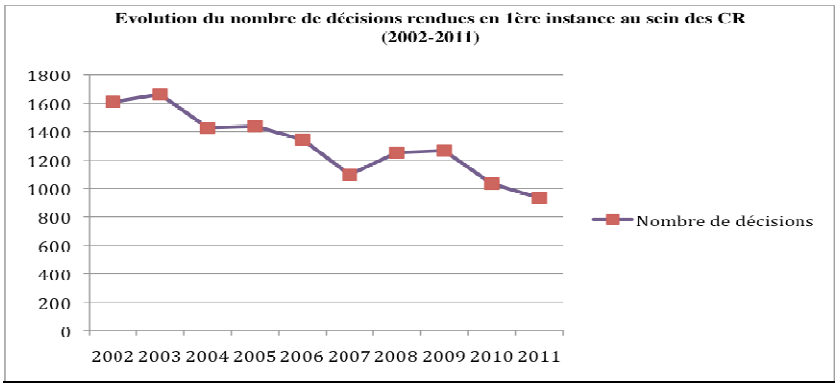
314. Sur l'ensemble des données à notre disposition, nous constatons que les particuliers sont majoritairement à l'initiative des plaintes devant les Conseils régionaux puisqu'ils représentent 57 % de l'ensemble des plaintes.



Source : CNOM

Entre 2002 et 2010, le taux de plaintes à l'initiative des patients oscille entre 46 % et 62 %. Dans un second temps, les plaintes sont à l'origine de confrères (20 %). Ce taux varie de 14 % à 26 % sur la période 2002-2011. Nous pouvons supposer que les nouveaux modes d'exercice et la complexité des montages juridiques sont à l'origine des litiges entre praticiens. L'analyse de la jurisprudence ordinale offre ainsi de nombreux exemples de différents entre praticiens dans le cadre de l'exercice en société d'exercice libéral.

315. D'autre part, il convient d'appréhender l'évolution du nombre de décisions rendues en première instance par les Conseils régionaux.



Source : CNOM, 2002-2011

Différentes périodes doivent être distinguées. De 2003 à 2007, le nombre de décisions diminue (- 34 %). Puis en 2008 et 2009, il augmente légèrement (+ 16 %). En 2010 et 2011, il diminue de nouveau (- 26 %), pour atteindre son nombre de décisions le plus bas : 934 décisions.

316. Par ailleurs, il nous semble pertinent de présenter les motifs des faits jugés par les Conseils régionaux, sur la période 2002 à 2012.

Répartition de la nature des faits jugés en première instance par le CR (2002-2011)

Nature des faits	%
Devoirs envers les malades	**17,07**
Confraternité	**10,36**
Déconsidération de la profession	**8,7**
Immixtion dans les affaires de famille	**7,58**
Certificats médicaux	**6,81**
Diagnostic tardif / erreur diagnostic	4,91
Cumul d'infractions	3,43
Expertise	3,24
Omission de porter secours / Refus de se déplacer / Refus de soins	2,87
Secret professionnel	2,6
Divers	2,56
Moralité	2,55
Faute professionnelle	2,4
Publicité	2,14
Devoirs professionnels	1,87
Motif inconnu	1,63
Information des malades / libre consentement	1,59
Honoraires	1,54
Détournement clientèle	1,48
Contrat	1,4
Garde	1,18
Médecine de contrôle	1,11
Remplacement	1
Thérapeutique dangereuse ou inadaptée	0,82
Médecine du travail	0,74
Devoirs envers organismes de l'Ordre	0,73
Cabinet secondaire	0,62
Conditions d'exercice	0,47
Signalement	0,44
Non règlement des dettes	0,39
Qualification /titres	0,38
Commercialisation de la profession	0,37
Exercice pendant suspension	0,32
Esthétique	0,3
Charlatanisme	0,28

Nature des faits	**%**
CMU	0,28
Devoirs envers professions para médicales	0,28
Compérage	0,25
Concurrence déloyale	0,25
Abus d'actes et de prescriptions	0,2
Dossier médical	0,2
Hospitalisation d'office	0,19
Stupéfiants	0,19
Cession de cabinet	0,18
IVG	0,16
Exercice illégal	0,15
Libre choix	0,13
Exercice irrégulier	0,12
Plaque	0,12
Actes fictifs	0,09
Actes hors compétence	0,09
Dérives sectaires	0,09
Ordonnances	0,09
Annuaire	0,08
Cession de clientèle	0,08
Complicité d'exercice illégal	0,08
Euthanasie	0,08
Exercice hors compétence	0,07
Questionnaire	0,07
Vaccinations	0,07
Actes non effectués personnellement	0,06
Sites multiples	0,06
Thérapeutique insuffisamment ou non éprouvée	0,06
Comportement envers les malades	0,05
Défaut de liaison médecin traitant	0,04
Libéralités	0,04
Médecine foraine	0,04
Liquidation judiciaire	0,03
Irrégularités sécurité sociale	0,02
Médecin de compagnie d'assurance	0,02
Non examen des malades	0,02
Tenue du dossier médical	0,02
Dichotomie	0,01
Différend médecin traitant / médecin conseil	0,01
Exercice hors spécialité	0,01
Installation	0,01
Total	100

Source : CNOM, 2002-2011

D'emblée, nous constatons que la catégorie « *manquements aux devoirs des malades* » constitue le motif principal des faits jugés en première instance (17,1 %). Toutefois, nous ne sommes pas parvenus à déceler ce que cette large catégorie recouvre.

D'autre part, la « *confraternité* » représente 10,4 % des faits jugés. En vertu de l'article R. 4127-56 du Code de la santé publique, « *les médecins doivent entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité* ». La médecine, moins individualiste, repose désormais sur des pratiques collectives ce qui nécessite une entraide médicale. Tout praticien qui a un différend avec un autre praticien doit rechercher une conciliation, en vertu de l'article précité[1233].

Par ailleurs, 8,7 % des faits jugés concernent la « *déconsidération de la profession* », prévue à l'article R. 4127-31 du Code de la santé publique : « *Tout médecin doit s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession, de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci* ». Cet article renvoie aux principes de probité et de moralité que doivent respecter les médecins, prévus à l'article R. 4127-3 du Code de la santé publique. Les commentaires du Code de déontologie médicale soulignent que les juridictions ordinales condamnent fréquemment des médecins pour déconsidération de la profession[1234]. Dans une première hypothèse, « *elles qualifient directement tel ou tel agissement du praticien qui leur est déféré d'acte de nature à déconsidérer la profession médicale, justifiant la condamnation de son auteur à une sanction disciplinaire* »[1235]. Dans une seconde hypothèse, « *ayant relevé une infraction à une autre prescription plus précise du code de déontologie, elles jugent que, dans les circonstances de l'affaire, le comportement du médecin fautif a été en outre de nature à déconsidérer la profession médicale, ce qui aggrave sa responsabilité et pèse d'autant sur l'évaluation de la peine encourue* »[1236].

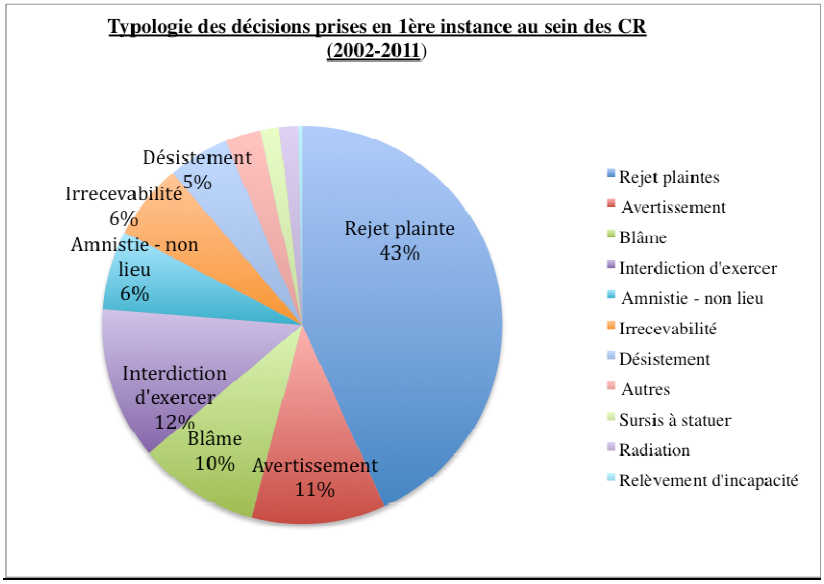
L'immixtion dans les affaires de la famille représente 7,6 % des motifs jugés. En vertu de l'article R. 4127-51 du Code de la santé publique, « *le médecin ne doit pas s'immiscer sans raison professionnelle dans les affaires de famille ni dans la vie privée de ses patients* ». Le serment d'Hippocrate prévoyait déjà que le médecin doit éviter toute intrusion dans la vie privée de ses patients : « *Admis(e) dans l'intimité des personnes, je tairai les*

[1233] *Infra* n°483 à 485.
[1234] ONM, Commentaires de l'art. 31 du CDM.
[1235] *Ibid*.
[1236] *Ibid*.

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 »[1237].

Enfin, 6,8 % des faits jugés concernent des litiges liés aux certificats médicaux. La rédaction d'un certificat est « *un acte à part entière de l'activité médicale* »[1238]. En effet, l'article R. 4127-50 du Code de la santé publique prévoit que « *le médecin doit, sans céder à aucune demande abusive, faciliter l'obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit* ». En dehors des hypothèses de certificats prévus par des formulaires administratifs, « *le médecin reste libre du contenu du certificat et de son libellé qui engage sa responsabilité* »[1239]. Il doit donc apprécier l'opportunité de rédiger un certificat médical, dans un contexte de divorce, de conflit successoral ou de litige entre un patient, salarié par ailleurs, et un employeur. L'empathie du médecin envers son patient peut alors l'amener à la « *délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance* »[1240], passible d'une sanction disciplinaire.

317. Il convient désormais de s'intéresser à la nature des décisions rendues par les Conseils régionaux.

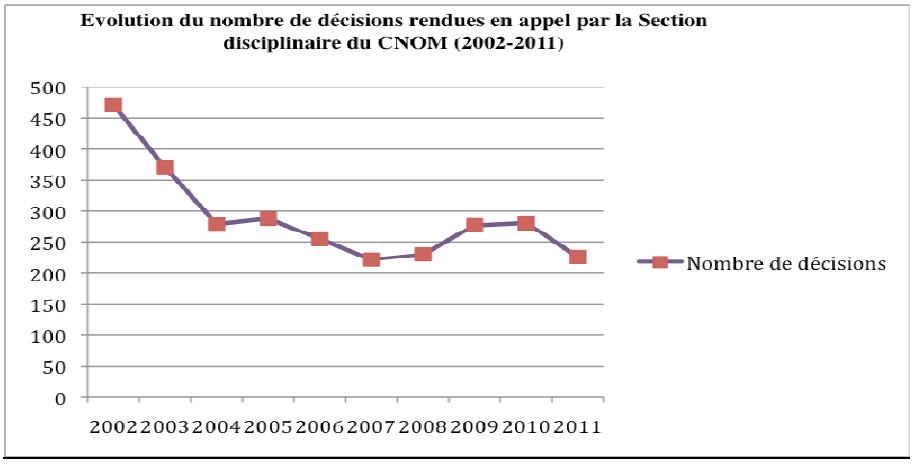


Source : CNOM, 2002-2011

[1237] Serment d'Hippocrate. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 9 septembre 2012.
[1238] ONM, Commentaires de l'art. 76 du CDM.
[1239] ONM, Commentaires de l'art. 28 du CDM.
[1240] Art. R. 4127-28 du CSP.

Nous constatons que majoritairement, les plaintes formées en première instance aboutissent à un rejet (43 %). Puis, par ordre décroissant, les condamnations le plus souvent prononcées par le juge disciplinaire sont l'interdiction d'exercer (12 %), l'avertissement (11 %), le blâme (10 %), l'amnistie-non lieu (6 %), l'irrecevabilité de la plainte (6 %) et le désistement (5 %). La radiation, sanction la plus lourde, représente 2 % des sanctions prononcées entre 2002 et 2011.

318. Par ailleurs, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins a compétence pour statuer sur les appels des décisions de première instance qui peuvent être formés dans un délai de trente jours à compter de la notification de la décision du Conseil régional. Nous disposons du nombre de décisions rendues en appel, entre 2002 et 2011. Trois périodes doivent être distinguées. De 2002 à 2007, le nombre de décisions diminue de 53 %. De 2008 à 2010, il augmente légèrement (22%) puis, à compter de 2011, il diminue de nouveau (- 27 %).



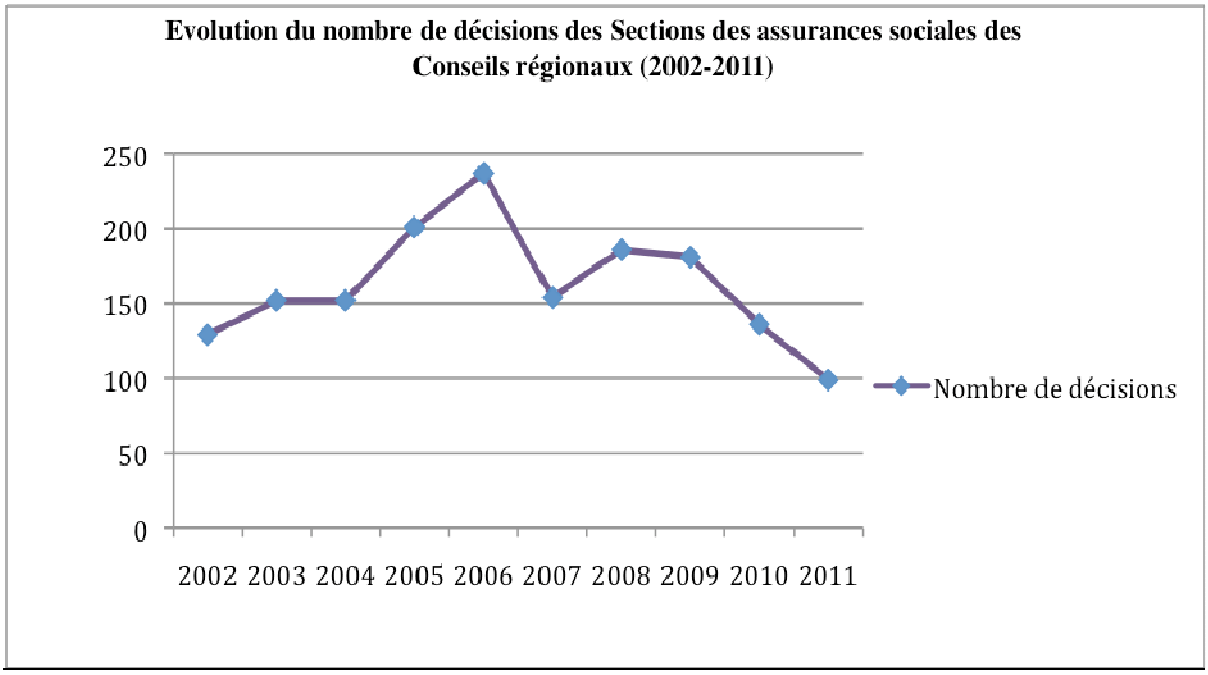
Source : CNOM

L'analyse du contentieux disciplinaire général ne démontre pas une hausse du nombre de plaintes et de décisions. Il convient désormais d'étudier le contentieux disciplinaire technique.

2. Le contentieux disciplinaire technique

319. Toute plainte relative aux fautes, aux abus, aux fraudes et aux faits relatifs à l'exercice de la profession, relevés à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux, est transmise à la section des assurances sociales du Conseil régional de l'Ordre des médecins[1241], chargée du contentieux disciplinaire dit « *technique* ».

320. D'abord, nous pouvons analyser le nombre de décisions rendues par les sections des assurances sociales entre 2002 et 2011.

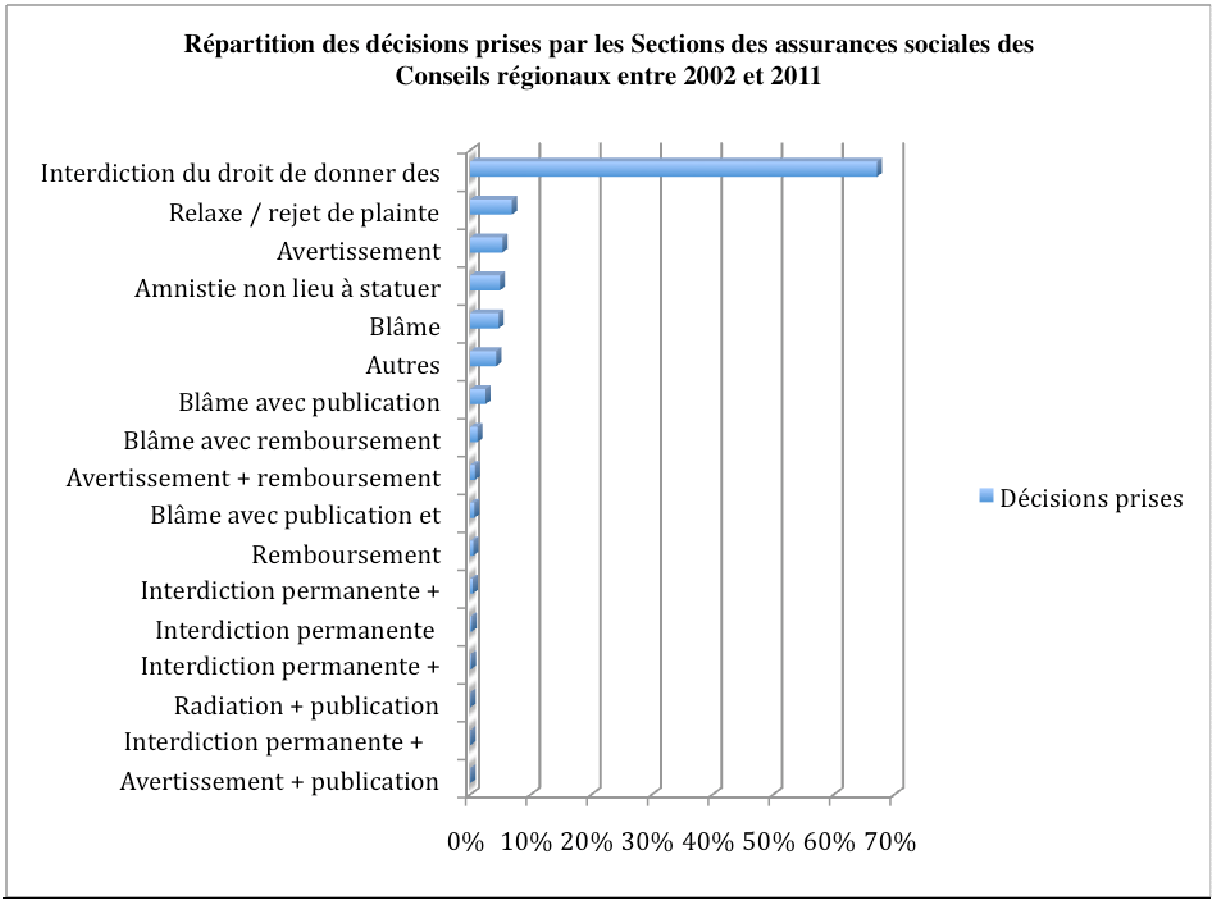


Source : CNOM, 2002-2011

Après une hausse du nombre de décisions entre 2002 et 2006 (+ 84 %), ce nombre diminue, particulièrement entre 2008 et 2011 (- 47 %). Le nombre de décisions a atteint son point le plus bas en 2011, soit 99 décisions.

[1241] Art. L. 145-1 et s. et R. 145-1 et s. du CSS.

A l'instar des sanctions en matière de discipline générale, la section des assurances sociales peut prononcer un blâme et un avertissement. Toutefois, l'interdiction d'exercer la médecine n'existe pas en tant que telle puisqu'il s'agit d'une interdiction, temporaire ou permanente, avec ou sans sursis, du droit de donner des soins aux assurés sociaux. Majoritairement, les sections des assurances sociales prononcent une interdiction d'assurer des soins aux assurés sociaux.



Source : CNOM, 2002-2011

321. Bien que nous ne disposions pas de données agrégées, l'analyse des bases de données des assureurs et du Conseil national de l'Ordre des médecins permet d'infirmer l'hypothèse d'une judiciarisation de la médecine. En effet, l'étude des statistiques relatives au contentieux civil, pénal et disciplinaire ne permet pas de mettre en évidence une recrudescence de décisions prises à l'encontre des médecins. De même, nous n'avons pas relevé de plus grande sévérité dans les sanctions.

Conclusion du premier chapitre

322. La médecine est soumise à l'épreuve du risque judiciaire de par la triple responsabilité civile, pénale et disciplinaire qui incombe au médecin. S'il paraît acquis que le médecin doive répondre de ses actes, l'engagement de sa responsabilité évolue en faveur de dispositions juridiques qui favorisent le recours au juge. La consécration des droits des patients et la mise en œuvre d'une logique indemnitaire constituent des conditions incitatives au règlement d'une situation par le recours au juge.

323. Alors que nous nous interrogions sur le bien-fondé d'une représentation judiciarisée de la médecine, nous avons constaté que cette perception trouve son fondement dans une peur du procès, au regard des scandales de santé publique, et dans la préoccupation récurrente de l'assurance. Au regard des statistiques fournies par les compagnies d'assurance et le Conseil national de l'Ordre des médecins, il nous est apparu difficile de parvenir à la conclusion d'une judiciarisation de la médecine, cette dernière apparaissant davantage appréhendée que vécue. Il est donc préférable d'évoquer l'existence d'un risque judiciaire, auquel est soumis toute activité sociale qui, par la menace qu'elle représente sur le corps médical, entraîne une redéfinition de sa pratique médicale.

CHAPITRE SECOND

LA REDÉFINITION DE LA PRATIQUE MÉDICALE À L'AUNE DU RISQUE JUDICIAIRE

324. L'exigence croissante de la société de parvenir à un risque zéro et, par conséquent, l'exigence d'une infaillibilité de la médecine, conduit à s'interroger sur la notion de risque acceptable. Didier Tabuteau souligne que « *le risque peut être défini comme sanitaire lorsque son domaine recouvre l'ensemble du système de santé et concerne non seulement les actes des professionnels de santé mais aussi les décisions et interventions des autorités et des gestionnaires* »[1242].

325. La redéfinition de la pratique médicale implique que l'on s'intéresse à la notion de « *sécurité sanitaire* ». En 1994, Didier Tabuteau lui donnait une première définition, la sécurité sanitaire désignant alors la protection des personnes contre l'ensemble des risques sanitaires liés « *aux choix thérapeutiques, aux actes de prévention, de diagnostic ou de soins, à l'usage des biens et produits de santé comme aux interventions et décisions des autorités sanitaires* »[1243]. Puis cette notion « *s'est imposée pour l'ensemble des risques sanitaires auxquels l'homme est confronté dans le système de santé, mais également en matière d'alimentation ou d'environnement* »[1244].

Dans la relation thérapeutique qui lie le médecin au patient, la sécurité sanitaire trouve son fondement dans le « *primum non nocere* » qui signifie que le praticien doit tout mettre en œuvre pour ne pas nuire aux patients. A cet effet, la sécurité sanitaire se développe par la mise en œuvre de la prévention des risques médicaux (section 1) et par le recours au principe de précaution (section 2).

Section 1. La prévention des risques médicaux comme moyen de défense

[1242] D. Tabuteau, *Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière*, Paris, Berger-Levrault, 1995, p. 18.
[1243] D. Tabuteau, *La sécurité sanitaire*, 1ère éd., Paris, Berger-Levrault, 1994, p. 11 ; V. D. Tabuteau, « Sécurité sanitaire et droit de la santé », *RDSS* 2007, p. 823.
[1244] D. Tabuteau, *Les Contes de Ségur. Les coulisses de la politique de santé (1998-2006)*, Paris, Ophrys, 2006, p. 17.

326. La « *prévention* » provient du latin *praeventio, praevenire* qui signifie « *devancer* ». Le Doyen Cornu la définit comme un « *ensemble de mesures et institutions destinées à empêcher – ou au moins à limiter – la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles* […] *en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens* »[1245].

Le développement de la prévention des risques médicaux intervient dans un contexte de gestion des risques et de qualité des soins, issu notamment de récentes crises sanitaires mais également dans un contexte de diffusion du discours d'une médecine judiciarisée. A la différence de la précaution qui gère l'improbable, la prévention fonde son action sur le développement des connaissances scientifiques. Elle puise ses sources dans la connaissance des risques sanitaires. Selon Patrick Grosieux, « *plus celle-ci sera précise, plus efficace sera la prévention* »[1246]. La définition d'indicateurs de qualité trouve tout son sens. L'action du médecin au service de la gestion des risques sanitaires (§1) et de l'amélioration des pratiques professionnelles (§2) contribue à la prévention des risques médicaux.

§1. La participation active du médecin à la veille sanitaire

327. La sécurité sanitaire repose sur l'évaluation que Didier Tabuteau définit comme « *la recherche de connaissances d'informations sur les risques sanitaires* »[1247]. Cet auteur souligne, à cet effet, que « *la lutte contre les infections nosocomiales et les vigilances applicables aux différentes catégories de produits assurent une surveillance des pratiques, condition d'une réduction a posteriori des risques sanitaires* »[1248]. La veille sanitaire participe à la gestion des risques sanitaires. Elle est une « *action consistant essentiellement à effectuer la surveillance et l'observation permanente de l'état de santé de la population dans le but de rassembler et d'analyser les connaissances sur les risques sanitaires* »[1249]. C'est au sein d'un dispositif de veille sanitaire éclaté (A) que le médecin occupe une place centrale (B).

[1245] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Prévention », *op. cit.*
[1246] P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire, op. cit.*, p. 32.
[1247] D. Tabuteau, « Sécurité sanitaire et droit de la santé », *op. cit.*, p. 826.
[1248] *Id.*, p. 833.
[1249] P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire, op. cit.*, p. 227.

A. UN DISPOSITIF DE VEILLE SANITAIRE ÉCLATÉ

328. La veille sanitaire peut être définie telle « *la collecte et l'analyse en continu par les structures de santé publique des signaux pouvant représenter un risque pour la santé publique dans une perspective d'anticipation, d'alerte et d'action précoce* »[1250]. Le dispositif de veille sanitaire se caractérise par un foisonnement d'acteurs (1). Cependant, une nouvelle organisation donne une place prépondérante à l'échelon régional (2).

1. Un foisonnement d'acteurs de la veille sanitaire

329. Le paysage de la veille sanitaire se caractérise par un foisonnement d'organismes. Le dispositif s'est enrichi au fil des années en réponse à l'occurrence de risques sanitaires. A ce titre, le rapport parlementaire d'évaluation de la loi de 1998 évoque un système qui s'est constitué par strates successives d'organismes[1251]. En effet, « *c'est en réaction à ces crises sanitaires à forte résonance médiatique et politique que s'est construit le dispositif de veille et de sécurité sanitaires. Cette construction s'est opérée par couches successives* »[1252].

Avant 1984, la veille sanitaire consistait principalement en la notification des maladies à déclaration obligatoire. A partir de 1986, des initiatives de réseaux de médecins et de laboratoires introduisent de nouvelles modalités de surveillance des maladies transmissibles, eu égard à la parution d'un décret[1253]. Les premiers Comités de lutte contre les infections nosocomiales apparaissent dans les hôpitaux en 1988[1254] et dans les cliniques en 1999[1255].

En juin 1992 est instauré le Réseau national de santé publique (RNSP) qui a pour mission d'« *améliorer la connaissance, l'observation et la surveillance épidémiologique ainsi*

[1250] J.-C. Desenclos, A.-C. Visio, « Sécurité et veille sanitaire », *in Santé publique, l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2010, p. 341-350.
[1251] C. Saunier, *Le renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'Homme : application de la loi du 1er juillet 1998*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, n°185.
[1252] Consulté sur : *http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/securite-sanitaire/index/*, le 12 mars 2011.
[1253] Décret n°86-770 du 10 juin 1986 fixant la liste des maladies dont la déclaration est obligatoire en application de l'article L. 11 du Code de la santé publique, *JO* du 14 juin 1986, p. 7409 (abrogé le 13 mai 1999).
[1254] Décret n°88-657 du 6 mai 1988 relatif à l'organisation de la surveillance et de la prévention des infections nosocomiales dans les établissements d'hospitalisation publics et privés participant au service public hospitalier, *JO* du 8 mai 1988, p. 6714 (abrogé le 11 décembre 1999) ; Circulaire n°263 du 13 octobre 1988 relative à l'organisation de la surveillance et de la prévention des infections nosocomiales (abrogé).
[1255] Décret n°99-1034 du 6 décembre 1999 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé et modifiant le chapitre Ier du titre Ier du livre VII du code de la santé publique, *JO* n°287 du 11 décembre 1999, p. 18439 (abrogé le 26 juillet 2005).

que de développer l'aide à la décision pour l'élaboration et la mise en œuvre des politiques de santé publique »[1256]. En 1994, la création de Cellules interrégionales d'épidémiologie (Cire) renforce son action au travers de deux thématiques principales : les maladies transmissibles et la santé environnementale. Le RNSP est remplacé par l'Institut national de veille sanitaire (InVS) [1257], créé par la loi du 1er juillet 1998[1258]. Etablissement public placé sous la tutelle du ministère chargé de la Santé, ses missions, complétées et renforcées par la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique[1259], consistent en « *la surveillance et l'observation permanentes de l'état de santé de population* », l'« *alerte sanitaire* » ainsi que « *la veille et la vigilance sanitaires* » dans l'ensemble des domaines de la santé publique[1260]. En outre, une nouvelle mission de « *contribution à la gestion des situations de crise sanitaire* » lui est dévolue. A cet effet, l'InVS peut notamment élaborer « *des indicateurs d'alerte qui permettent aux pouvoirs publics d'engager des actions de prévention précoce en cas de menace sanitaire et des actions de gestion des crises sanitaires déclarées* »[1261].

Dans le domaine de la sécurité sanitaire, la loi du 1er juillet 1998 crée également le Comité national de sécurité sanitaire (CNSS), l'Agence française de sécurité des aliments (Afssa)[1262] et l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps)[1263], instances chargées de la vigilance sanitaire, « *source d'information pour la veille et la sécurité sanitaire* »[1264].

330. D'autres acteurs de la veille sanitaire peuvent être identifiés. Ainsi, la Direction générale de la santé dont les missions sont définies à l'article R. 1421-1 du Code de la santé publique contribue notamment à « *la qualité et à la sécurité des soins, des pratiques professionnelles, des recherches biomédicales et des produits de santé, et contribue à*

[1256] Arrêté du 17 juin 1992 portant approbation d'une convention constitutive d'un groupement d'intérêt public, *JO* n°140 du 18 juin 1992, p. 7962.
[1257] Décret n°99-143 du 4 mars 1999 relatif à l'institut de veille sanitaire créé par l'article L. 792-1 du code de la santé publique et modifiant ce code, *JO* n°54 du 5 mars 1999, p. 3291.
[1258] Loi n°98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, *JO* n°151 du 2 juillet 1998, p. 10056.
[1259] Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *préc.*
[1260] Art. L. 1413-2 du CSP.
[1261] Art. L. 1413-3 du CSP.
[1262] En 2010, l'Afssa fusionne avec l'Agence française de sécurité sanitaire environnementale pour devenir l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (Anses)
[1263] L'Afssaps est devenue l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) depuis la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JO* n°0302 du 30 décembre 2011, p. 22667.
[1264] InVS, *La veille et l'alerte sanitaires en France*, 9 mai 2011, p. 6. Consulté sur : *http://www.invs.sante.fr/pmb/invs/%28id%29/PMB_9470*, le 15 mai 2012.

garantir l'accès des patients aux innovations ». Sans parvenir à un objectif d'exhaustivité, nous pourrions également citer les établissements de santé, les professionnels de santé libéraux, les laboratoires, les réseaux de professionnels de santé, les préfectures de départements et de zones ou encore les Agences régionales de santé.

Ce dernier acteur attire particulièrement notre attention. Au regard des récentes évolutions législatives, la veille sanitaire semble être renforcée à l'échelon régional.

2. Une nouvelle organisation à l'échelon régional

331. La loi « HPST » crée les Agences régionales de santé (ARS). Elle propose une régionalisation des politiques de santé et définit notamment un nouveau cadre d'organisation de la veille sanitaire qui repose désormais sur deux acteurs principaux : l'InVS et les ARS. Installées depuis avril 2010[1265], les ARS sont des établissements publics de l'Etat à caractère administratif. Au regard des missions qui leur sont dévolues, elles s'avèrent être un acteur principal de la veille sanitaire.

332. Ainsi, depuis le 17 juin 2010, une instruction définit le cadre des relations en matière d'alertes sanitaires entre, d'une part, les ARS et, d'autre part, l'échelon national[1266]. Les ARS ont pour fonction l'amélioration de la coordination des structures chargées du contrôle et de la veille sanitaire. Conformément à l'article L. 1431-2 du Code de la santé publique, les ARS sont tenues d'organiser « *en s'appuyant en tant que de besoin sur les observatoires régionaux de la santé, la veille sanitaire, l'observation de la santé dans la région, le recueil et le traitement des signalements d'événements sanitaires* ». En outre, il est prévu qu'« *elles contribuent, dans le respect des attributions du représentant de l'Etat territorialement compétent, à l'organisation de la réponse aux urgences sanitaires et à la gestion des situations de crise sanitaire* ». La loi prévoit donc un partage de responsabilité entre les ARS et l'InVS dans le cadre de la veille sanitaire puisque les missions de l'InVS, définies à l'article L. 1413-2 du Code de la santé publique, sont similaires à celles de l'ARS précédemment énoncées[1267]. Une convention cadre, établie au niveau national, définit les relations entre l'InVS et les ARS. Des conventions de partenariat lient l'InVS et chaque directeur général d'ARS.

[1265] Décret n°2010-336 du 31 mars 2010 portant création des agences régionales de santé, *JO* n°0077 du 1er avril 2010, p. 6277.
[1266] Instruction DGS/DUS n°2010-312 du 17 juin 2010 relative à la relation entre les ARS et le niveau national dans le cadre d'alertes sanitaires.
[1267] Art. L. 1435-1, L. 1435-2 et L. 1435-7 du CSP.

En outre, l'article L. 1413-15 du Code de la santé publique prévoit que l'ARS est le destinataire unique des signaux sanitaires en provenance des services de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des établissements de santé publics et privés, du service de santé des armées, des établissements et services sociaux et médico-sociaux, des services de secours et des professionnels de santé. La réception de l'information est assurée par une plate-forme fonctionnelle de veille et d'urgences sanitaires composée de la cellule de veille, d'alerte et de gestion sanitaire (CVAGS) et de la Cellule interrégionale d'épidémiologie (Cire). Ce signalement est alors porté à la connaissance de l'InVS et du préfet du département par le directeur général de l'ARS.

Enfin, l'ARS joue un rôle prépondérant dans la gestion des crises sanitaires puisque la loi HPST prévoit la création d'une ARS de zone dans chaque ARS, afin d'assister le préfet de zone dans les cadre de ses missions de défense et de sécurité. Le décret du 31 mars 2010 prévoit notamment dans quelles conditions « *le directeur général de l'agence régionale de santé de zone et le préfet de zone de défense et de sécurité s'informent réciproquement et sans délai de tout évènement sanitaire dont ils ont connaissance présentant un risque pour la santé de la population ou susceptible de présenter un risque de trouble à l'ordre public* »[1268].

Les professionnels de santé appartiennent au « *premier cercle* » des partenaires locaux de cette veille sanitaire telle que nous l'avons décrite[1269]. Dès lors, il convient de déterminer leur rôle dans le dispositif de prévention des risques sanitaires.

[1268] Décret n°2010-338 du 31 mars 2010 relatif aux relations entre les représentants de l'Etat dans le département, dans la zone de défense et dans la région et l'agence régionale de santé pour l'application des articles L. 1435-1, L. 1435-2 et L. 1435-7 du code de la santé publique, *JO* n°0077 du 1 avril 2010, p. 6280.
[1269] InVS, *La veille et l'alerte sanitaires en France, op. cit.*, p. 23.

B. L'ACTION DU MEDECIN AU SERVICE DE LA SÉCURITÉ SANITAIRE

333. Les médecins sont des acteurs essentiels dans le dispositif de sécurité sanitaire. En attestent les nombreux dispositifs de surveillance sanitaire au sein desquels ils participent[1270]. Leur participation est particulièrement active dans le cadre des vigilances sanitaires. Différents textes juridiques encouragent la mise en œuvre d'une coordination des vigilances, dans un contexte de gestion globalisée des risques. Ainsi, une circulaire parue en 1998 souligne que « *la gestion coordonnées des vigilances et des risques iatrogènes, par la coordination des structures et commissions déjà en place au sein des établissements (comité de lutte contre les infections nosocomiales, comité du médicament, comité de sécurité transfusionnelle et d'hémovigilance, correspondant de matériovigilance, commission locale de surveillance des gaz à usage médical…) doit être encouragée.* »[1271]. Dans la lignée de cette circulaire, en 2004, la DHOS recommande que « *chaque établissement de santé développe un programme de gestion globale et coordonnée des risques* »[1272]. En 2009, la loi « HPST » met en également en exergue la « *gestion globale et coordonnée des risques* »[1273]. Enfin, le manuel de certification HAS V2010 promeut une coordination des vigilances ainsi que du suivi des infections nosocomiales qui doit être intégrée dans le programme global de gestion des risques de chaque établissement de santé[1274]. Dès lors, les professionnels de santé tiennent une place prépondérante dans la politique globale de qualité et de sécurité des soins initiée par les établissements de santé.

Loin de parvenir à un objectif d'exhaustivité dans la présentation des formes de participation du médecin au dispositif de sécurité sanitaire, nous avons choisi de porter notre regard sur le rôle du médecin dans la vigilance sanitaire (2) et dans la lutte contre les évènements indésirables graves (2).

[1270] *Id.*, p. 16 : les données des services d'urgences hospitalières avec le réseau OSCOUR (organisation de la surveillance coordonnées des urgences), les données de mortalité des services informatisés d'état civil avec l'INSEE, les données de la certification électronique des décès depuis 2008, les données des associations SOS médecins.

[1271] Circulaire DH-EO-AF/DGS-SP 1SQ, n°98-674 du 17 novembre 1998 relative aux priorités de santé publique à prendre en compte pour l'allocation de ressources aux établissements de santé pour 1999, *BO* n°1998-48.

[1272] Circulaire DHOS/E2/E4, n°176 du 29 mars 2004 relative aux recommandations pour la mise en place d'un programme de gestion des risques dans les établissements de santé, *BO* n°2004-18.

[1273] Art. R. 6144-2 et R. 6164-3 du CSP.

[1274] HAS, *Manuel de certification des établissements de santé. Version 2010-révisée 2011*, avril 2011. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1037211/manuel-de-certification-v2010-revise-2011*, 10 novembre 2011.

1. Le médecin, acteur de la vigilance sanitaire

334. Si le médecin n'est pas tenu d'une obligation de résultat, il lui incombe toutefois une obligation d'alerte des autorités sanitaires[1275]. Cette obligation d'alerte et de connaissance des risques sanitaires se manifeste par la création de dispositifs de vigilance coordonnés par l'Afssaps, établissement public de l'Etat à caractère administratif placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé. La loi du 29 décembre 2011 substitue à cette agence l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)[1276]. Ses missions consistent notamment en « *l'évaluation des bénéfices et des risques liés à l'utilisation des produits à finalité sanitaire destinés à l'homme et des produits à finalité cosmétique* » et la surveillance du « *risque lié à ces produits* »[1277].

335. Un système de vigilance désigne « *un système d'information finalisé, construit comme un processus continu de recueil, d'analyse et de diffusion standardisés de données, pour permettre des prises de décision immédiates concernant une ou plusieurs facettes des activités du système de santé* »[1278]. Dans un contexte de gestion globale des risques, il convient de rappeler que, conformément aux articles R. 6144-2 et R. 6164-3 du Code de la santé publique, la Conférence ou la Commission médicale d'établissement contribue à l'élaboration de la politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins, notamment en matière de « *dispositifs de vigilance destinés à garantir la sécurité sanitaire* ». En outre, l'article R. 4127-12 du Code de la santé publique, modifié par le décret du 7 mai 2012[1279], intègre une nouvelle disposition : *« (le médecin) participe aux actions de vigilance sanitaire* ». Dès lors, la participation des médecins aux vigilances sanitaires semble être requise.

336. D'emblée, nous pouvons affirmer que le champ des vigilances est large. Ainsi, les différents systèmes de vigilance mis en œuvre reposent sur la surveillance des effets indésirables liés à l'utilisation de médicaments et de produits (pharmacovigilance)[1280], de

---

[1275] Art. L. 1413-14 du CSP.
[1276] Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JO* n°0302 du 30 décembre 2011, p. 22667.
[1277] Art. L. 5311-1 du CSP.
[1278] J.-F. Quaranta, N. Canivet, M.-J. Darmon *et al.*, « La coordination des vigilances sanitaires : pour une gestion plus globale des risques hospitaliers », *Transfusion clinique et biologique*, 2008, n°15, p. 285.
[1279] Décret n°2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, *JO* n°0108 du 8 mai 2012, p. 8479.
[1280] Art. L. 5121-2 du CSP.

dispositifs médicaux (matériovigilance)[1281] et de dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* (réactovigilance)[1282], de produits biologiques d'origine humaine du type produits sanguins labiles et de produits thérapeutiques annexes (hémovigilance)[1283], des éléments et des produits issus du corps humain tels les organes, les tissus, les cellules et le lait maternel (biovigilance)[1284], de produits cosmétiques (cosmétovigilance)[1285] et de produits de tatouage[1286]. Il en résulte qu'une instance est dédiée à chaque risque. En août 1999, l'Afssaps, instaure un comité de la coordination des vigilances sanitaires des produits de santé, maintenu par l'ANSM, et composé de responsables des vigilances et de partenaires, à l'instar de l'Institut national de veille sanitaire, de l'Agence nationale de sécurité sanitaire, alimentation, environnement et travail, de l'Agence de biomédecine, de la Direction générale de la santé et de la Haute autorité de santé. Il convient de noter que le dispositif de vigilance relatif à l'assistance médicale à la procréation (AMP), créé par la loi relative à la bioéthique d'août 2004[1287], contrairement aux autres vigilances sanitaires, que nous avons évoquées précédemment, est mis en œuvre par l'Agence de biomédecine. Cette vigilance consiste à surveiller « *les incidents relatifs aux gamètes, embryons, tissus germinaux utilisés à des fins thérapeutiques et sur les effets indésirables observés chez les donneurs de gamètes ou chez les personnes qui ont recours à l'AMP* »[1288].

La participation des professionnels de santé aux différents dispositifs de vigilances sanitaires est primordiale. Elle se matérialise notamment par les déclarations obligatoires qui leur incombent mais également par leur implication dans différents réseaux de vigilances, à l'échelon régional ou national, au sein desquels ils exercent la fonction, par exemple, de coordonnateur local. Nous présenterons, dans ce développement, la pharmacovigilance, l'hémovigilance, la biovigilance et le nouveau dispositif de vigilance relatif à l'assistance médicale à la procréation.

[1281] Art. R. 5212-1 du CSP : « *La matériovigilance a pour objet la surveillance des incidents ou des risques d'incidents résultant de l'utilisation des dispositifs médicaux qui sont définis à l'article L. 5211-1 et relèvent du présent titre en vertu des articles R. 5211-1 à R. 5211-3.Elle s'exerce sur les dispositifs médicaux après leur mise sur le marché* ».

[1282] Art. R. 5222-1 du CSP : « *La vigilance des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro, dite réactovigilance, a pour objet la surveillance des incidents et des risques d'incidents définis au 1° de l'article R. 5222-2. Elle s'exerce sur l'ensemble des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro après leur mise sur le marché ainsi que sur les dispositifs médicaux de diagnostic in vitro mentionnés à l'article L. 5221-5* ».

[1283] Art. L. 1221-13 du CSP.

[1284] Art. R. 1211-29 du CSP.

[1285] Art. L. 5131-9 du CSP.

[1286] Art. R. 513-10-11 du CSP.

[1287] Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *préc*.

[1288] Agence de la biomédecine, *Rapport annuel sur le dispositif de vigilance relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 2011, p. 1

337. En premier lieu, la pharmacovigilance désigne « *la surveillance, l'évaluation, la prévention et la gestion du risque d'effet indésirable résultant de l'utilisation des médicaments et produits mentionnés à l'article L. 5121-1* »[1289]. L'article 101 de la directive du 15 décembre 2010 définit également le système de pharmacovigilance qui « […] *sert à recueillir des informations concernant les risques que présentent les médicaments pour la santé des patients ou pour la santé publique. Ces informations concernent en particulier les effets indésirables survenant chez l'homme, aussi bien en cas d'utilisation d'un médicament conformément aux termes de son autorisation de mise sur le marché, que lors d'une utilisation non conforme aux termes de l'autorisation de mise sur le marché, de même que les effets indésirables liés à une exposition professionnelle* »[1290]. Cette directive communautaire étend les obligations de pharmacovigilance aux prescriptions hors autorisation de mise sur le marché. L'article L. 5121-25 du Code de la santé publique pose l'obligation de déclaration des médecins dans le dispositif de pharmacovigilance : « *les médecins […] déclarent tout effet indésirable suspecté d'être dû à un médicament ou produit mentionnés à l'article L. 5121-1 dont ils ont connaissance* ». Le dispositif de pharmacovigilance est constitué de l'ANSM à l'échelon national et des Centres régionaux de pharmacovigilance (CRPV), au nombre de 31, à l'échelon régional. Le médecin doit déclarer tout effet indésirable grave, tout effet inattendu ou tout autre effet qu'il juge pertinent de signaler[1291], au moyen d'un formulaire-type[1292]. Faute de données plus récentes, le rapport 2008 de l'Afssaps souligne qu'en 2007, les CRPV ont reçu plus de 20 000 notifications d'effets indésirables dont la moitié concernait des effets indésirables graves. 82 % des notifications provenaient de professionnels de santé[1293]. Toutefois, le rapport de l'IGAS en 2011 révèle que le positionnement des CRPV au sein des Centres hospitaliers universitaires ne constitue pas un élément en faveur de déclarations

---

[1289] Art. L. 5121-22 du CSP ; V. également la définition de l'Afssaps, « Bonnes pratiques de pharmacovigilance », 29 août 2011, p. 4 : la pharmacovigilance désigne « *la surveillance du risque d'effet indésirable, laquelle comporte en particulier l'identification, l'évaluation et la prévention du risque résultant de l'utilisation des produits à finalité sanitaire à usage humain* ».

[1290] Directive 2010/84/UE du Parlement européen et du conseil du 15 décembre 2010 modifiant, en ce qui concerne la pharmacovigilance, la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.

[1291] Consulté sur : *http://ansm.sante.fr/Activites/Pharmacovigilance/Declarer-un-effet-indesirable-lie-a-l-utilisation-d-un-medicament/%28offset%29/4#paragraph_35658*, le 23 août 2012 : « *Les médecins, chirurgiens-dentistes, sages femmes, pharmaciens ont l'obligation de signaler les effets indésirables suivant : tout effet indésirable grave (mortel ou susceptible de mettre la vie en danger, ou entraînant une invalidité ou une incapacité importantes ou durables, ou provoquant ou prolongeant une hospitalisation ou se manifestant par une anomalie ou une malformation congénitale), tout effet inattendu (dont la nature, la sévérité ou l'évolution ne correspondent pas aux informations contenues dans le RCP) mais aussi tout effet qu'il est jugé pertinent de déclarer en dehors de ces définitions* ».

[1292] ANSM, *Déclaration d'effet indésirable susceptible d'être dû à un médicament ou produit mentionné à l'art. R. 5121-150*, Cerfa n°10011*03.

[1293] ANSM, *Rapport d'activité pharmacovigilance 2008*, 29 juillet 2008, p. 2.

provenant de professionnels de santé libéraux[1294].

338. D'autre part, créée par la loi du 4 janvier 1993 et modifiée par la loi du 29 décembre 2011, l'hémovigilance couvre « *l'ensemble des procédures de surveillance et d'évaluation des incidents, ainsi que des effets indésirables survenant chez les donneurs ou les receveurs de produits sanguins labiles. Elle porte sur l'ensemble de la chaîne transfusionnelle allant de la collecte des produits sanguins labiles jusqu'au suivi des receveurs. L'hémovigilance comprend également le suivi épidémiologique des donneurs* »[1295]. Le système d'hémovigilance national est composé de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), les coordonnateurs régionaux d'hémovigilance, l'Etablissement français du sang et le Centre de transfusion des Armées, l'Institut de veille sanitaire, les établissements de santé, les syndicats interhospitaliers et groupements de coopération sanitaire autorisés à assurer les missions d'un établissement de santé et les hôpitaux des armées ainsi que tout professionnel de santé[1296]. Ce dernier doit signaler, sans délai, tout effet indésirable ou incident grave qu'il a constaté ou dont il a eu connaissance, au correspondant d'hémovigilance de l'établissement de transfusion sanguine où a été effectué le don de sang ou au correspondant d'hémovigilance de l'établissement de santé où l'incident a eu lieu[1297]. L'ANSM, destinataire des données d'hémovigilance, reçoit plus de 13 000 déclarations d'incidents et d'effets indésirables annuellement dont 40 % proviennent des établissements de santé en 2011[1298].

339. En outre, la biovigilance désigne « *la surveillance des incidents et des risques d'incidents relatifs aux éléments et produits du corps humain utilisés à des fins thérapeutiques, et aux produits, autres que les médicaments, qui en dérivent, aux dispositifs médicaux les incorporant et aux produits thérapeutiques annexes, ainsi que des effets indésirables résultant de leur utilisation »,* à l'exception des gamètes et des produits sanguins labiles »[1299]. Les acteurs du système national de biovigilance sont définis à l'article R. 1211-32 du Code de la santé publique, parmi lesquels les professionnels de santé. Ces derniers, habilités à la prescription et à l'administration des produits de santé et à assurer le suivi médical des patients, qu'ils exercent en établissement de santé ou en cabinet libéral, doivent

---

[1294] IGAS, *Rapport sur la pharmacovigilance et gouvernance de la chaîne du médicament*, juin 2011, p. 13.
[1295] Art. L. 1221-13 du CSP.
[1296] Art. R. 1221-24 du CSP.
[1297] Art. R. 1221-49 du CSP.
[1298] ANSM, *Rapport d'activité hémovigilance 2011*, juillet 2012, p. 4.
[1299] Art. R. 1211-29 du CSP.

signaler les incidents et les effets indésirables, au correspondant local de biovigilance au nombre de 487 au 31 décembre 2011, dans le premier cas, et à la cellule de biovigilance, dans le second cas. En 2011, l'ANSM a reçu 294 déclarations dont 59 % émanaient de correspondants locaux de biovigilance des établissements de santé[1300].

Les professionnels de santé, parmi lesquels les médecins, tiennent donc une place privilégiée dans les dispositifs de vigilance sanitaire. Leur rôle est également prépondérant dans le cadre de la gestion des risques associés aux soins.

2. Le médecin, acteur de la gestion des risques associés aux soins

340. La participation active du médecin dans la gestion des risques associés aux soins s'exprime au travers de la lutte contre les événements indésirables graves. Même si tous les événements médicaux ne mènent pas à des conséquences dommageables, leur analyse semble pertinente dans une perspective de prévention des risques sanitaires. Le raisonnement d'Antoine Garapon relatif à l'organisation judiciaire pourrait ainsi être transposé à la médecine. Ce dernier considère que *« la responsabilité de la justice ne peut se borner à rechercher une faute personnelle chez le juge ou un autre professionnel du droit. L'erreur judiciaire s'explique également par des dysfonctionnements objectifs du système, c'est-à-dire de l'organisation du service public de la justice* »[1301].

341. L'article L. 1413-14 du Code de la santé publique, créé par la loi du 4 mars 2002[1302] et revu par l'ordonnance du 23 février 2010[1303], soumet les médecins à une obligation de déclarer les infections nosocomiales et tout autre événement indésirable grave (EIG) au directeur général de l'Agence régionale de santé (ARS). L'événement indésirable grave (EIG) est défini tel un « *événement ayant une nature négative pour le patient, un caractère certain de gravité (cause ou prolongation du séjour hospitalier, incapacité, risque vital), et qui a un lien avec les soins de prévention, de diagnostic, de thérapeutique ou de réhabilitation* »[1304].

[1300] ANSM, *Rapport d'activité hémovigilance 2011*, *op. cit.*, p. 5-8.
[1301] A. Garapon cité par Acad. Natle de Méd., « De la sanction à la prévention. Pour une prévention des événements indésirables liés aux soins », rapport au nom d'un groupe de travail, 2006, p. 5-28.
[1302] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc*.
[1303] Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JO* n°0047 du 25 février 2010, p. 3585.
[1304] X. Brennan cité par R. Amalberti, C. Gremion, Y. Auroy *et al*., « Les systèmes de signalement des événements indésirables en médecine », *Etudes et résultats*, DREES, juillet 2007, n°584, p. 3.

Cette déclaration est différente de celle des événements indésirables liés à un produit de santé, effectuée auprès de l'ANSM, dans le cadre de la vigilance sanitaire[1305].

342. Depuis les années 1970, la lutte contre les infections nosocomiales constitue une des priorités d'action gouvernementale en matière de santé. Suites aux résolutions du Conseil de l'Europe en 1972[1306], une première circulaire du 18 octobre 1973 relative à la prévention des infections hospitalières[1307] puis du 1er septembre 1975[1308] préconisent la création de comités de lutte contre les infections nosocomiales (CLIN). Le décret du 6 mai 1988[1309] instaure une obligation de créer un CLIN dans chaque établissement de santé public et privé participant au service public, ainsi que de disposer d'une équipe d'hygiène hospitalière avant le 31 décembre 2001[1310]. Au niveau national, la création d'un Comité technique national des infections nosocomiales (CTIN) ainsi que de cinq centres de coordination interrégionaux de lutte contre les infections nosocomiales participe au dispositif national de prévention des infections nosocomiales[1311]. En 1994, le ministre de la santé annonce un plan quinquennal de lutte contre ces infections. Depuis les ordonnances d'avril 1996, la prévention des infections nosocomiales est intégrée dans une démarche globale d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins[1312].

343. Suite à la loi du 1er juillet 1998[1313] et au décret du 6 décembre 1999[1314], de nouvelles mesures de surveillance et de prévention des infections nosocomiales ont été mises en œuvre. Ainsi, les cliniques privées sont soumises aux mêmes obligations que les établissements de santé publics et les établissements privés participant au service public. D'autre part, la loi pose le principe du recueil et du signalement de ces infections. L'ordonnance du 2 mai 2005

[1305] Afssaps, *Bonnes pratiques de pharmacovigilance*, 29 août 2011, p. 13.
[1306] Conseil de l'Europe, Résolution (72) 31 concernant l'hygiène hospitalière adoptée par le Comité des ministres le 19 septembre 1972.
[1307] Circulaire du 18 octobre 1973 relative à la prévention des infections hospitalières (non parue au JO).
[1308] Circulaire n°75-2805 du 1er septembre 1975 relative à la prévention des infections hospitalières (non parue au JO).
[1309] Décret n°88-657 du 6 mai 1988, *préc*.
[1310] Décret n°99-1034 du 6 décembre 1999 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements publics de santé et modifiant le chapitre Ier du titre Ier du livre VII du code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat), *JO* n°287 du 11 décembre 1999, p. 18349 ; Circulaire DGS/DHO S/E 2 n°2000-645 du 29 décembre 2000 relative à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé, *BO* n°20001-3, p. 153-167.
[1311] Arrêté du 3 août 1992 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales, *JO* n°190 du 18 août 1992, p. 11222, modifié par l'arrêté du 19 octobre 1995, *JO* n°252 du 28 octobre 1995, p. 15760.
[1312] Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *JO* n°98 du 25 avril 1996, p. 6324.
[1313] Loi n°98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, *JO* n°151 du 2 juillet 1998, p. 10056.
[1314] Décret n°99-1034 du 6 décembre 1999, *préc*.

portant simplification du régime juridique des établissements de santé[1315] ainsi que le décret du 15 mai 2006[1316] ont fait évoluer la notion de CLIN pour les établissements publics de santé, devenu « *une sous-commission de la commission médicale d'établissement (CME) chargée de contribuer à la qualité et à la sécurité des soins* ». Cette évolution est étendue à l'ensemble des établissements de santé par la loi HPST du 21 juillet 2009. Ainsi, chaque Commission ou Conférence médicale d'établissement contribue à *« la définition de la politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins* ». Cela comprend notamment « *la gestion globale et coordonnée des risques visant à lutter contre les infections associées aux soins* ». D'autre part, dans les établissements de santé publics, depuis le décret du 30 avril 2010[1317], le praticien de l'équipe opérationnelle d'hygiène assiste à la CME avec voix consultative.

344. Des évolutions apparaissent également suite à la parution du décret du 12 novembre 2010 relatif à l'organisation de la lutte contre les événements indésirables associés aux soins dans les établissements de santé[1318] et la circulaire du 18 novembre 2011 en vue de l'application dudit décret[1319]. Ainsi, l'article R. 6111-1 du Code de la santé publique dispose que « *constitue un événement indésirable associé aux soins tout incident préjudiciable à un patient hospitalisé survenu lors de la réalisation d'un acte de prévention, d'une investigation ou d'un traitement* ». En outre, l'article R. 6111-2 du même code prévoit que le représentant légal de l'établissement de santé, après concertation avec le président de la conférence ou de la commission médicale d'établissement, décide d'une organisation de la lutte contre les événements indésirables. L'article R. 6111-4 du Code de la santé publique prévoit également la désignation d'un coordonnateur de la gestion des risques associés aux soins qui veille au respect de cette organisation. Par ailleurs, dans les mêmes conditions, un programme d'actions, reflet de la politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins, est défini, conformément aux articles L. 6144-1 et L. 6161-2 du Code de la santé

[1315] Ordonnance du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé, *JO* n°102 du 3 mai 2005, p. 7626.

[1316] Décret n°2006-550 du 15 mai 2006 relatif aux sous-commissions de la commission médicale d'établissement mentionnées au II de l'article L. 6144-1 du code de la santé publique et modifiant le même code (dispositions réglementaires), *JO* n°113 du 16 mai 2006, p. 7162.

[1317] Décret n°2010-439 du 30 avril 2010 relatif à la commission médicale d'établissement dans les établissements publics de santé, *JO* n°0102 du 2 mai 2010.

[1318] Décret 2010-1408 du 12 novembre 2010 relatif à la lutte contre les évènements indésirables associés aux soins dans les établissements de santé, *JO* n°0265 du 16 novembre 2010, p. 20428.

[1319] Circulaire n°DGOS/PF2/2011/416 du 18 novembre 2011 en vue de l'application du décret 2010-1408 du 12 novembre 2010 relatif à la lutte contre les évènements indésirables associés aux soins dans les établissements de santé, *JO* n°0265 du 16 novembre 2010, p. 20428.

publique. Ce programme contient différents volets à l'instar du « *bon usage des médicaments* », de la « *prise en charge de la douleur* » et notamment un volet relatif à « *la lutte contre les infections nosocomiales* ». A cet effet, doit être formée une équipe opérationnelle d'hygiène constituée notamment de personnels médicaux ou pharmaceutiques et de personnels infirmiers. Cette équipe a pour mission d'assister la commission ou la conférence médicale d'établissement « *dans la proposition des actions de lutte contre les infections nosocomiales et dans l'élaboration des indicateurs de suivi de la mise en œuvre de ces mesures* »[1320] mais également de dresser un bilan des activités de lutte contre les infections nosocomiales[1321]. La lutte contre les infections nosocomiales est donc une priorité intégrée dans le programme d'actions de chaque établissement de santé, auquel contribuent les médecins.

345. Par ailleurs, le médecin est tenu de déclarer tout événement indésirable grave (EIG), autre que les infections nosocomiales[1322]. Les systèmes de signalement des événements indésirables consistent d'une part en « *la déclaration par les acteurs médicaux* », d'autre part par « *la déclaration des patients* » et enfin par « *l'analyse de dossiers ou de traces électroniques* »[1323].

Une enquête nationale de la Direction de la recherche, de l'évaluation, des études et des statistiques (DREES) fait état de 450 000 événements indésirables graves par an, survenus pendant une période d'hospitalisation[1324]. Les événements indésirables graves sont définis comme « […] *les événements qui entraînent une hospitalisation, une prolongation d'hospitalisation d'au moins un jour, un handicap, une incapacité à la fin de l'hospitalisation ainsi que les événements associés à une menace vitale ou à un décès, sans qu'ils en aient été nécessairement la cause directe* »[1325]. L'enquête de la DREES, rééditée en 2009, souligne l'existence de 6,2 EIG survenus pendant l'hospitalisation pour 1 000 jours d'hospitalisation. En outre, cette enquête révèle que 4,5 % des séjours trouvent leur origine dans un EIG. Enfin,

---

[1320] Art. R. 6111-7 du CSP.
[1321] Art. R. 6111-8 du CSP.
[1322] Art. L. 1413-14 du CSP.
[1323] R. Amalberti, C. Gremion, Y. Auroy *et al.*, « Les systèmes de signalement des événements indésirables en médecine », *op. cit.*, p. 3.
[1324] P. Michel, J.-L. Quenon, A. Djihoud *et al.*, « Les événements indésirables graves liés aux soins observés dans les établissements de santé : premiers résultats d'une étude nationale, *Etudes et résultats*, DREES, mai 2005, n°378, p. 1-16.
[1325] P. Michel, C. Minodier, C. Motty-Monnereau *et al.*, « Les événements indésirables graves dans les établissements de santé : fréquence, évitabilité et acceptabilité », *Etudes et résultats*, DREES, mai 2011, n°761, p. 2.

l'étude démontre que les EIG survenus pendant une hospitalisation sont majoritairement liés à des actes invasifs tandis que les EIG à l'origine d'admission sont majoritairement associés à des produits de santé[1326].

346. Conformément à la loi du 9 août 2004[1327] et à l'arrêté du 25 avril 2006[1328], la déclaration des EIG a été soumise préalablement à une expérimentation pilotée par l'InVS de janvier 2009 à juin 2010, au sein de quatre régions pilotes regroupant ainsi 82 établissements sanitaires et médico-sociaux. Cette expérimentation concernait la « *déclaration des événements indésirables graves liés à des soins réalisés lors d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention autres que les infections nosocomiales* ». La publication des résultats de cette expérimentation met en exergue qu'au terme de 18 mois, l'InVS a reçu et analysé 250 EIG pour lesquels 48 % des signalements émanaient d'un professionnel médical[1329]. La répartition des causes d'un EIG est la suivante : 28 % des EIG déclarés concernaient un retard au diagnostic ou à la prise en charge ou une prise en charge inadaptée, 14% des EIG déclarés une erreur dans l'utilisation d'un dispositif médical ou d'un matériel paramédical, 11 % une erreur médicamenteuse et 10 % une chute. Il convient, d'ailleurs, de rappeler qu'en matière de prévention des erreurs médicamenteuses en milieu hospitalier, l'article 9 de l'arrêté du 6 avril 2011 relatif au management de la qualité de la prise en charge médicamenteuse et aux médicaments dans les établissements de santé prévoit « *une déclaration interne des événements indésirables, des erreurs médicamenteuses ou des dysfonctionnements liés à la prise en charge médicamenteuse en vue de leur analyse et de la détermination des actions d'amélioration* »[1330].

347. L'étude de la DREES menée en 2007 démontre que le signalement des EIG par les professionnels de santé peut se heurter à des obstacles. Ainsi, 90 % des répondants ont indiqué l'existence de freins au signalement en interne mais également en externe. Parmi ces freins, sont notamment soulevées les questions de multiplication et de complexité des dispositifs de déclaration ainsi que la faiblesse de la protection juridique du professionnel qui

---

[1326] *Ibid*.
[1327] Loi n°2004-806 du 9 août 2004, *préc*.
[1328] Arrêté du 25 avril 2006 relatif aux modalités de l'expérimentation de déclaration des événements indésirables graves liés à des soins réalisés lors d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention autres que des infections nosocomiales, *JO* n°119 du 23 mai 2006, p. 7538.
[1329] C. Caserio-Schönemann, N. Fournet, « Expérimentation d'un dispositif de déclaration des événements indésirables graves liés aux soins (EIG) », InVS, novembre 2011, p. 1-4.
[1330] Arrêté du 6 avril 2011 relatif au management de la qualité de la prise en charge médicamenteuse et aux médicaments, *JO* n°0090 du 16 avril 2011, p. 6687.

déclare un EIG[1331]. Afin de remédier à ces difficultés, des propositions d'amélioration ont été évoquées parmi lesquelles « *le renforcement de la protection du déclarant, de la confidentialité et de l'accès aux données* »[1332].

De même, en 2009, le Médiateur de la république[1333], dans le cadre du Pôle santé et sécurité des soins, a reçu 4 795 requêtes parmi lesquelles 15 % concernaient des signalements de professionnels de santé. Il s'avère que l'absence de signalement d'un événement indésirable grave reflète la crainte des professionnels de santé d'être sanctionnés. En effet, parmi les événements signalés par les usagers du système de santé, « *40 %* […] *(sont) liés à un préjudice susceptible d'entraîner des poursuites disciplinaires ou d'engager la responsabilité pénale, civile ou administrative d'un professionnel de santé* »[1334]. Ainsi, « *il est compréhensible dans ce contexte que certains professionnels soient tentés de retenir des informations par peur des suites judiciaires* […] »[1335]. Le rapport annuel du Pôle santé et sécurité des soins prend « *l'exemple d'une personne qui dans un hôpital se ferait opérer pour une prothèse de hanche, serait transfusée lors de cette intervention et décéderait* ». Le rapport en conclut qu'« *en pareil cas, on peut identifier jusqu'à neuf signalements possibles puisque l'on pourrait suspecter un problème infectieux (à signaler à la Direction des affaires sanitaires et sociales), ou lié à la transfusion (Etablissement français du sang), ou encore au matériel utilisé (Afssaps),* […] »[1336]. Il ajoute que « […] *ces signalements doivent être faits à des personnes qui ne communiquent pas systématiquement entre elles, ce qui rend l'analyse de l'accident encore plus complexe* »[1337].

348. L'étude de la gestion des risques sanitaires nous a permis d'appréhender le rôle du médecin dans la veille sanitaire. Acteur de la vigilance sanitaire et de la gestion des risques associés aux soins, il contribue à une réduction des risques sanitaires. Sa participation est également active dans l'amélioration de la qualité et de la sécurité du patient envisagée telle

---

[1331] R. Amalberti, C. Gremion, Y. Auroy *et al.*, « Les systèmes de signalement des événements indésirables en médecine », *op. cit*.
[1332] C. Caserio-Schönemann, N. Fournet, « Expérimentation d'un dispositif de déclaration des événements indésirables graves liés aux soins (EIG) », *op. cit*., p. 3.
[1333] En vertu de la loi organique n°2011-333 et de la loi ordinaire n°2011-334 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits succède, à compter du 1er mai 2011, au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants, à la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE) et à la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS). V. *infra* n°365.
[1334] Le Médiateur de la République, *Synthèse annuelle du Pôle santé et sécurité des soins*, 2009, p. 13.
[1335] M. Eymery, « Erreur médicale et responsabilité collective », *Adsp*, décembre 2010, n°73, p. 5.
[1336] Le Médiateur de la République, *Synthèse annuelle du Pôle santé et sécurité des soins, op. cit*.
[1337] *Ibid*.

« […] *l'analyse et l'amélioration systématique des processus et l'élimination des dysfonctionnements* »[1338].

§2. La participation active du médecin à l'amélioration de la qualité des soins

349. La recherche de la qualité est devenue récurrente dans nos sociétés. Dans le domaine sanitaire, la qualité des soins « *doit permettre de garantir à chaque patient un ensemble d'actes diagnostiques et thérapeutiques qui lui assurera le meilleur résultat en termes de santé, conformément à l'état actuel de la science médicale, au meilleur coût pour un même résultat, au moindre risque iatrogène, et pour sa plus grande satisfaction en termes de procédure, de résultat et de contacts humains à l'intérieur du système de soins* »[1339].

A titre illustratif, en 2009, l'Union nationale des caisses d'assurance maladie a instauré le Contrat d'amélioration des pratiques individuelles (CAPI) pour accompagner les médecins libéraux conventionnés dans une démarche d'amélioration de la qualité des soins[1340]. Cette démarche a été renforcée avec la mise en place de la rémunération sur objectifs de santé publique. Désormais, l'engagement dans l'amélioration des pratiques médicales est offert à tout médecin dès lors qu'il adhère à la convention médicale[1341]. En l'occurrence, un système de rémunération est mis en place pour favoriser l'amélioration de la qualité de la pratique au regard de 24 indicateurs, à l'instar du dépistage de la rétinopathie diabétique, de la prévention cardiovasculaire des patients à haut risque par une statine ou encore du dépistage du cancer du sein[1342].

La qualité des soins ne peut donc être affirmée sans mesure ce qui implique d'instaurer des normes et référentiels et de mettre en place des vérifications. A ce titre,

---

[1338] *HAS, Manuel relatif à l'évaluation des pratiques professionnelles dans le cadre de la certification*. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr/portail*, le 12 janvier 2012.
[1339] Définition de l'OMS en 1987 citée par E. Rial-Sebbag, A. Thomas, *Ethique et législation pour l'exercice médical*, Paris, Estem, 2005, p. 129.
[1340] Décision du 9 mars 2009 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la création d'un contrat type d'amélioration des pratiques à destination des médecins libéraux conventionnés, *JO* n°0093 du 21 avril 2009, p. 6839.
[1341] Arrêté du 22 septembre 2011 portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et spécialistes, *JO* n°0223 du 25 septembre 2011, p. 16080.
[1342] CNAMTS, DDGOS, *Note méthodologique du dispositif de paiement sur objectifs de santé publique*, janvier 2012.

l'amélioration de la qualité des soins doit être mesurée par une évaluation (A) que le médecin intègre dans sa pratique médicale quotidienne (B).

A. L'ÉVALUATION, COMPOSANTE DE L'AMÉLIORATION DE LA QUALITÉ DES SOINS

350. La nécessité d'une évaluation résulte de l'évolution croissante de l'activité médicale et du renforcement des exigences du patient. En 2006, une étude mettait en exergue comme conséquence à des pratiques médicales hétérogènes une perte de chance pour les usagers et des dépenses de santé inutiles[1343]. Le système de santé ne pouvait rester indifférent à un tel constat. L'évaluation concourt à l'amélioration de la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins ainsi que du service médical rendu aux patients. Elle consiste en l'évaluation des pratiques professionnelles et la certification des établissements de santé, dispositifs obligatoires (1) et l'accréditation volontaire des médecins, dispositif facultatif (2).

1. Un dispositif d'évaluation obligatoire

351. Le décret du 28 décembre 1999 a mis en place l'évaluation des pratiques professionnelles pour les médecins libéraux, sur la base du volontariat[1344]. Depuis la loi du 13 août 2004[1345], tout médecin, quel que soit son mode d'exercice, est tenu de se soumettre à une évaluation des pratiques professionnelles (EPP). Le décret du 14 avril 2005 relatif à l'évaluation des pratiques professionnelles précise que l'EPP a pour objectif « *l'amélioration continue de la qualité des soins et du service rendu par les professionnels de santé* »[1346]. Elle consiste en « *l'analyse de la pratique professionnelle en référence à des recommandations et selon une méthode élaborée ou validée par la Haute autorité de santé (HAS) et inclut la mise en œuvre et le suivi d'actions d'amélioration des pratiques* »[1347]. Selon Paul Atthar, « *pour satisfaire à l'EPP, il s'agit moins d'être performant dans son évaluation que de déclencher un mouvement, tendant à devenir permanent, d'évaluation, d'analyse, et d'amélioration* »[1348]. Le Manuel de la Haute autorité de santé relatif à l'évaluation des pratiques

---

[1343] P.-Y. Poindron, « Formation médicale continue et évaluation des pratiques. Où en sommes-nous ? », *Concours médical*, 2006, vol. 11, n°128, p. 477-480.
[1344] Décret n°99-1130 du 28 décembre 1999 relatif à l'évaluation des pratiques professionnelles et à l'analyse de l'évolution des dépenses médicales, *JO* n°301 du 29 décembre 1999, p. 19594.
[1345] Loi n°2004-810 du 13 août 2004, *préc*.
[1346] Décret n°2005-346 du 14 avril 2005 relatif à l'évaluation des pratiques professionnelles, *JO* n°88 du 15 avril 2005, p. 6730-6731.
[1347] *Ibid*.
[1348] P. Atthar, « Etat d'âme d'un médecin parmi tant d'autres ? L'accréditation frappera deux fois…», *RDS* 2007, n°15, p. 84-85.

professionnelles préconisait, en 2005, « *l'analyse et l'amélioration systématique des processus et l'élimination des dysfonctionnements* »[1349]. L'EPP faisait partie intégrante et répondait aux obligations de l'ancien dispositif de formation médicale continue (FMC). En effet, l'ancien article R. 4127-11 du Code de la santé publique disposait que « *tout médecin doit entretenir et perfectionner ses connaissances ; il doit prendre toutes dispositions nécessaires pour participer à des actions de formation continue. Tout médecin participe à l'évaluation des pratiques professionnelles* ».

Depuis le 2 janvier 2012, le développement professionnel continu, dispositif unique, regroupe l'évaluation des pratiques professionnelles (EPP), la formation médicale continue (FMC) et la formation professionnelle conventionnelle (FPC)[1350]. Il s'agit d'une obligation individuelle, s'inscrivant dans une démarche permanente[1351]. Tous les cinq ans, le Conseil départemental de l'Ordre des médecins (CDO) s'assure que le médecin a satisfait à son obligation de DPC. Dans le cas contraire, le médecin doit justifier le non respect de cette obligation. Au vu des éléments de réponse, il peut être mis en place, à l'initiative du CDO, un plan annuel personnalisé de DPC pour le médecin concerné. Dans l'hypothèse où ce dernier ne respecterait pas ce plan personnalisé, il pourrait être relevé un cas d'insuffisance professionnelle[1352].

352. Par ailleurs, la certification des établissements de santé est introduite dans le système de soins français, par l'ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996[1353]. Autrefois appelée « *accréditation* », le terme de « *certification* » lui est préféré depuis la loi du 13 août 2004[1354]. En l'espèce, il s'agit d'« *une procédure d'évaluation externe d'un établissement de santé indépendante de l'établissement et de ses organismes de tutelle* », réalisée tous les 4 ans. Les établissements de santé publics et privés, les installations autonomes de chirurgie esthétique et les groupements de coopération sanitaire sont concernés par la certification. Les visites de

---

[1349] HAS, *L'évaluation des pratiques dans le cadre de l'accréditation des établissements de santé*, Guide EPP, juin 2005, p. 6.
[1350] Art. 59 de la loi n°2009-89 du 21 juillet 2009, *préc.* ; Décret n°2011-2116 du 30 décembre 2011 relatif au développement professionnel continu des médecins, *JO* n°0001 du 1 janvier 2012, p. 33 ; Pour une analyse du développement professionnel continu ; *Infra* n°631 à 637.
[1351] Art. R. 4133-1 du CSP.
[1352] Art. L. 4133-1 du CSP : « *Le développement professionnel continu a pour objectifs l'évaluation des pratiques professionnelles, le perfectionnement des connaissances, l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins ainsi que la prise en compte des priorités de santé publique et de la maîtrise médicalisée des dépenses de santé. Il constitue une obligation pour les médecins* ».
[1353] Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *JO* n°98 du 25 avril 1996, p. 6324.
[1354] Loi n°2004-810 du 13 août 2004, *préc*.

certification sont effectuées sur la base d'un Manuel de certification de la HAS, le *Manuel de certification V2010*, révisé 2011. Le périmètre de visite de la certification s'articule autour de différentes Pratiques Exigibles Prioritaires (PEP) telles que « *la gestion des évènements indésirables* », « *la maîtrise du risque infectieux* », « *la prise en charge de la douleur* », « *la gestion du dossier du patient* » ou encore « *la prise en charge médicamenteuse du patient* »[1355]. Il s'agit de « *marqueurs fondamentaux de la qualité et de la sécurité des soins* »[1356]. Trois types de décisions, la recommandation, la réserve ou la réserve majeure, conduisent à cinq niveaux de certification : la certification, la certification avec recommandation, la certification avec réserve, la certification sous réserve que l'établissement améliore significativement les points relevés dans un délai fixé par la HAS et, enfin, la non-certification. Les réserves et les recommandations font l'objet d'un suivi. Dès lors, le rapport des experts-visiteurs préfigure les futurs axes d'amélioration de l'établissement de santé auxquels participent nécessairement les médecins. Un plan d'actions doit être mis en œuvre par l'établissement de santé qui concerne directement l'amélioration des pratiques professionnelles des médecins.

2. <u>Un dispositif d'évaluation facultatif</u>

353. L'article L. 4135-1 du Code de la santé publique dispose que « *les médecins ou les équipes médicales d'une même spécialité exerçant en établissements de santé peuvent demander à ce que la qualité de leur pratique professionnelle soit accréditée* ». Cette démarche est volontaire et donc facultative. Elle concerne uniquement les médecins qui exercent en établissements de santé une activité ou une spécialité à risques répertoriée[1357]. Conformément à l'article L. 4135-1 du Code de la santé publique, la liste des médecins accrédités est publiée sur le site de la HAS.

Les praticiens engagés dans une procédure d'accréditation sont notamment tenus de « *procéder à la déclaration prévue à l'article L. 1414-3-3 des événements considérés comme porteurs de risques médicaux concernant leur activité en établissement de santé* » et de mettre en œuvre « *les recommandations individuelles résultant de l'analyse des événements porteurs*

[1355] HAS-Direction de l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins, *Préparer et conduire votre démarche de certification V2010 Manuel révisé*, avril 2012, p. 1.
[1356] HAS, *Manuel de certification des établissements de santé. Version 2010-révisée 2011*, avril 2011, p. 5. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1037211/manuel-de-certification-v2010-revise-2011*, 10 novembre 2011.
[1357] Art. D. 4135-1 et s. du CSP.

de risque qu'ils ont déclarés »[1358]. En 2006, le Collège de la Haute Autorité de santé (HAS) précise la nature des événements porteurs de risques (EPR) devant faire l'objet de déclarations : « *les événements considérés comme porteurs de risques médicaux sont les événements indésirables à l'exclusion des événements indésirables graves mentionnés à l'article L. 1413-4 du Code de la santé publique* »[1359]. Il s'agit notamment d'un « *dysfonctionnement (non-conformité, anomalie, défaut), incident, événement sentinelle, précurseur, presque accident, accident* »[1360].

354. Il en résulte que seules les déclarations relatives à des EPR peuvent être acceptées par l'organisme agréé. En effet, lorsqu'il s'agit d'événements indésirables graves (EIG), l'ARS est chargée de recevoir leurs déclarations obligatoires, conformément à l'article L. 1413-14 du Code de la santé publique[1361]. La déclaration des EPR de ces praticiens s'effectue soit auprès d'organismes particuliers agréés par la HAS soit par le biais d'une instance créée dans l'établissement d'exercice[1362]. Ainsi, au 1er août 2012, 47 974 EPR ont été enregistrés par la HAS[1363].

La circulaire du 18 novembre 2011[1364], en vue de l'application du décret du 12 novembre 2010[1365], précise que les programmes des spécialités, le programme inter-spécialités et l'analyse des évènements porteurs de risques qui ont été déclarés par les médecins participent à la définition du programme d'actions de l'établissement de santé pour l'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins.

355. Par ailleurs, la procédure d'accréditation suscite, au-delà de l'intérêt professionnel, un intérêt financier[1366]. En effet, en vertu de l'article D. 185-1 du Code de la sécurité sociale, les praticiens libéraux accrédités « […] *peuvent bénéficier d'une aide à la souscription d'une*

[1358] *Ibid*.
[1359] Art. 2 de la décision n°2006.09.026/P du Collège de la Haute Autorité de santé relative aux modalités de mise en œuvre de l'accréditation de la qualité de la pratique professionnelle des médecins et des équipes médicales, 30 août 2006.
[1360] *Ibid*.
[1361] *Supra* n°341.
[1362] Art. D. 4135-4 du CSP.
[1363] HAS, « Tableau de bord de l'accréditation des médecins », 1er août 2012. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1149405/tableau-de-bord-de-laccreditation-des-medecins*, le 27 août 2012.
[1364] Circulaire n°DGOS/PF2/2011/416 du 18 novembre 2011 en vue de l'application du décret n°2010-1408 du 12 novembre 2010 relatif à la lutte contre les évènements indésirables associés aux soins dans les établissements de santé, *BO* n°2011-12 du 15 janvier 2012, p. 213.
[1365] Décret n°2010-1408 du 12 novembre 2010 relatif à la lutte contre les évènements indésirables associés aux soins dans les établissements de santé, JO n°0265 du 16 novembre 2010, p. 20428.
[1366] O. Ciaudo, « Orthorisq : un organisme agréé par la Haute autorité de santé pour l'accréditation des praticiens de santé », *RDSS* 2011, p. 670.

assurance en responsabilité civile dont le montant tient compte des caractéristiques d'exercice », par la CNAMTS. Le montant de l'aide annuelle accordée aux praticiens est calculé en fonction de certains éléments tels que la spécialité exercée, la situation conventionnelle et le montant de la prime d'assurance. Il est également calculé au regard d'un seuil minimum d'appel de cotisation et dans la limite d'un plafond fixé par spécialité[1367]. Au 1er août 2012, la HAS a recensé 10 677 demandes d'engagement dans l'accréditation, depuis septembre 2007. 7 294 médecins ont bénéficié d'une accréditation, depuis octobre 2008[1368]. En 2011, 821 certificats d'accréditation ont été délivrés par la HAS et 92 % des médecins engagés dans une procédure d'accréditation, au cours de l'année 2010, ont été accrédités en 2011[1369].

356. Une synthèse des rapports d'activité 2011 des organismes agréés pour l'accréditation démontre l'impact positif généré par la démarche d'accréditation. Ainsi, 59 % des organismes agréés déclarent que cette démarche est bénéfique à l'amélioration et la sécurité des soins et 79 % des organismes agréés démontrent son impact positif sur la démarche personnelle. Ainsi, il est indiqué que la démarche d'accréditation permet « *un recul sur sa pratique en intégrant la dimension d'équipe dans la prise en charge du patient et en tenant compte des conditions liées à l'environnement dans lequel sont réalisés les actes* »[1370].

Il semble donc incontestable que le médecin contribue à l'amélioration de la qualité des soins, par différents dispositifs d'évaluation de sa pratique professionnelle. Dès lors, il convient de s'intéresser à leur intégration dans l'exercice médical quotidien.

[1367] Décret n°2011-2032 du 29 décembre 2011 relatif au seuil maximum prévu à l'article D. 185-1 du code de la sécurité sociale et modifiant le code de la sécurité sociale, *JO* n°0302 du 30 décembre 2011, p. 22774 ; V. à ce sujet, N. Boughriet, « Accréditation : bénéficiez d'une prise en charge partielle de votre assurance RCP », *JURIDIC'URPS*, septembre-octobre 2012, n°1, p. 4.

[1368] HAS, « Tableau de bord de l'accréditation des médecins », 1er août 2012. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1149405/tableau-de-bord-de-laccreditation-des-medecins*, le 27 août 2012.

[1369] HAS, « 5 ans d'accréditation : Synthèse des rapports d'activité 2011 des organismes agréés pour l'accréditation (OA-Accréditation) », *Journal de l'accréditation des médecins*, juillet-août 2012, n°24, p. 5.

[1370] *Ibid.*, p. 2-3.

B. L'INTÉGRATION DE L'AMÉLIORATION DE LA QUALITÉ DES SOINS DANS LA PRATIQUE MÉDICALE QUOTIDIENNE

357. Différents modes d'organisation sont progressivement intégrés dans la pratique médicale quotidienne et permettent de répondre à l'obligation d'évaluation à laquelle sont soumis les médecins. Ils sont le reflet d'un développement de nouvelles formes de relations professionnelles et d'amélioration de la qualité de la prise en charge. D'une part, nous porterons notre regard sur le développement de pratiques professionnelles collectives qui contribuent à l'amélioration de la qualité de la prise en charge des patients. (1). D'autre part, nous montrerons que des efforts restent à poursuivre, au regard du suivi des réclamations médicales (2).

1. De la pratique individuelle à la pratique partagée

358. Le choix d'un exercice en groupe afin d'éviter la solitude mais également afin de sécuriser la pratique professionnelle est de plus en plus prégnant au sein du système sanitaire. En atteste la création de maisons médicales de gardes, de centres de santé ou encore de réseaux de santé. L'exercice coordonné en maisons de santé pluriprofessionnelles[1371], à titre d'exemple, fait partie intégrante d'une démarche d'amélioration de la qualité. Ce mode d'exercice permet au praticien de répondre à son ancienne obligation d'EPP, intégrée désormais dans le dispositif unique de DPC. Pour ce faire, la validation nécessite notamment l'engagement du professionnel de santé à utiliser un dossier partagé, à participer à des réunions de concertation-coordination de manière régulière et à soulever des problèmes de soins ou d'organisation lors de réunions[1372].

359. D'autre part, face à une complexité grandissante des connaissances médicales, la définition d'un plan de traitement fondé sur une réflexion commune et pluridisciplinaire devient nécessaire. Le Plan Cancer 2003-2007[1373] ainsi que la circulaire du 22 février 2005[1374] formalisent et développent la réunion de concertation pluridisciplinaire (RCP), telle qu'elle existait auparavant sous différentes modalités. En pratique, la réunion de concertation disciplinaire (RCP) constitue la mise en commun de connaissances issues de médecins de

---

[1371] Art. L. 6323-3 du CSP.
[1372] HAS, *L'exercice coordonné et protocolé en maisons de santé, pôle de santé et centres de santé*, novembre 2007, p. 1-4. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_612382/exercice-coordonne-et-protocole-en-maisons-de-sante-poles-de-sante-et-centres-de-sante*, le 12 décembre 2010.
[1373] Mesures 31 et 32 du Plan Cancer 2003-2007.
[1374] Circulaire n°DHOS/SDO/2005/101 du 22 février 2005 relative à l'organisation des soins en cancérologie, BO n°2005-3, p. 256-265.

spécialités diverses afin de parvenir, au terme d'une discussion collégiale, à la stratégie de prise en charge la plus efficace pour le patient. L'annexe 2 de la circulaire susmentionnée précise que la RCP constitue « *le lieu de la discussion diagnostique et thérapeutique* » ainsi qu' « *un vecteur d'échanges de grande valeur pédagogique entre les professionnels* ». Elle désigne donc « *le concept de pluridisciplinarité lié à la décision thérapeutique* ». L'annexe définit également les principes de fonctionnement des RCP parmi lesquels la discussion obligatoire en RCP avant le début d'un traitement en chirurgie, en radiothérapie ou en chimiothérapie.

360. En établissement de santé, l'article D. 6124-131 du Code de la santé publique dispose que « *le projet thérapeutique pour chaque patient atteint de cancer pris en charge ainsi que les changements significatifs d'orientation thérapeutique sont enregistrés en réunion de concertation pluridisciplinaire* […]. *Une fiche retraçant l'avis et la proposition thérapeutique résultant de la réunion de concertation pluridisciplinaire est insérée dans le dossier médical du malade […]* ». La réalisation d'une RCP peut être assimilée à une consultation spécialisée ou un deuxième avis, conformément à l'article R. 4127-33 du Code de la santé publique, selon lequel « *le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin,* […] *en s'aidant* […] *s'il y a lieu, de concours appropriés* » et à l'article R. 4127-60 du Code de la santé publique en vertu duquel « *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* ». Le Haut conseil de la santé publique (HCSP), dans son rapport relatif à l'évaluation du plan cancer 2003-2007, souligne que « *la RCP, telle qu'elle a été formalisée et déployée, constitue une avancée majeure en permettant une évolution des pratiques médicales vers une plus grande pluridisciplinarité, source de qualité des diagnostics et choix du traitement* »[1375].

361. En outre, il est à noter le développement des groupes d'analyse de pratique entre pairs. Qu'il s'agisse d'un « *groupe de pairs* », d'un « *groupe d'échange de pratiques* » ou encore d'un « *groupe qualité* », la démarche consiste à réunir des médecins de même spécialité aux fins d'analyser des cas de patients issus de leur pratique médicale quotidienne[1376]. Cette démarche réflexive a donc pour vocation d'améliorer la qualité des

---

[1375] HCSP, *Evaluation du plan cancer 2003-2007*, IGAS RM2009-064P, Paris, La Documentation française, janvier 2009, p. 5.

[1376] Auteur inconnu, « Groupes d'analyse de pratique entre pairs », *La revue du praticien-médecine générale*, t. 19, 18 avril 2005, n°690/691, p. 522.

soins, conformément aux données de la science, mais également de rompre l'isolement du praticien dans sa pratique en stimulant de nouvelles formes de relations professionnelles entre praticiens[1377]. A titre d'illustration, la démarche « *groupe qualité* », née en Bretagne en 2001, concerne, en 2011, plus de 2 000 médecins implantés au sein de dix régions. Chaque réunion d'un groupe qualité porte sur un thème imposé par la Fédération française des groupes qualité créée le 28 avril 2011[1378]. De la même manière, la participation active et régulière d'un médecin exerçant dans un établissement de santé public ou privé à des « *staffs-EPP* » concourt à l'amélioration de la qualité des soins. Ils désignent l'association successive d'une revue de dossiers médicaux, d'une revue bibliographique, d'une discussion entre professionnels de santé lors d'une réunion de service et des actions d'amélioration et de suivi[1379].

362. D'autre part, le développement des revues de mortalité et de morbidité constitue une autre illustration des échanges qui se créent entre praticiens. La HAS définit la revue de mortalité et de morbidité (RMM) comme « *une analyse collective, rétrospective et systémique de cas marqués par la survenue d'un décès, d'une complication, ou d'un événement qui aurait pu causer un dommage au patient, et qui a pour objectif la mise en œuvre et le suivi d'actions pour améliorer la prise en charge des patients et la sécurité des soins* »[1380]. Ainsi la RMM consiste en « *l'évaluation et l'amélioration des pratiques professionnelles, le perfectionnement des connaissances grâce au retour d'expérience réalisé, l'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins et la maîtrise et la gestion des risques (méthode a posteriori)* »[1381]. A ce titre, le praticien qui participe activement et régulièrement à une RMM entre dans une démarche d'évaluation des pratiques professionnelles. Selon Pierre Chevalier, « *cet engagement n'est pas en soi un facteur d'accroissement de responsabilité. Au contraire, la mise en place de cette procédure apporte la preuve de la réactivité des professionnels de santé face à une situation de risque qui pourrait se*

[1377] HAS, « Les groupes qualités en Picardie », *Lettre DPC et pratiques*, n°59, novembre 2011.
[1378] Consulté sur: *http://projet.groupesqualite.com*, le 20 décembre 2011.
[1379] HAS, « Staff-EPP des équipes hospitalières », 2007. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr*, le 12 décembre 2011.
[1380] HAS, *Revue de mortalité et morbidité (RMM)*, juin 2009, p. 2. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_434817/revue-de-mortalite-et-de-morbidite-rmm*, le 12 septembre 2011.
[1381] *Ibid*.

renouveler »[1382]. Il ajoute que « *les RMM sont un progrès car elles permettent d'améliorer collectivement le fonctionnement d'un service en modifiant des pratiques* »[1383].

363. Enfin, l'informatisation de la santé participe, à bien des égards, à l'amélioration de la qualité des soins[1384]. Ainsi, le Dossier médical personnel (DMP) a été instauré par la loi du 13 août 2004, par la création de l'article L. 161-36-1 du Code de la sécurité sociale, devenu l'article L. 1111-14 du Code de la santé publique. La traçabilité des soins, par la tenue de dossiers médicaux, concourt à l'amélioration des échanges d'informations de santé entre professionnels. En effet, la mise en place du DMP doit permettre de réduire les interactions médicamenteuses et la prescription d'actes redondants par une meilleure coordination et continuité des soins. Par ailleurs, depuis la loi du 13 août 2004[1385] et plus récemment de la loi du 29 décembre 2011[1386], la HAS a pour mission la procédure de certification des logiciels d'aide à la prescription médicale et des sites informatiques relatifs à la santé, conformément à l'article L. 161-38 du Code de la sécurité sociale.

Même si le développement de ces pratiques professionnelles collectives contribue nécessairement à une amélioration de la qualité des soins, par les échanges entre praticiens qu'elles suscitent, il s'avère que des efforts restent à poursuivre.

2. <u>Des efforts à poursuivre</u>

364. L'article L. 1112-2 du Code de la santé publique consacre l'objectif de qualité de prise en charge des patients pour tout établissement de santé[1387]. A cet effet, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé crée la Commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC). L'article L. 1112-3 du Code de la santé publique dispose que cette commission « […] *a pour mission de veiller au respect des droits des usagers et de contribuer à l'amélioration de la qualité de*

[1382] P. Chevalier, « Les revues d'analyse des accidents médicaux : quelles incidences sur la responsabilité pénale des médecins et des soignants ? », *RDSS* 2008, p. 1080.
[1383] *Id.*, p. 1083.
[1384] O. Smallwood, « L'amélioration de la qualité des soins par le truchement de l'informatisation de la santé », *RDS* 2008, n°25, p. 622-624.
[1385] Loi n°2004-810 du 13 août 2004, *préc*.
[1386] Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011, *préc*.
[1387] Art. L. 1112-2 du CSP : « *La qualité de la prise en charge des patients est un objectif essentiel pour tout établissement de santé. Celui-ci doit procéder à une évaluation régulière de leur satisfaction, portant notamment sur les conditions d'accueil et de séjour. Les résultats de ces évaluations sont pris en compte dans la certification définie aux articles L. 6113-3 et L. 6113-4. Chaque établissement remet aux patients, lors de leur admission, un livret d'accueil auquel est annexée la charte du patient hospitalisé, conforme à un modèle type arrêté par le ministre chargé de la santé* ».

l'accueil des personnes malades et de leurs proches et de la prise en charge. Cette commission facilite les démarches de ces personnes et veille à ce qu'elles puissent, le cas échéant, exprimer leurs griefs auprès des responsables de l'établissement, entendre les explications de ceux-ci et être informées des suites de leurs demandes ». La composition et les missions des CRUQPC sont définies par le décret n°2005-213 du 2 mars 2005[1388].

Afin de formuler des recommandations d'amélioration de la qualité et de la prise en charge des personnes hospitalisées, la CRUQPC recueille et analyse les informations de la Commission ou Conférence médicale d'établissement (CME), les avis et recommandations des différentes instances consultatives, les résultats des enquêtes relatives à la satisfaction des usagers et les réclamations des usagers de l'établissement. La CRUQPC joue donc un rôle prépondérant dans la démarche qualité des établissements de santé, au même titre que la certification. Ainsi, la nouvelle version du manuel de certification de la HAS dit « V2010 » et révisé en 2011, intègre la CRUQPC dans les différents critères cités. Le critère relatif à la politique des droits des patients dispose que « *les patients sont informés de leurs droits et des missions de la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRU)* »[1389]. En outre, le critère relatif au programme d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins prévoit que « […] *ce programme prend en compte, et au minimum* […], *les informations contenues dans le rapport annuel de la CRU* […] »[1390].

Depuis la loi du 21 juillet 2009, la CRUQPC veille à ce que les établissements de santé respectent l'obligation de mise à disposition au public des résultats de leurs indicateurs de qualité et sécurité des soins[1391]. Ces résultats doivent également être transmis à la CRUQPC. En outre, la loi HPST renforce le rôle de la CRUQPC au travers de la prise en compte de son rapport par la CME à qui incombe la définition d'un programme d'actions relatif à la qualité des soins, à la sécurité des patients et aux conditions de leur prise en charge.

[1388] Décret n°2005-213 du 2 mars 2005 relatif à la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge et modifiant le code de la santé publique, *JO* n°53 du 4 mars 2005, p. 3770.
[1389] HAS, *Manuel de certification des établissements de santé. Version 2010-révisée 2011*, *op. cit.*, p. 18 .
[1390] *Id.*, p. 37.
[1391] Loi n°2009-89 du 21 juillet 2009, *préc*.

Dans son rapport 2011 sur les droits des usagers[1392], la Conférence nationale de santé effectue un bilan sur ce dispositif : seuls 5 % des établissements ne disposent pas d'une CRUQPC et 10 % des établissements sont dotés d'une CRUQPC qui, en pratique, ne fonctionne pas. La mise en place des CRUQPC au sein des établissements de santé semble donc bien respectée même si est déplorée une inégalité de fonctionnement de la médiation hospitalière, selon les établissements[1393].

365. Par ailleurs, le 2 janvier 2009, le Pôle santé et sécurité des soins, issu de la Mission pour le développement de la médiation, de l'information et du dialogue pour la sécurité (MIDISS) de la HAS, est confié, dans un premier temps, au Médiateur de la République. Le 14 janvier 2009, un protocole d'accord est signé entre la Haute Autorité de santé (HAS) et le Médiateur de la République aux fins d'améliorer la qualité de la médecine et protéger les droits des patients. Le Pôle santé et sécurité des soins est chargé de veiller à la mise en œuvre de mesures correctives consécutives à un accident qui aurait pu être évitables. Il a pour ambition de « *rétablir la confiance entre le monde médical et les usagers du service de santé, à participer à l'amélioration de la sécurité des soins* »[1394]. Les compétences et pouvoirs du Médiateur de la république ont été étendus : il a compétence pour informer et recevoir des réclamations relatives au non respect des droits des malades, à la qualité du système de santé, à la sécurité et soins et à l'accès aux soins, dans le cadre des établissements de santé publics et privés ainsi que de la médecine libérale.

Depuis le 1er avril 2011, ce Pôle santé et sécurité des soins est sous la responsabilité du Défenseur des droits[1395]. Il permet le suivi des réclamations des usagers dans une perspective d'amélioration de la qualité et la sécurité des soins et de réduction voire de suppression des contentieux inutiles. En 2011, près de 3 000 requêtes ont été enregistrées. Les réclamations portent principalement sur la sécurité des soins, la sécurité des personnes, les droits des patients, la déontologie des professionnels et les situations sensibles rencontrées par les professionnels[1396]. Le rapport souligne « *une performance accrue du délai de traitement*

[1392] Conférence nationale de santé, *Pour une approche convergente des droits des usagers du système de santé*, Rapport 2011 sur les droits des usagers adopté en Assemblée plénière, le 16 décembre 2011, p. 1-23.
[1393] *Ibid*. Sur les enseignements tirés de la création des CRUQPC, v. *Infra* n°467 à 469.
[1394] Le Médiateur de la République, « Le nouveau Pôle santé et sécurité des soins au service du droit des usagers », *Médiateur Actualités*, février 2009, n°44, p. 2.
[1395] Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO* n°0075 du 30 mars 2011, p. 5497 ; Loi n°2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO* n°0075 du 30 mars 2011, p. 5504.
[1396] Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, juin 2012, p. 85.

des dossiers : 14 jours en 2011 contre 38 jours en 2010 ». Au regard des réclamations, le Pôle santé et sécurité des soins formule des recommandations dans une perspective d'amélioration de la qualité de la prise en charge. Il a ainsi émis des préconisations en matière d'accès au dossier médical[1397].

366. Nous avons envisagé la prévention des risques médicaux comme un moyen de défense contre le risque judiciaire. La participation active du médecin à la veille sanitaire et au dispositif d'amélioration de la qualité des soins est une composante essentielle de la prévention. Mais le modèle préventif présente des limites. En effet, dans le champ de la veille sanitaire, ce modèle repose sur les déclarations et les signalements du corps médical. Or, la crainte d'une mise en cause de la responsabilité peut freiner ce dispositif. En outre, par définition, la prévention n'est pas en capacité de répondre aux cas de dangers non infirmés. Laurence Baghestani-Perrey considère qu'« *attendre comme le suppose une politique de prévention que le risque soit identifié pour se prémunir conduit à une certaine lenteur qui peut produire le pire. Il convient dès lors d'agir plus précocement, en amont des mesures préventives* »[1398]. De même, Hubert Legal considère que « *face à un risque connu comme mortel* […] *il serait irréaliste d'affirmer que seule une certitude scientifique fait obligation d'agir* […] »[1399]. Il s'ensuit que le principe de précaution, par sa gestion des risques incertains, pourrait constituer un rempart plus efficace contre le risque judiciaire.

[1397] *Id.*, p. 86.
[1398] L. Baghestani-Perrey, « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *D.* 1999, p. 457.
[1399] H. Legal, concl. sur C.E., 23 avril 1993, *M. G., M. D., M. et Mme B., RFDA* 1993, p. 595.

Section 2. La précaution, bouclier contre le risque judiciaire

367. Le « *principe de précaution* » tire ses origines dans la philosophie allemande de Hans Jonas[1400]. La République fédérale d'Allemagne est la première à l'inscrire dans la législation, en 1974, sous le terme de *Vorsorgeprinzip*[1401]. Ce principe fait sa première apparition dans l'ordre juridique international, en 1972, lors de la conférence de l'ONU sur l'environnement, à Stockholm. Il reçoit dans un premier temps une consécration internationale, sans pour autant que soit fournie une définition précise de ce principe, avec en 1980, la déclaration de Bergen relative à la protection de l'environnement[1402], en 1985, la Convention de Vienne[1403] et en 1987 et 1990 les deuxième et troisième conférence internationale sur la protection de la mer du nord[1404]. C'est en 1992 que la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement affirme ce principe[1405], qui sera enfin repris par la Convention cadre des Nations Unies le 13 juin 1992, puis par la Convention d'Oslo et de Paris le 22 septembre 1992[1406].

368. Dans le droit communautaire, le principe fait son entrée au travers du Traité de Maastricht, le 7 février 1992 : « *la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement est fondée* […] *sur les principes de précaution et d'action préventive* […] »[1407]. Cet article précise que ce principe concerne également la protection de la santé des personnes. Par ailleurs, dans une étude publiée en 2000, la Commission des communautés européennes souligne que « *la mise en œuvre d'une approche fondée sur le principe de*

[1400] H. Jonas, *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad. Greisch, Paris, Flammarion, 1979, 420 p.

[1401] ENA, *La sécurité sanitaire, séminaire d'administration*, rapport du groupe de travail n°11 : prévention, précaution, juillet 1998, p. 4 : « *le principe de précaution a surgi au début des années soixante-dix en Allemagne et aux Etats-Unis, à l'occasion de la critique du modèle technico-économique. L'Allemagne est le premier pays à inscrire dans son droit de l'environnement le Vorsorgeprinzip (la loi de 1974 sur les pluies acides)* ».

[1402] Déclaration de la conférence de Bergen sur le développement durable, 1980.

[1403] Convention de Vienne relative à la protection de la couche d'ozone, mars 1985.

[1404] Deuxième conférence internationale sur la protection de la mer du nord, 1987 ; Troisième conférence internationale sur la protection de la mer du nord, 1990.

[1405] Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 13 juin 1992 : « *pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats, selon leurs capacités* » ; « *En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ».

[1406] Convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est, 22 septembre 1992.

[1407] Traité de Maastricht, 7 février 1992, article 130 R devenu l'article 174 du Traité d'Amsterdam.

précaution devrait commencer par une évaluation scientifique aussi complète que possible et, si possible déterminant à chaque stade le degré d'incertitude scientifique »[1408].

369. La définition du principe de précaution n'est pas chose aisée. Michel Franc souligne, à ce titre, que « *le principe de précaution ne répond pas à une définition précise et généralement acceptée, et se traduit plutôt par l'exigence de pratiques et de procédures à suivre* »[1409]. En effet, le principe de précaution est assorti de mesures actives, à l'instar de « *mesures effectives et proportionnées* »[1410]. De même, Olivier Godard affirme que « *le premier constat que peut faire tout observateur est en effet qu'il n'existe pas de définition unique de la précaution. Une pluralité de définitions apporte de petites ou grandes nuances* »[1411].

Le terme « *précaution* » provient du latin *praecautio*, du verbe *praecavere* qui signifie « *prendre garde, prendre des mesures préventives* ». Le Doyen Cornu définit le principe de précaution comme une « *directive de politique juridique qui, pour la sauvegarde d'intérêts essentiels (protection de la santé publique, de l'environnement) recommande (aux gouvernants en particulier) de prendre, à titre préventif, des mesures conservatoires propres à empêcher la réalisation d'un risque éventuel, avant même de savoir avec certitude (preuves scientifiques à l'appui) que le danger contre lequel on se prémunit constitue une menace effective* ». Il ajoute qu'il s'agit d'une « *maxime de prudence aux contours flous dont la portée juridique et le fondement appellent réflexion, un surcroît de précaution n'ayant de légitimité qu'autant qu'il repose sur une évaluation raisonnable du risque et apporte à celui-ci une réponse pertinente et proportionnée* »[1412].

Dans son rapport public relatif au droit de la santé, le Conseil d'Etat, dans un chapitre intitulé « *valeurs et limites du principe de précaution* », définit le principe de précaution comme « […] *l'obligation pesant sur le décideur public ou privé de s'astreindre à une action ou de s'y refuser en fonction du risque possible. Dans ce sens, il ne lui suffit pas de*

[1408] Commission des communautés européennes, *Communication sur le recours au principe de précaution*, Com., 2000, 1, 30 p.
[1409] M. Franc, « Traitement juridique du risque et principe de précaution », *AJDA* 2003, p. 360.
[1410] Art. L. 110-1 du C. envir.
[1411] O. Godard, « L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision », *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, INRA-MSH, 1996, p. 42.
[1412] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Précaution », *op. cit.*

conformer sa conduite à la prise en compte des risques connus. Il doit en outre, apporter la preuve, compte tenu de l'état actuel de la science, de l'absence de risque […] »[1413].

370. Au regard de ces définitions, le principe de précaution semble constituer un bouclier contre le risque judiciaire qui pèse sur le corps médical. Par conséquent, nous envisagerons l'anticipation du risque, au travers le principe de précaution, comme une condition d'exonération de la responsabilité médicale (§1). D'autre part, nous montrerons que le principe de précaution est utilisé abusivement par le corps médical (§2).

§1. L'anticipation du risque comme condition d'exonération de la responsabilité médicale

371. Jean-Jacques Salomon souligne avec justesse que « *survivre à la science, c'est reconnaître qu'elle ne fait pas de nous des dieux et que la précaution, loin de disqualifier l'intelligence, est le bon sens de l'humanisme, c'est-à-dire la sagesse des limites* »[1414]. En d'autres termes, le principe de précaution, dans le cadre de la gestion des risques, fixerait des limites à la science et au progrès.

En droit français, le législateur consacre le principe de précaution dans la loi Barnier, promulguée le 2 février 1995[1415]. L'article L. 200-1 du Code rural, devenu l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, dispose que « […] *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ». En outre, la charte de l'environnement, édictée en 2004 et adossée à la Constitution, dispose que « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédure d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* »[1416].

[1413] C.E., *Rapport public 1998. Réflexions sur le droit de la santé*, Paris, La Documentation française, février 1998, p. 255-260.
[1414] J.-J. Salomon, *Survivre à la science une certaine idée du futur*, Paris, Albin Michel, 1999, p. 331.
[1415] Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JO* n°29 du 3 février 1995, p. 1840.
[1416] Art. 5 de la Charte de l'environnement, 2005.

372. Le domaine de la santé n'est pas visé directement par ces textes puisque seuls les risques sanitaires liés à une dégradation de l'environnement sont mentionnés. Les autres risques sanitaires n'y apparaissent pas. Ce principe est cependant intégré dans la loi du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme[1417]. En revanche, le législateur n'a pas introduit ce principe dans la loi de santé publique de 2004[1418]. Le rapport du Conseil d'Etat, en 1998, soulignait que « *bien que d'apparition très récente, le principe de précaution n'en interroge pas moins notre droit tout entier* »[1419]. Le principe de précaution trouve ainsi une application dans le domaine de la santé. Aussi envisagerons-nous l'application du principe de précaution, d'une part, aux affaires de santé publique (A) et, d'autre part, à la relation thérapeutique (B).

A. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION AUX AFFAIRES DE SANTÉ PUBLIQUE

373. En 1998, l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes relatif au risque de transmission de la maladie dite de la « *vache folle* » illustre l'application du principe de précaution dans le domaine de la sécurité sanitaire. La Cour rappelle à cet effet « *qu'il doit être admis que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées* »[1420]. Ces propos ont été repris par le projet de règlement européen relatif à la législation alimentaire en 2001. Ce projet reconnaissait, par ailleurs, dans son article 7, le principe de précaution.

Selon Georges David, membre de l'Académie de médecine, « *de l'environnement le principe de précaution devait gagner le domaine de la santé publique. Tout d'abord parce que certains des risques, et non des moindres, sont d'ordre sanitaire. Mais aussi parce qu'il a paru normal d'en étendre l'application aux activités médicales, lorsqu'elles entraînent,*

[1417] Loi n°98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, *JO* n°151 du 2 juillet 1998, p. 10056.
[1418] Loi n°2004-806 du 9 août 2004, *préc*.
[1419] C.E., *Rapport public 1998. Réflexions sur le droit de la santé, op. cit*., p. 256.
[1420] CJCE, 5 mai 1998, *National Farmer's Union*, C-157/96, *Rec.* CJCE, I, p. 2211 ; CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, C-180/96, *Rec.* CJCE, p. 2291

comme pour l'environnement, des dommages collectifs, ce que l'on appelle maintenant les risques sériels, le drame du sang contaminé en étant un spectaculaire exemple »[1421].

374. La jurisprudence du Conseil d'Etat illustre le lien étroit entretenu par le principe de précaution avec le droit de la santé[1422]. D'abord, à l'instar de certains auteurs, parmi lesquels Patrick Grosieux, il semblerait que le principe de précaution puise sa source dans la responsabilité administrative plutôt que dans le droit de l'environnement[1423]. Ainsi, en 1993, le Conseil d'Etat consacre, par trois arrêts, l'utilisation du principe de précaution dans le domaine de la santé publique. Il reconnaît alors une « *carence fautive de l'administration de nature à engager la responsabilité de l'Etat à raison des contaminations provoquées par des transfusions de produits sanguins effectuées entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985* »[1424]. En l'espèce, le Commissaire du gouvernement, Hubert Legal, soulignait qu'« *en situation de risque, une hypothèse non infirmée devait être retenue provisoirement pour valide, même si elle n'est pas formellement démontrée* »[1425].

Puis, en 1997, le Conseil d'Etat fait une application du principe de précaution lorsqu'il se prononce sur la légalité d'un arrêté qui porte suspension à la mise sur le marché d'un produit contenant du collagène bovin : « *en estimant, à la date d'intervention de l'arrêté attaqué, et compte tenu des précautions qui s'imposent en matière de protection de la santé publique, que la fabrication, l'importation, la mise sur le marché et l'utilisation du produit X contenant du collagène bovin et utilisé sur le corps humain, devaient être suspendues pour une durée d'un an, les signataires de l'arrêté attaqué n'avaient pas entaché leur décision d'une appréciation manifestement erronée au regard des dispositions combinées des articles L. 221-5 et L. 221-8 du Code de la consommation* »[1426]. Par ailleurs, en 1999, il adopte une position similaire dans le cadre d'un décret qui interdit l'usage de certains « *tissus ou liquides corporels d'origine bovine* » dans l'alimentation pour les nourrissons et dans les compléments alimentaires : « *en décidant, eu égard aux mesures de précautions qui s'imposent en matière de santé publique, d'édicter les interdictions faisant l'objet du décret attaqué, qui*

[1421] G. David, « La médecine saisie par le principe de précaution », *Bull. Acad. Natle Méd.* 1998, vol. 182, n°6, p. 1219 et s.
[1422] P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, *op. cit*., p. 174.
[1423] *Ibid*.
[1424] C.E., 9 avril 1993, *M. G., M. D., M. et Mme B.*, n°138652, 138653 et 138663 ; Concl. H. Legal, *RFDA* 1993, p. 595 ; Concl. H. Legal, *D*. 1993, p. 312 ; Note C. Maugüé, L. Touvet, *AJDA* 1993, p. 344 ; Note P. Terneyre, P. Bon, *D*. 1994, p. 63.
[1425] H. Legal, concl. sur C.E., 23 avril 1993, *préc.*
[1426] C.E., 21 avril 1997, *Madame Barbier*, n°180274 ; *D*. 1997, n°21, p. 123.

s'appliquent à des aliments destinés à des enfants en bas âge ainsi qu'à des compléments alimentaires qui peuvent contenir des quantités élevées de tissus en cause, le premier ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation »[1427].

375. Par ailleurs, le principe de précaution en matière de santé publique ne se limite pas à l'Etat. En effet, le 12 avril 1995, par deux arrêts, la Cour de cassation décide que les centres de transfusion sanguine sont soumis à une obligation de résultat en matière de fourniture de produits sanguins, sauf s'ils parviennent à démontrer que le vice n'était pas décelable[1428]. Le 26 mai 1995, par trois arrêts, le Conseil d'Etat adopte une position similaire en considérant que « *les centres de transfusion sanguine sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis* »[1429]. En outre, la Cour de cassation utilise ce principe de précaution lorsqu'elle admet la responsabilité du fabricant de l'hormone de croissance d'origine humaine, à l'origine de la survenance de la maladie de Creutzfeld Jacob[1430]. Selon Jérôme Attard, « […] *il importait peu, pour les juges, qu'à l'époque des faits, la communauté scientifique n'ait pas connu le prion à l'origine de la maladie, ni même établi de corrélation entre celle-ci et l'hormone, puisqu'un rapport, tout en notant que le risque de transmission était faible, avait souligné la nécessité de prendre des précautions dans l'extraction, la purification et la composition de l'hormone de croissance* »[1431].

376. Le principe de précaution est également invoqué dans le cadre de l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile, susceptibles d'émettre des champs électromagnétiques à l'origine d'atteintes à la santé publique[1432]. Dans un premier temps, une recommandation européenne en 1999 fixe les valeurs limites d'exposition du public aux champs

---

[1427] C.E., 24 février 1999, *Société PRO-NAT*, n°192465, *Rec*. p. 1023 ; A. Laude, *RDSS* 2000, p. 67 ; A. Rouyère, *RFDA* 2000, p. 266.
[1428] P. Jourdain, note sous Cass. 2ème civ., 12 avril 1995, *JCP G* 1995, II, 22467.
[1429] J. Moreau, note sous C.E., 26 mai 1995, *JCP G* 1995, II, 22468.
[1430] Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Société Aventis Pasteur MSD*, n°03-19.534, *Bull. civ*. 2006, I, 33, p. 31 ; Note L. Grynbaum, *JCP G* 2006, II, 10082 ; Note L. Neyret, *D*. 2006, p. 1273 ; Note P. Brun, P. Jourdain, *D*. 2006, p.1929 ; Note J. Peigné, *RDSS* 2006, p. 495 ; Note P. Jourdain, *RTD civ*. 2006, p. 325 ; Note B. Bouloc, *RTD com*. 2006, p. 652 ; Note Ch. Radé, *RCA* 2006, §89.
[1431] J. Attard, « Comment faire du principe de précaution un principe d'action préventive ? L'exemple des produits de santé », *LPA* 2007, n°39, p. 15.
[1432] V. à ce sujet : Acad. Natle de Méd., « Les risques des antennes de téléphonie mobile. Mise au point », communiqué, 3 mars 2009 ; Afsset, *Rapport d'expertise collective relative aux radiofréquences*, octobre 2009, 469 p. ; Acad. Natle de Méd., Académie des sciences, Académie des technologies, « Réduire l'exposition aux ondes des antennes-relais n'est pas justifié scientifiquement », communiqué, 17 décembre 2009.

électromagnétiques[1433]. Dans un second temps, le décret du 3 mai 2012 transpose ces dispositions dans l'ordre juridique français[1434]. L'implantation des antennes relais soulève la question de l'application du principe de précaution. En effet, selon le rapporteur public, Damien Botteghi, « *s'agissant spécifiquement des antennes relais, il ne faut pas non plus refuser de reconnaître qu'il existe un débat et que si, en l'état actuel des connaissances scientifiques, des risques suffisamment sérieux ne semblent pas établis, l'avenir peut modifier la situation* »[1435]. Ainsi, depuis 2010, il est devenu courant que les autorisations d'urbanisme soient confrontées au principe de précaution, tel que défini par l'article 5 de la Charte de l'environnement[1436]. Le 1er février 2012, le Conseil d'Etat considère que dans le cadre de ces autorisations, le maire d'une commune peut s'opposer à l'implantation d'une antenne relais, dès lors qu'il apporte la preuve « *d'éléments circonstanciés faisant apparaître en l'état des connaissances scientifiques, des risques, même incertains, de nature à justifier un tel refus* »[1437]. De la même manière, les risques liés aux lignes à haute tension ont fait l'objet de contentieux. Dans une espèce relative à la proximité de lignes à haute tension d'un bétail, il a été rappelé que « *la charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes* »[1438].

377. Plus récemment, il a été déploré le défaut d'application du principe de précaution, suite à la prescription du Benfluorex (MEDIATOR®), médicament dérivé de l'amphétamine, réservé à l'origine aux diabétiques en surcharge pondérale et utilisé comme coupe-faim. L'usage du MEDIATOR® comme anorexigène, hors autorisation de mise sur le marché

[1433] Recommandation n°1999/519/CE du 12 juillet 1999 relative à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques (de 0 Hz à 300 GHz), *JO* n° L 199 du 30/07/1999 p. 0059-0070.

[1434] Décret n°2002-775 du 3 mai 2002 pris en application du 12° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications et relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques émis par les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication ou par les installations radioélectriques, *JO* n°105 du 5 mai 2002, p. 8624.

[1435] D. Botteghi cité par N. Charmeil, « Le paradoxe du principe de précaution : du principe de paralysie au principe paralysé », *JCP A* 2012, n°34, 2275.

[1436] V. C.E., 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, n°328687, *Rec*. p. 333 ; *AJDA* 2010, p. 1453 ; Note J.-B. Dubrulle, *AJDA* 2010, p. 2114 ; Obs. F. G. Trébulle, *D*. 2010, p. 2468 ; Obs. P. Soler-Couteaux, *RDI* 2010, p. 508 ; Note E. Carpentier, *Constitutions* 2010, p. 611.

[1437] C.E., 1er février 2012, *Sté Orange France*, n°344992 ; *AJDA* 2012, p. 183 ; Obs. P. Soler-Couteaux, *RDI* 2012, p. 176 ; C.-A. Dubreuil, *JCP G*, n°7, 13 février 2012, p. 189.

[1438] Cass. 3ème civ., 18 mai 2011, n°10-17.645, *Bull. civ.* 2011, III, n° 80 ; Note M. Boutonnet, *D*. 2011, p. 2089 ; Chron. A.-C. Monge, I. Goanvic, *D*. 2011, p. 2679 ; Obs. I. Gallmeister, *D*. 2011, p. 2089 ; Note P. Jourdain, *RTD civ*. 2011, p. 540.

(AMM), serait à l'origine notamment de valvulopathies aortiques. Le rapport de l'IGAS souligne que « […] *depuis plusieurs années se sont multipliées les prises de position publiques pour dénoncer une hypothétique "tyrannie du principe de précaution". Dans cette affaire comme dans d'autres passées et malheureusement à venir, ce n'est pas l'excès de principe de précaution qui est en cause mais le manque de principe de précaution »*[1439].

Le principe de précaution trouve une application certaine dans le domaine de la santé publique. Il convient, à présent, de déterminer dans quelle mesure il peut être appliqué à la relation thérapeutique.

B. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION À LA RELATION THÉRAPEUTIQUE

378. L'application du principe de précaution à la médecine individuelle ne fait pas l'unanimité. Selon le Conseil d'Etat, « *la mise en œuvre du principe de précaution est le nouveau standard de comportement des responsables de la politique de santé, mais non de l'exercice de la médecine, où il déséquilibrerait le rapport entre le risque et la faute* »[1440]. Le Conseil d'Etat circonscrit donc ce principe au domaine de la santé publique. Certains auteurs, à l'instar de François Ewald, souhaitent que le principe de précaution concerne uniquement l'Etat[1441]. En revanche, d'autres auteurs tels que Gilles Martin, Philippe Kourilsky et Geneviève Viney réfutent cette thèse, le principe de précaution devant s'imposer à tous les décideurs, qu'ils soient publics ou privés[1442]. Il en résulte que « […] *si le principe de précaution n'était conçu à l'origine que comme un principe d'application pour les Etats, il semble actuellement que son évolution conduise à de nouvelles responsabilités pour les décideurs privés qui se trouvent concernés, non pas passivement comme récepteurs, mais activement, comme acteurs, par ce principe. En présence d'un doute, d'une incertitude scientifique, il leur appartient de surseoir et de prendre en considération le risque* »[1443].

[1439] A. C. Bensadon, E. Marie, A. Morelle, *Enquête sur le MEDIATOR. Synthèse*, IGAS, janvier 2011, p. 14.
[1440] C.E., *Rapport public 1998. Réflexions sur le droit de la santé, op. cit.*, 549 p.
[1441] F. Ewald, « La précaution, une responsabilité de l'Etat, *Le Monde*, 11 mars 2000 ; V. J. Attard, « Comment faire du principe de précaution un principe d'action préventive ? L'exemple des produits de santé », *op. cit.* ; F. Ewald, « Le principe de précaution entre responsabilité et politique », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2000, 184, p. 881-896 : le principe de précaution « *relève d'une responsabilité de l'Etat, qui est seul maître de son déclenchement comme des moyens de sa mise en œuvre* »
[1442] G. J. Martin, « Apparition et définition du principe de précaution », *LPA* 2000, p. 6 ; P. Kourilsky, G. Viney, *Le principe de précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 143 : « […] *le principe de précaution doit s'imposer à tous les "décideurs", c'est-à-dire à toute personne qui a le pouvoir de déclencher ou d'arrêter une activité susceptible de présenter un risque pour autrui* »
[1443] L. Lanoy, « Le principe de précaution : dernières évolutions et perspectives », *BDEI* 2011, p. 2.

379. Dès lors, ces décideurs privés peuvent être des médecins qui, dans leur activité médicale quotidienne, sont confrontés aux risques. Ainsi, selon Pierre Sargos, il ne fait aucun doute que le principe de précaution doive s'appliquer au colloque singulier. Il souligne, à cet effet, que « *sous cette acception de norme générale de comportement, aussi bien dans son aspect classique que prospectif, le principe de précaution doit s'appliquer dans les relations du patient et de son médecin* »[1444]. De même, Patrick Grosieux considère que « *la médecine pratiquée doit s'inscrire dans cette culture de veille, de doute, de jugement critique qui caractérise la précaution* »[1445]. Bernard Glorion, Président de l'Ordre des médecins de 1993 à 2001, remarque d'ailleurs que le Code de déontologie médicale est parsemé de formulations qui appartiennent au domaine de la précaution, à l'instar de « *le médecin doit* […] » ou « *le médecin ne doit pas* […] ». Il souligne que « *cette incitation à la prudence, à la diligence, est l'expression d'une précaution permanente face à des risques qui ne sont ni répétés, ni rappelés tant ils font partie intrinsèque de notre activité quotidienne* »[1446].

La notion de précaution concernerait des « *comportements de prudence liés aux situations de forte incertitude scientifique ou technique* »[1447]. En d'autres termes, il est admis que « *selon ce principe, le fait d'avoir agi en l'état des connaissances avérées à un temps donné ne suffit pas pour dégager la responsabilité de celui dont l'activité se révélera créatrice de dommages. L'incertitude n'exonère pas la responsabilité, elle la renforce en créant un devoir de prudence* »[1448]. Ce devoir de prudence se traduit par une précaution dans l'élaboration du diagnostic (1) et dans le choix des thérapeutiques (2).

1. <u>La précaution dans l'élaboration du diagnostic</u>

380. Pour certains auteurs, à l'instar de Pierre Sargos, il ne fait aucun doute que la précaution du médecin ne constitue rien d'autre que la prudence avec laquelle il agit de manière à éviter les risques[1449]. Le principe de précaution se traduit par la prudence avec laquelle un médecin élabore son diagnostic. Ainsi, l'article 33 du Code de déontologie médicale dispose que « *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*

[1444] P. Sargos, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *op. cit*.
[1445] P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, *op. cit*., p. 52.
[1446] B. Glorion, « Principe de précaution et code de déontologie », *Bull. Acad. Natle Méd.* 2000, n°184, p. 897-904.
[1447] P. Lascoumes, « La précaution, un nouveau standard de jugement », *Esprit*, octobre 1997, p. 129 et s.
[1448] *Ibid*.
[1449] P. Sargos, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *op. cit*.

méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ». En outre, l'article 32 du même Code rappelle que doivent être délivrés aux patients « *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* ».

Le 27 novembre 2008, la Cour de cassation est venue rappeler le caractère obligatoire du recours à l'aide de tiers compétents ou de concours appropriés : « *en présence d'un doute diagnostique,* […] *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* »[1450]. L'affaire concernait un enfant né avec une agénésie de l'avant-bras droit et de la main droite. Les parents de l'enfant ont formé une demande d'indemnisation contre le médecin radiologue pour réparation du préjudice subi. Le praticien, demeuré dans l'incertitude suite aux précédents examens, avait effectué une échographie de contrôle sans détecter de malformation. En proie à un doute, il lui appartenait de solliciter un avis ou des concours appropriés afin de poser avec précaution un diagnostic.

381. Le principe de précaution se manifeste également au travers de l'obligation d'information qui incombe aux médecins. Ainsi, le médecin doit informer le patient de l'ensemble des risques inhérents à un acte médical. Il en résulte qu'en vertu de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, « *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. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* ». Selon Christine Noiville, « *l'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin* » s'inscrit « *dans cette culture de veille, de doute, de jugement critique, qui doit caractériser toute démarche scientifique* »[1451]. Dès lors, la prudence avec laquelle le médecin dispense l'information au patient comprend également la constitution de preuves attestant qu'il a bien rempli son obligation d'information. Cette preuve peut être apportée par tous moyens. Ainsi, les juges ont considéré, dans une espèce, « *que les nombreuses consultations démontraient le*

[1450] Cass. 1ère civ., 27 novembre 2008, n°07-15.963, *Bull. civ*. 2008, I, n°273 ; Note J. Penneau, *D*. 2009, p. 1302.
[1451] C. Noiville, « L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin », *LPA* 1999, n°89, p. 12.

soin que le chirurgien avait pris pour analyser avec la patiente, en lien avec le médecin traitant, l'ensemble des éléments de nature à fonder un choix éclairé »[1452]. Par conséquent, la responsabilité du chirurgien pour défaut d'information n'a pas été retenue.

382. Enfin, à l'instar de Pierre Sargos, il peut être considéré que le principe de précaution trouve également une application dans le développement de la médecine prédictive[1453], qui désigne l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne aux fins de prédire les maladies auxquelles son patrimoine génétique l'expose dans le futur. Bertrand Mathieu souligne avec justesse les implications de cette médecine : *« à supposer que le principe de précaution s'applique aux générations futures, le développement de la médecine prédictive est susceptible de faire peser sur le médecin une responsabilité quant à la qualité de l'espèce humaine et à interdire les recherches pouvant conduire soit à faire peser des menaces sur l'espèce humaine, soit à réduire la diversité génétique* »[1454].

Suite à l'élaboration du diagnostic, le médecin est également tenu à un devoir de prudence dans le choix des thérapeutiques.

2. <u>La précaution dans le choix des thérapeutiques</u>

383. Le médecin est tenu à une obligation de soins, au sens des articles 7 et 9 du Code de déontologie médicale. Cependant, toute action médicale comporte des dangers. Ainsi, Christine Noiville souligne que le principe de précaution « […] *traduirait le souci de nos sociétés de se prémunir à tout prix contre n'importe quel risque alors que la prise de risque est consubstantielle aux activités humaines, activités de santé comprises* […] »[1455]. De même, Gilles Martin affirme que « *ce principe de précaution nous paraît imposer un devoir que l'on serait tenté d'appeler de prévision de l'imprévisible, ou plus exactement du peu prévisible* »[1456].

[1452] Cass. 1ère civ., 12 juin 2012, n°11-18.928, *Bull. civ*. 2012 ; Note C. Caillé, *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, 27 juin 2012.
[1453] Art. L. 1131-1 à 3 du CSP ; Art. R. 1131-1 et s. du CSP.
[1454] B. Mathieu, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.* 1999, n°41, p. 451-456.
[1455] Ch. Noiville, « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », *Lex Electronica*, 2008, vol. 13, n°2, 2008.
[1456] G. Martin, « Précaution et évolution du droit », *in Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Éd. de la MSH et Inra-Éditions, 1997, p. 331-351.

384. Pour autant, si la prise de risque est inéluctable, elle ne peut être nuisible au patient, ce qui est rappelé par le principe « *Primum non nocere* »[1457]. Maurice Tubiana, membre de l'Académie nationale de médecine, rappelle que « *dans les soins, toute décision est fondée sur les relations entre le coût (les dangers induits par le traitement) et le bénéfice (l'effet thérapeutique). Il est aussi nuisible de surestimer le coût, c'est-à-dire les risques que de les sous-estimer* »[1458]. Ce rapport bénéfices/risques est consacré par l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique qui dispose que « *toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnées par rapport au bénéfice escompté* ». Le Code de la santé publique contient d'autres dispositions qui rappellent ce rapport bénéfices/risques. Tel est le cas de l'article L. 1211-6 qui prohibe l'utilisation à des fins thérapeutiques d'éléments et produits du corps humain, « *si le risque mesurable en l'état des connaissances scientifiques et médicales couru par le receveur potentiel est supérieur à l'avantage escompté pour celui-ci* ».

Si le médecin peut faire courir un risque à son patient, ce risque doit donc être contrebalancé par le bénéfice escompté pour le patient. L'équilibre des bénéfices et des risques est apprécié au regard des données acquises de la science. Ainsi, le principe de précaution nécessite une obligation d'évaluation des risques qui « *doit nécessairement s'opérer antérieurement à la prise de décision et impliquer une comparaison entre différentes options afin de dégager le parti le moins risqué* »[1459]. Selon Pierre Sargos, le principe de précaution qui gouverne l'activité médicale se décline en devoir de prudence et de diligence qui incombe à tout médecin[1460]. A ce titre, il se réfère à l'arrêt Hyacinthe Boulanger qui considère qu'« *il est des règles générales de bon sens et de prudence auxquelles on doit se conformer avant tout* »[1461] et cite, par ailleurs, l'arrêt Mercier qui prescrit au médecin de délivrer des « *soins consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles,*

[1457] Traduire « *Primum non nocere* » par « *d'abord, ne pas nuire* ».
[1458] M. Tubiana, « Le principe de précaution : ses avantages et ses risques », *Bull. Acad. Natle. Méd.* 2000, n°184, p. 969-994.
[1459] M. Deguergue, « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *Revue juridique de l'environnement (numéro spécial) sur Le Principe de précaution*, 2000, p. 109.
[1460] P. Sargos, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *op. cit.* : « *Or le bon sens et la prudence ne sont-ils pas les composantes de la précaution ?* » ;
[1461] Cass. civ., *Hyacinthe Boulanger*, 21 juillet 1862, *S.* 1862, 1, p. 817.

conformes aux données acquises de la science »[1462]. A titre d'illustration, le 25 mai 1983, l'arrêt Wargnier sanctionne un médecin qui, par un défaut de précaution, a sectionné le nerf sciatique d'un patient[1463].

385. Le médecin étant tenu à une obligation de soins, se pose nécessairement la question de la prescription d'un médicament qui n'a pas reçu l'autorisation de mise sur le marché (AMM) et que le médecin sait pouvoir répondre parfaitement aux besoins cliniques de son patient. D'emblée, il convient d'établir une distinction entre le mésusage d'un médicament qui désigne « *l'utilisation d'un médicament non conforme aux recommandations des caractéristiques du produit* […] »[1464] et la prescription hors autorisation sur le marché qui résulte « […] *d'une décision volontaire du praticien d'utiliser un produit en dehors de ses indications thérapeutiques officielles pour la recherche d'un effet bénéfique chez le patient. Dans ce cas, le praticien doit s'appuyer sur les données de la littérature scientifique* »[1465].

Dans le cadre d'une prescription hors AMM, « […] *la précaution consiste non pas à s'abstenir, mais à faire appel à un traitement ou à un médicament non encore validé, mais dont certains indices raisonnables font penser qu'il peut être efficace* »[1466]. Certes, le médecin dispose d'une liberté de prescription, au sens des articles R. 4127-8 du Code de la santé publique et L. 162-2 du Code de la sécurité sociale. Cependant, la prescription d'une spécialité pharmaceutique ne disposant pas d'une autorisation de mise sur le marché est encadrée par les articles L. 162-4 et R. 162-1-7 du Code de la sécurité sociale. Elle est uniquement envisageable, compte tenu de l'intérêt procuré au patient. Le Code de la sécurité reconnaît la pratique des prescriptions hors AMM en milieu hospitalier, dans le cadre des contrats de bon usage des médicaments, des produits et des prestations[1467] et des protocoles thérapeutiques temporaires[1468]. En l'absence de protocoles thérapeutiques temporaires (PTT), la prescription hors AMM est reconnue légalement. En effet, la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé insère

---

[1462] Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ époux Mercier* ; Rapp. L. Josserand, concl. P. Matter, note E. P., *D.* 1936, 1, p. 88 ; Note A. Breton, *S.* 1937, I, p. 321 ; Concl. P. Matter, *Gaz. Pal.*, 1936, 2, p. 41 ; *JCP* 1936, 1079 ; Obs. R. Demogue, *RTD civ.* 1936, p. 691.
[1463] Cass. 1ère civ., 25 mai 1983, *Bull. civ.* I, n°55 ; V. P. Sargos, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *op. cit.*
[1464] M.-T. Hermange, *Médiator : évaluation et contrôle des médicaments*, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information, enregistré à la présidence du Sénat, 28 juin 2011, p. 36.
[1465] *Ibid.*
[1466] P. Sargos, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *op. cit.*
[1467] Art. L. 162-22-7 du CSS.
[1468] AFSSAPS, INCA, HAS, *Méthodologie générale d'élaboration des protocoles thérapeutiques "hors GHS"*, 10 janvier 2007.

dans le Code de la santé publique un nouvel article L. 5121-12-1 relatif à la prescription hors AMM[1469]. Cet article dispose que de manière temporaire et en l'absence d'alternative thérapeutique, la prescription d'une spécialité pharmaceutique en dehors du champ de son AMM peut notamment être autorisée lorsque « […] *le prescripteur juge indispensable, au regard des données acquises de la science, le recours à cette spécialité pour améliorer ou stabiliser l'état clinique du patient* ». A cet effet, le médecin est tenu d'informer le patient de cette prescription hors AMM. Il doit également indiquer sa motivation dans le dossier médical du patient et inscrire sur l'ordonnance la mention « *hors AMM* ».

Le médecin prescripteur doit donc veiller à effectuer un choix proportionné en établissant une évaluation du bénéfice de la prescription d'un médicament hors AMM par rapport aux risques qui pourraient être occasionnés par cette prescription. En effet, l'article 8 du Code de déontologie médicale prévoit que le médecin « […] *doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins* », l'article 40 du Code de déontologie médicale dispose que « *le médecin doit s'interdire dans les investigations qu'il pratique, comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit de faire courir au patient un risque injustifié* » et l'article 39 du Code de déontologie médicale prohibe la prescription d'« […] *un remède ou (un) procédé illusoire insuffisamment éprouvé* ».

386. Dans le domaine disciplinaire, « […] *l'analyse du contentieux* […] *met en évidence que ce type de prescription non conforme aux données acquises de la science a donné lieu en règle générale à la sanction de l'interdiction d'exercer comprise entre trois et six mois* »[1470]. En revanche, dans le domaine judiciaire, la Cour de cassation ne retient pas la responsabilité d'un médecin, prescripteur d'un traitement au motif que ce dernier « […] *était reconnu pour son efficacité en cas de dysérection, et* […] *s'il s'accompagnait de complications connues, il n'était cependant pas établi que les données de la science ne puissent y remédier* »[1471]. De même, dans une autre espèce, elle considère que les médecins « *ne s'étaient pas livrés à une recherche hasardeuse ou à une expérimentation isolée, mais qu'ils avaient appliqué un traitement innovant, pratiqué dans les milieux hospitaliers, et dont les effets indésirables n'étaient pas encore connus, qu'en outre, le recours à la nucléorthèse avait été décidée comme traitement alternatif, compte tenu de l'absence de traitement chirurgical indiqué et de*

[1469] Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011, *préc.*
[1470] Anne Laude, « Le contentieux des "coupe-faim" », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2011, n°155, p.16.
[1471] Cass. 1ère civ., 18 septembre 2008, n°07-15.427.

l'échec du traitement médical classique déjà suivi, la cour d'appel a pu en déduire que ce choix de prescription, eu égard au contexte des connaissances acquises de l'époque, ne constituait pas une faute »[1472].

387. En outre, le principe de précaution trouve une application dans le suivi du médecin de son patient. Ainsi, dans le cadre du contentieux des coupe-faim, le professeur Anne Laude souligne que « *la responsabilité disciplinaire* […] *concerne également le manque de précaution dans le suivi du patient avant et après la prescription* »[1473]. Elle précise qu'il en résulte que la responsabilité d'un praticien peut être recherchée lorsque font défaut, dans le cadre d'un traitement amaigrissant, « *des examens préalables, des précautions d'emploi et une surveillance biologique pour la durée du traitement* »[1474].

388. L'application du principe de précaution dans le domaine de la santé publique semble incontestable. Dans la relation thérapeutique, l'obligation de précaution qui incombe au corps médical pourrait faire naître de nouvelles responsabilités[1475]. Par crainte d'une mise en cause de sa responsabilité, le médecin pourrait faire une application abusive du principe de précaution qui conduirait à l'adoption de ce que Didier Tabuteau nomme la « *précaution inutile* »[1476]. Reprenant l'interrogation d'Olivier Godard - « *la précaution lorsqu'elle devient Principe se range-t-elle du côté d'une éthique de la Peur ou d'une affirmation de la raison* ? »[1477], Patrick Grosieux considère que « *la précaution se range* […] *actuellement, de façon inéluctable du côté d'une éthique de la peur* ». Dès lors, il nous est permis d'envisager les conséquences d'une application abusive du principe de précaution à la pratique médicale.

§2. L'utilisation abusive du principe de précaution par le corps médical

[1472] Cass. 1ère civ., 11 décembre 2008, n°08-10.255.
[1473] Anne Laude, « Le contentieux des "coupe-faim" », *op. cit.*, p. 17.
[1474] *Ibid*.
[1475] V. C. Sintez, « La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes », Université de Montréal, Thèse de doctorat : droit, décembre 2009, spéc. p. 65 ; E. Gaftarnik, « La responsabilité civile à l'épreuve du principe de précaution », *LPA*, 13 mars 2006, n°51, p. 3
[1476] D. Tabuteau, *La sécurité sanitaire*, 1ère éd., Paris, Berger-Levrault, 1994, p. 80.
[1477] O. Godard, « L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision », *op. cit*, p. 25.

389. Face à une procédure de responsabilité médicale vécue ou crainte, le médecin est amené à réfléchir à la nécessité de transformer sa pratique médicale pour se prémunir du risque de procès[1478]. Jean Penneau considère ainsi que « *nous évoluons en pleine incohérence et le médecin est guidé dans son action non plus par la science, mais par le poids des réactions incompétentes de la jurisprudence dont les prises de positions irraisonnées et passionnelles risquent, par ce biais, de nuire au malade qu'elles entendent protéger* »[1479].

En d'autres termes, l'utilisation du principe de précaution « […] *tend alors à fonctionner comme un paravent contre le risque de mise en cause du décideur* […] »[1480], en l'espèce le corps médical. Le rapport public de 2005 soulignait que « *le principe de précaution, pour être viable, doit être compris de façon raisonnable et réaliste, et conçu comme un principe d'action plus que d'abstention ou d'inaction* »[1481]. En effet, la peur du droit que le professeur Gérard Mémeteau traduit par l'idée de « *médecine effrayée* »[1482] conduit à une modification de la pratique médicale. Déjà en 2003, le professeur Jean Langlois soulignait que « *le risque serait que les médecins en viennent à privilégier une médecine défensive davantage axée sur leur propre protection que sur la santé des patients* »[1483]. De même, dans une étude menée en 2009 sur la médecine de l'hémophilie, Emmanuelle Fillon démontrait l'altération de la pratique médicale à l'aune des procédures contentieuses[1484].

390. Cette modification de la pratique médicale, guidée par la peur d'un procès, se manifeste au travers la notion de « *médecine défensive* », définie par l'American Medical Association (AMA), comme « […] *une altération des modalités de la pratique médicale, induite par la menace de la responsabilité, dont la principale finalité est d'écarter l'éventualité des poursuites par les patients comme de fournir une défense juridique solide dans l'hypothèse où de telles poursuites seraient engagées* »[1485]. Des études américaines font

---

[1478] M. Biancucci, « Les ajustements de la technique médicale face aux règles de droit », *op. cit.*
[1479] J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, L.G.D.J, 1973, p. 76.
[1480] P. Lascoumes, « La Précaution, un nouveau standard de jugement », *op. cit.*, p. 130.
[1481] C.E., *Rapport public 2005. Responsabilité et socialisation du risque*, Paris, la Documentation française, mars 2005, p. 337.
[1482] G. Mémeteau, « Des médecins qui avaient peur du droit », *op. cit.*, p. 3.
[1483] J. Langlois cité par ENA, *Les politiques de santé*, séminaire, groupe n°14 - Ethique et déontologie de la santé, juillet 2003, p. 37.
[1484] E. Fillion, « Que font les scandales ? La médecine de l'hémophilie à l'épreuve du sang contaminé », *Politix*, 2005, vol. 3, n°71, p. 191-214.
[1485] Opinions and reports of judicial counsel of AMA, section 5 : 71, Introduction, défensive, médicine, §1 : 6, p. 18-20 ; V. P.-E. Desplats, N. Favrolt, Laurent Gerbaud, Thierry Faict, « L'influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Quand Esculape craint Thémis », *RGDM* 2008, n°28, p. 136.

référence à cette notion. Ainsi Danzon définit les pratiques de médecine défensive comme « *des actes ou des omissions qui n'auraient pas été réalisés en l'absence de craintes relatives au risque médical* »[1486]. Selon De Ville, la médecine défensive consiste en « *une action ou une décision clinique motivée entièrement ou partiellement par le désir de se protéger soi-même d'une poursuite en responsabilité médicale ou par la volonté de l'utiliser comme défense si une telle poursuite survenait* »[1487].

Des études françaises font également usage de cette notion. Selon Janine Barbot et Emmanuelle Fillion, la médecine défensive désigne « […] *une médecine de l'évitement dans laquelle la préoccupation des médecins consiste davantage à se prémunir contre le risque judiciaire qu'à dispenser des soins appropriés à leurs malades* »[1488]. L'introduction du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé soulignait déjà l'inquiétude des praticiens et des hôpitaux face au « […] *développement d'une médecine "défensive" qui ne serait pas dans l'intérêt des malades* »[1489]. Dans le cadre d'une étude menée en 2011 auprès d'un groupe constitué de quatorze praticiens exerçant la médecine générale ou la gynécologie médicale, Matthieu Biancucci souligne que « *leur spécialité implique un rapport éloigné avec le risque de procédure et aucun d'entre eux n'a vu sa responsabilité mise en cause. Néanmoins, ils la redoutent pour l'avenir. Aussi, bien qu'ils aient la possibilité de transférer des patients à leurs confrères, ce qui diminue leur responsabilité et le risque d'être poursuivis, leur sentiment d'être exposé affecte leur technique : ils expliquent qu'ils font davantage d'examens, qu'ils ont cessé de pratiquer certains actes* »[1490].

Aussi envisagerons-nous, d'une part, l'abstention comme un paravent contre le procès (A) et, d'autre part, l'action comme une tentative d'échapper au procès (B).

A. L'ABSTENTION, PARAVENT CONTRE LE PROCÈS

[1486] P. Danzon, *Medical Malpractice, Theory, Evidence and Public Policy*, Harvard University Press, Cambridge and London.
[1487] K. De Ville, « Act first and look up the law afterward ? : Medical malpractice and the Ethics of défensive médicine, *Theorical Medicine and bioethics*, n°19, 1998.
[1488] J. Barbot, E. Fillion, « La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès », *op. cit.*, p. 8.
[1489] C. Evin, B. Charles et J.-J. Denis, *Rapport sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (n°3258)*, au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, n°3263, 28 septembre 2001, p. 7.
[1490] M. Biancucci, « Les ajustements de la technique médicale face aux règles de droit », *op. cit.*, p. 377.

391. Le développement d'une « *médecine défensive négative* » pourrait constituer une première tentative de rempart contre le procès et, par conséquent, engendrer une certaine paralysie de l'activité médicale. L'American Medical Association la définit par le fait qu'« *un médecin refuse de conduire un protocole ou de réaliser un test par crainte de poursuites ultérieures* »[1491]. Cette médecine défensive négative intervient dans un contexte d'exigence croissante des patients d'« *un risque zéro* ». Ainsi, Louis René soulignait avec justesse qu'une « *vulgarisation systématiquement optimiste des progrès chirurgicaux a fait perdre, à certains de nos contemporains, cette notion même du risque inhérent malheureusement à toute entreprise chirurgicale pour ne laisser, en cas d'échec, que le doute sur l'erreur, voire sur la faute ou sur la malfaçon génératrice de responsabilités juridiques qu'il faut bien distinguer de la responsabilité morale* »[1492].

Selon Patrick Grosieux[1493], par une utilisation abusive du principe de précaution, « *la menace de paralysie existe dès que ce principe est invoqué dans le but de garantir une sécurité absolue* ». De même, Jean-Simon Cayla émet une remarque révélatrice des risques induits par une utilisation abusive de ce principe : « *la précaution, faute d'une connaissance suffisante pour agir sur les facteurs de risque, peut conduire à supprimer inutilement une activité utile, son objet n'étant pas de s'attaquer à la cause mais à ce qui est supposé faire naître le risque* »[1494]. Cette médecine défensive négative se manifeste, d'une part, par l'arrêt de la pratique de certains actes médicaux (1) et, d'autre part, par la désaffection de certaines modalités d'exercice et de spécialités (2).

1. <u>L'arrêt de la pratique de certains actes médicaux</u>

392. Déjà en 1993, la jurisprudence Bianchi[1495] suscitait des interrogations sur les risques judiciaires encourus par la pratique de certains actes. En l'espèce, il s'agissait d'une artériographie vertébrale, acte d'investigation médicale, suite à laquelle un patient s'est réveillé tétraplégique. Bien que l'expert conclut à une absence de faute de l'hôpital dans la réalisation de l'artériographie, le Conseil d'Etat engage la responsabilité de l'hôpital et le condamne à la réparation de l'aléa thérapeutique, sur la base d'une responsabilité sans faute

---

[1491] Opinions and reports of judicial counsel of AMA, note 667.
[1492] L. René, « Risque et responsabilité en chirurgie » *in Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Paris, Fayard, 1968, p. 212 ; P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, *op. cit.*, p. 254.
[1493] P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, *op. cit.*, p. 28.
[1494] J.-S. Cayla, « Le principe de précaution, fondement de la sécurité sanitaire », *RDSS* 1998, p. 493.
[1495] C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *Rec*. p. 126 ; Concl. S. Daël, *RFDA* 1993, p. 573 ; Note M. Paillet, *RD publ*. 1993, p. 1099 ; Chron. C. Maugüé, L. Touvet, *AJDA* 1993, p. 344 ; Note J. Moreau, *JCP G* 1993, II, 22061 ; J.-M. de Forges, *RDSS* 1994, p. 108.

de l'administration : « *lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité* ». Georges Dupuis et Marie-Josée Guédon soulignaient alors que « *l'interprétation de cette jurisprudence posera divers problèmes d'ordre médical et juridique, et les hôpitaux peuvent, dès lors, être incités à éviter les actes à risques* »[1496]. D'ailleurs, en 1997, le Conseil d'Etat pose le principe de réparation de l'aléa thérapeutique aux actes à finalité non thérapeutique, en l'espèce une circoncision rituelle[1497]. La loi du 4 mars 2002 met fin à cette jurisprudence en positionnant la faute au cœur du système de responsabilité médicale, par l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique : « *hors des cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, 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 individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont pas responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* ». Dès lors, en l'absence de faute, ce même article admet l'indemnisation des accidents médicaux au titre de la solidarité nationale.

393. Plus récemment, la médecine fœtale a été particulièrement touchée par ce phénomène de médecine défensive. Marie-Laure Fortuné-Cavalié affirme avec justesse qu'« *en portant régulièrement à la connaissance du grand public les progrès supposés ou réels de la médecine, les médias font naître des espoirs excessifs et la naissance d'un enfant handicapé n'apparaît plus comme un tribu payé à la nature mais comme le résultat d'une faute commise par les différents "intervenants", parties à la naissance, auxquels ne sont reconnus ni droit à hésitation, ni droit à l'erreur* »[1498]. Ainsi, en 2002, le professeur Roger Henrion, membre de l'Académie de médecine, alertait sur les conséquences de la jurisprudence Perruche. Il soulignait que « […] *l'arrêt Perruche marque une étape*

[1496] G. Dupuis, M.-J. Guédon, *Droit administratif*, 4ème éd., Paris, Armand Colin, 1993, p. 483.

[1497] C.E., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n°153686, *Rec*. p. 412 ; Note P. Chrestia, *D*. 1998, p. 146 ; Obs. P. Bon, D. de Béchillon, *D*. 1999, somm. p. 45 ; Note J.-M. Auby, *RD publ*. 1998, p. 891 ; Chron. T.-X. Girardot, F. Raynaud, *AJDA* 1997, p. 959 ; Concl. V. Pécresse, *RFDA* 1998, p. 90 ; Obs. C. Clément, *RDSS* 1998, p. 519.

[1498] M.-L. Fortuné-Cavalié, « Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé : vers "l'œuf transparent" ? », *Méd. et Dr.* 1998, n°33, p. 17.

considérable dans l'histoire du diagnostic médical. En effet, cet arrêt de la Cour de cassation va inciter les gynécologues obstétriciens à prendre des garanties et à appliquer le sacro-saint principe de précaution au fœtus humain. De nombreux praticiens préféreront certainement préconiser un avortement, ou en accepter le principe, plutôt que de prendre le risque de voir naître un enfant handicapé »[1499].

394. En 2005, une étude relative à l'échographie prénatale, consécutive à l'arrêt Perruche, a été menée auprès de gynécologues obstétriciens et d'échographistes. Les auteurs évoquent « *l'arrêt de la pratique de l'échographie fœtale* » comme conséquence de l'arrêt Perruche[1500]. Ainsi, l'enquête révèle que 11 % des 147 médecins ayant répondu au questionnaire ont arrêté l'échographie fœtale[1501]. De même, 31 % des médecins répondants affirment qu'ils auraient cessé leur pratique sans la promulgation de la loi du 4 mars qui met fin en son article 1 à la « *jurisprudence Perruche* »[1502]. Interrogé lors de cette enquête, le Président des échographistes souligne que « *le phénomène de l'arrêt est difficile à quantifier. Dans certains départements, il y a eu un moment où il n'y avait plus personne. Certaines patientes devaient donc aller dans les départements voisins, plusieurs praticiens ne conservant que le versant gynécologique de leur activité* »[1503]. Le Président du syndicat des échographistes ajoute que « *parmi les radiologues, qui faisaient moins de 30 % d'échographies obstétricales dans leur activité globale, il y a eu un taux d'arrêt de 50 %. C'est également le cas chez les obstétriciens pratiquant l'échographie* »[1504]. Cette même enquête cite les propos d'un médecin généraliste spécialisé dans l'échographie fœtale selon lequel « *l'affaire Perruche a complètement bouleversé notre pratique du fait de la défection de beaucoup de praticiens. Dans la Sarthe, avant Perruche, tous les radiologues, tous les gynécologues faisaient de l'échographie. Après Perruche, tous les radiologues ont arrêté. Ce qui veut dire que, sur à peu près une cinquantaine d'échographistes potentiels, on est tombé à 25* […] *il y a eu une chute brutale du nombre de praticiens faisant de l'échographie. C'est vraiment l'arrêt Perruche qui a été la cause de cette cessation d'activité* »[1505].

[1499] R. Henrion, « Diagnostic prénatal et handicap. Y a-t-il un avant et un après Perruche ? », Intervention, ONM, Seizième jeudi de l'Ordre, 26 sept. 2002, p. 7.
[1500] D. Moyse, N. Diedrich, « L'échographie prénatale après l'arrêt Perruche », *Etudes*, 2005/4, t. 402, p. 483-493.
[1501] D. Moyse, N. Diedrich, *L'impact de l'arrêt Perruche sur les échographistes et les gynécologues obstétriciens*, Centre d'études des mouvements sociaux, Paris, Mission de recherche Droit et justice, janvier 2005, p. 5.
[1502] *Ibid*.
[1503] *Id.*, p. 7.
[1504] *Ibid*.
[1505] D. Moyse, N. Diedrich, « L'échographie prénatale après l'arrêt Perruche », *op. cit.*, p. 486.

Enfin, dans une étude menée en 2006 auprès de 186 médecins échographistes pratiquant des échographies prénatales, les auteurs mettent en exergue des « *modifications des pratiques des acteurs de la médecine fœtale après l'arrêt perruche et la loi du 4 mars 2002* »[1506]. Ils soulignent que 37 % des répondants ont abandonné une partie de leur activité. Parmi eux, 60 % déclarent pratiquer moins d'échographies du second trimestre et 45 % affirment avoir limité celle du troisième trimestre[1507].

Parallèlement à l'arrêt de certains actes médicaux, certaines modalités d'exercice et certaines spécialités sont délaissées.

2. La désaffection de certaines modalités d'exercice et de spécialités

395. Dans son Atlas de la démographie médicale française 2011, le Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM) met en exergue la désaffection de l'exercice libéral au profit du salariat[1508]. En effet, au cours de l'année 2010, le CNOM a reçu 5 392 nouvelles inscriptions parmi lesquelles seules 9,4 % concernaient l'exercice libéral. Différentes raisons peuvent être avancées. La désaffection de la médecine libérale peut résulter d'un refus des lourdeurs administratives et de la gestion financière du cabinet. Elle peut également naître de la distinction en matière de couverture assurantielle, les médecins salariés hospitaliers bénéficiant de l'assurance de leur établissement, sauf en cas de faute personnelle. Dans ce même Atlas 2011, le CNOM souligne que « *903 médecins ont décidé de dévisser leur plaque alors qu'ils exerçaient leur profession en secteur libéral, en activité régulière, et ce, depuis une vingtaine d'années* ». Parmi les motifs invoqués par ces médecins, « *une patientèle trop exigeante* » et une « *judiciarisation* »[1509].

396. Par ailleurs, force est de constater que certaines spécialités connaissent une désaffection. Tel est le cas de la chirurgie. Dans leur rapport présenté en 2003, Jacques Domergue et Henri Giudicelli exposent les raisons de la crise de la chirurgie parmi lesquelles l'exposition des médecins « […] *aux risques du métier source d'une judiciarisation mal*

[1506] N. Léticée, M.-L. Moutard, Y. Ville, « Modifications des pratiques des acteurs de la médecine fœtale après l'arrêt Perruche et la loi du 4 mars 2002, *J. Gynécol. Obstét. Biol. Reprod.* 2006, n°35, p. 257-264.
[1507] *Id.*, p. 261.
[1508] P. Romestang, *Atlas de la démographie médicale française*, ONM, 2011, 25 p.
[1509] *Id.*, p. 74-75.

vécue par les chirurgiens »[1510]. Ils ajoutent que « *cette évolution vers la judiciarisation de la profession augmente la pression psychologique des chirurgiens* »[1511]. Dans une étude relative aux « *conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale* », Jacques Lansac et Michel Sabouraud soulignent qu'à l'issue des épreuves classantes nationales (ECN) de 2004, la spécialité de chirurgie, au même titre que la gynécologie obstétrique, a été choisie en ultime choix par les étudiants en médecine[1512]. En 2010, la chirurgie générale, la stomatologie et la neurochirurgie n'ont pas pourvu l'ensemble de leurs postes qui demeurent disponibles jusqu'à 55 % du classement[1513].

En 2011, une étude sur l'affectation des étudiants, à l'issue des ECN, corrobore cette idée puisque la chirurgie générale, la neurochirurgie et la chirurgie orale pourvoient tardivement l'ensemble de leurs postes, au maximum au 4 182ème rang de l'étudiant, c'est-à-dire lorsque 58 % des étudiants sont déjà affectés à d'autres disciplines. Un constat similaire peut être posé pour la gynécologie-obstétrique, qui pourvoit l'ensemble de ses postes alors que 53 % des étudiants sont déjà affectés[1514].

Mais le principe de précaution ne signifie pas nécessairement le renoncement à l'action. Le médecin peut également privilégier l'action comme précaution aux fins de se prémunir contre tout risque judiciaire.

[1510] J. Domergue, H. Giudicelli, *La chirurgie française en 2003. Les raisons de la crise et les propositions*, Rapport à l'attention de Jean-François Mattéi, Paris, La Documentation française, p. 13.
[1511] *Id.*, p. 16.
[1512] J. Lansac, M. Sabouraud, « Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale », *op. cit.*, p. 55.
[1513] L. Fauvet, « Les affectations des étudiants en médecine à l'issue des épreuves classantes nationales en 2010, *Etudes et résultats*, DREES, juin 2011, n°767, p. 4.
[1514] *Ibid*.

B. LE PRIVILÈGE DE L'ACTION COMME TENTATIVE D'ÉCHAPPER AU PROCÈS

397. Le développement d'une « *médecine défensive positive* » pourrait constituer une tentative d'échappatoire au procès. L'American Medical Association (AMA) la définit comme : « […] *la réalisation d'un test, d'un protocole diagnostique ou thérapeutique qui ne répondent pas à une justification médicale mais qui veulent en premier lieu (sinon seulement) prévenir ou éluder la menace de la responsabilité médicale* »[1515]. Cette médecine défensive positive se traduit, d'une part, par la pratique d'actes dont la justification médicale apparaît non fondée (1) et, d'autre part, par le respect de l'obligation d'information comme protection contre le risque judiciaire (2).

1. La pratique de certains actes non justifiée médicalement

398. Selon Pierre Loiseau, la médecine défensive positive « […] *multiplie les examens complémentaires sans gain réel sur la pertinence du diagnostic* […] »[1516]. Il ajoute que la médecine défensive positive peut également se manifester par l'envoi systématique aux urgences par des médecins généralistes de patients souffrant de douleurs abdominales[1517]. Le Docteur Jean Marty, secrétaire général du syndicat Syngof, affirme d'ailleurs que les médecins libéraux sont « *incontestablement amenés à faire beaucoup d'examens en vertu du principe de précaution : nous n'avons aucun inconvénient à prescrire beaucoup et aucun avantage à prescrire peu* »[1518]. Il ajoute que « *les médecins libéraux expliquent multiplier les précautions par crainte des poursuites judiciaires* »[1519].

399. Le domaine de la gynécologie-obstétrique est particulièrement touché par le développement de la « *médecine défensive* » et notamment par la pratique de certains actes dont la justification médicale n'est pas toujours fondée. Une étude, menée entre octobre 2002 et octobre 2004, met en exergue les effets de la judiciarisation sur les gynécologues obstétriciens et échographistes[1520], suite à l'arrêt Perruche du 17 novembre 2000[1521]. Dans un

---

[1515] Opinions and reports of judicial counsel of AMA, note 667.
[1516] P. Loiseau, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux Etats-Unis et en France*, Aix-Marseille, PUAM, 2005, p. 258.
[1517] *Id.*, p. 262.
[1518] O. Auguste, « Actes médicaux superflus : la peur des procès », *Le Figaro*, 27 décembre 2010.
[1519] *Ibid*.
[1520] D. Moyse, N. Diedrich, « L'échographie prénatale après l'arrêt Perruche », *op. cit.*, p. 483-493.

premier temps, les auteurs évoquent le développement d'un « *eugénisme de précaution* », qui consisterait en un recours des praticiens à l'interruption médicale de grossesse dès le moindre doute sur l'état du fœtus et donc en dehors des cas d'anomalies graves afin d'éviter toute procédure contentieuse ultérieure[1522]. Dans un entretien accordé à la revue *La vie*, le Président des échographistes, Roger Bessis, déclarait d'ailleurs que « *si les magistrats décident de suivre l'arrêt Perruche, cela signifiera qu'ils nous rendent, nous médecins, responsables des erreurs de la nature* […] *nous serons amenés à ne plus prendre aucun risque. Au moindre doute, on conseillera aux parents un avortement médical, en appliquant le principe de précaution* »[1523]. Si la loi est intervenue en mettant fin à la jurisprudence Perruche[1524], cette question a été relancée dans le cadre du développement des diagnostics prénatal et pré-implantatoire et du dépistage de la trisomie 21[1525]. Selon Didier Sicard, il est incontestable que « *le principe de précaution s'est glissé dans le domaine de l'obstétrique* »[1526]. Il ajoute qu'« *aujourd'hui, vu l'ampleur du dispositif mis en place pour détecter les cas de trisomie 21, un enfant trisomique est considéré comme une erreur médicale, car on ne l'a pas dépisté et on l'a laissé naître* »[1527]. Il existerait donc un risque de dérive vers un eugénisme de précaution, pour se prémunir d'un risque judiciaire suite à la naissance d'un enfant trisomique non dépisté. Il convient toutefois de rappeler que l'encadrement juridique de l'accès aux diagnostics prénataux ainsi que de l'interruption médicale de grossesse constitue, à notre sens, un rempart contre une telle dérive.

En outre, la Fédération hospitalière de France (FHF) recense un taux de césariennes plus élevé dans le secteur privé que public avec un écart pouvant atteindre 9,2% entre un hôpital et une clinique. La motivation financière ne peut être écartée dans l'analyse de ces

---

[1521] Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n°99-13.701, *Bull. ass. plén*. 2000, n°9 ; Note D. Mazeaud, P. Jourdain, *D*. 2001, p. 332 ; Rapp. P. Sargos, *JCP G* 2000, II, 10438 ; Obs. P. Jourdain, *RTD civ*. 2001, p. 103 ; Note P. Murat, *Dr. famille* 2001, comm. 11.

[1522] D. Moyse, N. Diedrich, « L'échographie prénatale après l'arrêt Perruche », *op. cit.*, p. 484.

[1523] C. Legros, « Le diagnostic prénatal en Cour de cassation. L'échographie en danger », *La Vie*, 22 mars 2001, n°2899.

[1524] V. art. L. 111-5 du CASF : « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ».

[1525] Arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21, *JO* n°0152 du 3 juillet 2009, p. 11082 ; Arrêté du 19 février 2010 modifiant l'arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21, *JO* n°0052 du 3 mars 2010, p. 4354 ; Arrêté du 23 juin 2009 relatif à l'information, à la demande et au consentement de la femme enceinte à la réalisation d'une analyse portant sur les marqueurs sériques maternels et à la réalisation du prélèvement et des analyses en vue d'un diagnostic prénatal in utero prévues à l'article R. 2131 du Code de la santé publique, *JO* n°0152 du 3 juillet 2009, p. 11082.

[1526] Auteur inconnu, « Dépistage prénatal : attention à la dérive eugéniste », *Information hospitalière*, 6 février 2012. Consulté sur : *http://www.informationhospitaliere.com/actualite-20356-depistage-prenatal-attention-derive-eugeniste.html*, le 20 août 2012.

[1527] *Ibid*.

différences de pratiques puisque les tarifs d'un accouchement par voie basse et d'une césarienne sont sensiblement différents[1528]. Cependant, une autre analyse de cette tendance peut être proposée. Selon le Docteur Jean Marty, « *si un taux croissant de césariennes est constaté, il est surtout la conséquence de conduites "défensives" des obstétriciens dont la couverture assurantielle est insuffisante* »[1529]. Par conséquent, la FHF évaluant la pertinence des actes médicaux a proposé de « *ne plus rembourser les examens qui ne correspondent pas aux préconisations qui font consensus au sein de la communauté médicale* »[1530].

400. Enfin, la FHF a mis en œuvre en décembre 2009 une commission de réflexion sur la pertinence des actes médicaux. Au-delà du discours relatif à la maîtrise des dépenses de santé, la recherche par certains praticiens d'une meilleure protection par la pratique de certains actes interpelle. La FHF cite plusieurs exemples de non pertinence des soins qui pourraient provenir d'une judiciarisation de la médecine : « *pour le médecin s'exerce la menace grandissante de judiciarisation, qui l'amène à prendre une "couverture médicale" de nature à le préserver d'actions juridiques* »[1531]. Ainsi, plus de 900 000 radiographies simples du crâne sont réalisées chaque année alors même que, selon le professeur René, Président de la commission de réflexion, endocrinologue et Doyen honoraire de la faculté de médecine de Lyon, « *il est aujourd'hui admis par tout le monde que cet examen ne sert à rien en cas de traumatisme crânien* »[1532]. Il ajoute que « […] *la volonté des professionnels de se "mettre à l'abri"*»[1533] pourrait notamment justifier cette dérive.

Cette étude a été renouvelée, en 2012, par l'institut de sondage TNS, à la demande de la FHF, auprès de 800 médecins[1534]. D'une part, cette enquête révèle que 53 % des médecins interrogés partagent la proposition suivante : « *les risques de mise en cause judiciaire ont modifié* (mon) *exercice en incitant à la réalisation d'examens supplémentaires* »[1535]. D'autre part, cette enquête démontre que les médecins libéraux considèrent que 24 actes réalisés sur

---

[1528] « 2 774,75 euros pour un accouchement par voie basse » et « 3 234,21 euros pour une césarienne ». Consulté sur : *http://www.fhp.fr*, le 13 janvier 2012.
[1529] J. Marty, *Lettre ouverte à Jean Léonetti*, cité par « Augmentation des césariennes : un manque d'assurance des obstétriciens », *Journal international de médecine*, 30 décembre 2010.
[1530] *Ibid*.
[1531] Auteur inconnu, « Evaluation de la pertinence des actes », *RHF* 2010, n°537, p. 44.
[1532] Auteur inconnu, « Propositions de la FHF. Revoir la pertinence des actes médicaux », *La Gazette santé social*, 17 décembre 2010.
[1533] *Ibid*.
[1534] FHF, TNS, *Les médecins face aux pratiques d'actes injustifiés*, Enquête médecins, 4 juillet 2012, 10 p. Consulté sur : *http://www.fhf.fr/Informations-Hospitalieres/Actualites/A-la-Une/Sondage-Les-medecins-face-aux-pratiques-d-actes-injustifies*, le 12 juillet 2012.
[1535] *Id*., p. 6.

100 ne sont pas pleinement justifiés. Pour les médecins hospitaliers, il s'agit de 26 actes et pour les médecins généralistes libéraux, 32 actes. 27% de médecins généralistes libéraux considèrent d'ailleurs que 27% des actes et examens qu'ils prescrivent sont souvent injustifiés[1536]. Les médecins invoquent deux raisons principales pour justifier ces prescriptions inutiles : « *la demande des patients* » et « *la peur du risque judiciaire* ». Le premier motif est invoqué davantage par les médecins généralistes libéraux et le second par les médecins hospitaliers et les médecins spécialistes libéraux[1537].

401. De la même manière, dans une enquête menée auprès des médecins généralistes en 2006, Nathalie Fasquelle démontre que la multiplication de prescriptions complémentaires traduit davantage une volonté de se prémunir contre le risque judiciaire plutôt que d'améliorer les pratiques de soins[1538]. Par ailleurs, dans un article consacré aux « *conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale* », Jacques Lansac et Michel Sabouraud évoquent le taux d'amniocentèses effectuées en France, de l'ordre « *de 11 %, alors qu'il devrait être de 5 %* ». Pour ces deux auteurs, cette pratique pourrait traduire une « *peur de passer à côté du diagnostic* »[1539].

402. La médecine défensive apparaît donc comme « […] *une médecine plus coûteuse qui conduit les médecins à prescrire des examens complémentaires le plus souvent inutiles, mais destinés, en cas de problème, à prouver aux juges qu'ils n'ont pas été négligents* »[1540]. Une étude relative au coût des prescriptions d'imagerie en cancérologie menée en 2003 souligne que « *des médecins, en réponse à leur propre inquiétude face à cette pathologie ou au désir plus ou moins légitime d'ouvrir le parapluie en réponse à la judiciarisation de notre société* » pourraient être à l'origine de la réalisation d'examens supplémentaires[1541].

La médecine défensive s'exprime également par le respect de l'obligation d'information.

[1536] *Id.*, p. 7.
[1537] *Id.*, p. 10.
[1538] N. Fasquelle, *La judiciarisation de la médecine générale et la pratique médicale. Vers l'émergence d'une médecine défensive ?*, Thèse pour l'obtention du doctorat : médecine, soutenue le 20 octobre 2006, dir. Thierry-W. faict, Clermont-Ferrand, Faculté de médecine de l'université d'Auvergne, 2006, 123 p. ; P.-E. Desplats, N. Favrolt, L. Gerbaud, T. Faict, « L'influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Quand Esculape craint Thémis », *RGDM* 2008, n°28, p. 125-144.
[1539] J. Lansac, M. Sabouraud, « Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale », *op. cit.*, p. 54.
[1540] J. Barbot, E. Fillion, « La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès », *op. cit.*, p. 8.
[1541] S. Taïeb, « Le coût des prescriptions d'imagerie médicale en cancérologie », *Bull. cancer* 2003, vol. 90, n°11, p. 963.

2. La protection du corps médical par le respect de l'obligation d'information du patient

403. La modification des pratiques médicales se traduit par une attention plus marquée « *au contenu et à la tenue du dossier médical ainsi qu'au respect du secret professionnel* »[1542]. En effet, la jurisprudence Hédreul[1543], introduite dans la loi du 4 mars 2002[1544], prévoit un renversement de la charge de la preuve en matière d'information médicale. Il appartient donc au professionnel de prouver, par tout moyen, qu'il a bien informé son patient[1545] et cette preuve réside notamment dans l'inscription au dossier médical du patient de la délivrance de l'information.

404. Dans le cadre d'une étude sur la médecine défensive menée auprès de médecins, Janine Barbot et Emmanuelle Fillion s'intéressent notamment à l'interprétation qu'il faut entrevoir derrière l'information fournie par le médecin au patient[1546]. Les auteurs soulignent que « *cette information ne serait plus dispensée par un médecin "en son âme et conscience" à un patient donné, mais répondrait désormais à des contraintes "externes" (procédures de recueil de consentement, feuilles d'information standardisées) s'imposant à lui avec d'autant plus de force qu'elle revêtent le statut de "preuve" devant les tribunaux* »[1547]. Ainsi, elles considèrent que « *l'attention portée à la pratique de l'information (le fait de tenir, par exemple, avec un soin "tout particulier" le dossier médical d'un patient) peut être ainsi considérée par l'observateur comme un indicateur du passage vers "une médecine défensive"* »[1548]. Les auteurs citent les propos d'un médecin interrogé : « *quand vous apprenez quelque chose, vous n'êtes pas sûr que l'information a été réceptionnée comme il faut* […] *donc, tout ça nécessite d'aller interroger le patient, de savoir de ce qu'il a compris, de s'assurer, j'allais dire de laisser des traces dans le dossier, pour montrer que l'information a été donnée. Tout ça est très procédurier* »[1549]. Le professeur Anne Laude dénonce également les effets pervers de cette législation relative à l'obligation d'information lorsqu'elle souligne

---

[1542] I. Plu, P. Dodet, S. Bertaut *et al*., « Le médecin et la peur du procès. Enquête auprès de 139 généralistes en Côte d'Or », *La revue du praticien médecine générale*, t. 21, 13 mars 2007, n°762-763, p. 297.
[1543] Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *Bull. civ*. 1997, I, 75, p. 49 ; Rapp. P. Sargos, note J. Guigue, *Gaz. Pal*. 1997, I, p. 22 ; Obs. J.-L. Aubert, *Defrénois* 1997, p. 751 ; Obs. L. Leveneur, *Contrats, conc. consom.* 1997, n°76 ; Note J. Penneau, *D*. 1997, p. 319 ; Note L. Dubouis, *RDSS* 1997, p. 288 ; P. Jourdain, *RTD civ*. 1997, p. 434 ; J. Mestre, *RTD civ*. 1997, p. 924.
[1544] Art. L. 1111-2 du CSP.
[1545] *Ibid*.
[1546] J. Barbot, E. Fillion, « La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès », *op. cit.*, p. 5-33.
[1547] *Id*., p. 8.
[1548] *Id*., p. 9.
[1549] *Id*., p. 22.

que les documents écrits au patient par le médecin sont « […] *destinés à protéger davantage le médecin des conséquences judiciaires de la réalisation éventuelle des risques d'un traitement qu'à informer clairement le patient* »[1550].

405. La médecine défensive est lourde de conséquences. Dès lors qu'« *il n'y a pas d'acte médical sans risque* […] » ni « […] *d'acte médical garantissant la guérison* […] », l'expression « *médecine défensive* » constitue un « *leurre* »[1551]. En effet, cette pratique, loin d'écarter le risque judiciaire, peut le réactiver. De plus, elle empêche les patients de bénéficier « […] *des fruits des données acquises de la science, auxquels il a droit, et, de ce fait, multiplie le risque médical* »[1552]. La pratique de la médecine défensive, qu'elle soit positive ou négative, apparaît donc contraire au « *Primum non nocere* », principe intégré dans le Code de déontologie médicale à l'article 8, selon lequel le médecin « *doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différents investigations et thérapeutiques possibles* ».

D'autre part, Patrick Grosieux affirme avec justesse que la médecine défensive « […] *devient paradoxale puisque pour se couvrir juridiquement, la seule solution alternative probante qui consisterait à multiplier les examens complémentaires et les actes médicaux de couvertures préalables à l'établissement du diagnostic, est elle-même ruinée par la politique de régulation médicalisée des dépenses de santé élaborée* »[1553]. Il en résulte que la pratique d'une médecine défensive ne peut survivre dans un contexte de maîtrise des dépenses de santé.

Conclusion du second chapitre

406. L'étude de la redéfinition de la pratique médicale nous a amené à nous interroger sur les moyens de défense contre le risque judiciaire. Dans un premier temps, nous avons relevé que la prévention des risques médicaux, par la veille sanitaire et le dispositif d'amélioration de la qualité des soins, peut constituer une voie possible de réduction voire de suppression des risques médicaux. Le médecin apparaît tel un acteur de la vigilance sanitaire et de la gestion des risques associés aux soins. Il intègre le dispositif d'amélioration de la qualité des soins dans sa pratique professionnelle. La fragilité de ce dispositif, notamment la crainte des

---

[1550] A. Laude, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *op. cit*.
[1551] G. Mémeteau, « Des médecins qui avaient peur du droit », *op. cit*., p. 4.
[1552] *Ibid*.
[1553] P. Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire, op. cit*., p. 54.

professionnels de santé d'être mis en cause par une déclaration ou un signalement d'incident, nous a conduit à rechercher un modèle complémentaire de défense contre le risque judiciaire.

Le principe de précaution nous est apparu tel un bouclier efficace contre le risque judiciaire puisqu'à la différence du modèle préventif, il gère les risques incertains. Le principe de précaution trouve des applications dans le domaine de la santé publique mais également dans la relation thérapeutique qui lie le médecin au patient. Toutefois, nous avons mis en évidence que le principe de précaution peut être utilisé abusivement par le corps médical. Il peut contribuer à une certaine inertie de la médecine ou, au contraire, à une multiplication d'actes médicaux qui, loin de réduire le risque judiciaire, peuvent au contraire le favoriser.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

407. L'étude de la judiciarisation de la médecine nous a permis d'envisager que l'activité médicale, comme toute autre activité sociale, est soumise à l'épreuve du risque judiciaire. Le médecin est tenu à une responsabilité civile, pénale et disciplinaire qui change, de manière favorable ou défavorable, en fonction des évolutions législatives et jurisprudentielles. Par ailleurs, l'émergence de la démocratie sanitaire et le développement d'une logique indemnitaire constituent des conditions juridiques favorables à la naissance de contentieux médicaux. Eu égard à ces éléments, il semble incontestable que la judiciarisation de la médecine est une phobie du corps médical.

Il nous a semblé opportun de rechercher si le discours d'une médecine judiciarisée repose sur des faits tangibles. La peur du procès et la problématique assurantielle alimentent, sans conteste, ce discours. Cependant, l'étude des données chiffrées des compagnies d'assurance et du Conseil national de l'Ordre des médecins a mis en exergue que la judiciarisation est davantage appréhendée que vécue. Dans ces conditions, au regard de la menace judiciaire qui pèse sur son exercice, le médecin redéfinit sa pratique médicale en s'investissant dans la prévention et la précaution des risques médicaux. Bien que ces deux moyens contribuent à l'amélioration de la qualité des soins et à la lutte contre les risques sanitaires, ils ne peuvent suffire comme défense contre le risque judiciaire.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

408. Dans cette première partie, nous avons envisagé le droit telle une source de contraintes pour le médecin. D'abord, nous avons déterminé dans quelle mesure le recours accru à la règle de droit peut être assimilé à une infiltration maligne de l'activité médicale. A cet effet, nous avons présenté l'ensemble des phénomènes qui permettent de poser un diagnostic de juridicisation de l'activité médicale. Ainsi, l'éthique et la déontologie demeurent insuffisantes pour encadrer l'activité médicale. L'édiction de règles juridiques s'avère nécessaire pour réguler les pratiques médicales. Le droit médical, « *ensemble de règles juridiques applicables aux actions de santé* »[1554], puise ses sources dans diverses disciplines juridiques, parmi lesquelles le droit de la consommation. D'autres sources informelles ont pu être décelées : la jurisprudence qui interprète, crée ou inspire la règle de droit inexistante ou insuffisante et la doctrine, source de savoir juridique atemporel et d'influence sur la production du droit médical. Mais nous sommes passés d'une régulation juridique nécessaire à une immixtion excessive du droit dans la sphère médicale, qui se traduit par une normalisation de l'activité médicale et un recours dévoyé à la loi. Ces deux phénomènes sont à l'origine d'une hypertrophie normative non stabilisée à ce jour.

Le diagnostic de juridicisation de l'activité médicale étant posé, nous avons apprécié la force inhibitrice du droit sur l'activité médicale. L'insécurité juridique dans laquelle est placé le médecin, par une instabilité et une incertitude du droit, constitue un obstacle majeur à sa connaissance du droit. Ce constat a justifié de porter notre regard sur le rapport d'entretiennent le droit et le corps médical. Si le droit est envisagé comme une ingérence dans la profession médicale, le médecin ne subit pas passivement cet impérialisme juridique. En attestent les écarts entre le droit légiféré et la pratique médicale, signes d'ineffectivité, mais également les formes de résistance au droit, en guise de contestation.

409. Dans un second temps, nous avons envisagé la norme juridique comme une source potentielle de contentieux. La menace accrue d'un procès représente une phobie du corps médical. Dès lors, il s'agissait de déterminer dans quelle mesure le discours d'une judiciarisation de la médecine trouve une application réelle dans la pratique médicale. Certes, la médecine, comme toute autre activité sociale, est soumise à un risque judiciaire. A ce titre,

[1554] J.-M. Auby, *Le droit de la santé, op. cit.*

le médecin doit répondre de ses actes devant les juridictions civiles, pénales et disciplinaires. Sa responsabilité évolue, au gré de changements législatifs et jurisprudentiels. En outre, la consécration des droits des patients et la mise en œuvre d'une logique indemnitaire favorisent le recours au juge. Toutefois, nous avons montré que la représentation judiciarisée de la médecine repose davantage sur une peur, alimentée par des scandales de santé publique et la problématique assurantielle, que sur des faits tangibles. D'ailleurs, notre analyse des statistiques des compagnies d'assurance et du Conseil national de l'Ordre des médecins a infirmé l'hypothèse d'une recrudescence de condamnations de médecins.

L'existence d'un risque judiciaire, par la menace qu'elle représente sur le corps médical, entraîne une redéfinition de la pratique médicale. La prévention des risques médicaux constitue un premier moyen de défense contre le risque judiciaire. A ce titre, le médecin participe activement au dispositif de veille sanitaire et à l'amélioration de la qualité des soins. Cependant, le modèle préventif présente certaines limites. Il ne peut répondre aux cas de dangers non infirmés. De plus, la crainte d'une mise en cause de la responsabilité peut freiner le principe de déclarations et de signalements, au cœur de la veille sanitaire. Le principe de précaution constitue un second moyen de se prémunir d'un risque judiciaire, par sa gestion des risques incertains. Il trouve des applications dans le domaine de la santé publique mais également dans la relation thérapeutique. Pour cette dernière, la précaution est assimilée au devoir de prudence du médecin dans l'élaboration de son diagnostic et dans le choix des thérapeutiques. Mais ce principe de précaution peut être utilisé abusivement par les médecins. Il contribue alors à une certaine paralysie de la médecine ou, au contraire à un foisonnement d'actes non justifiés médicalement qui, loin de réduire le risque judiciaire, peuvent au contraire le favoriser.

410. L'étude de la juridicisation et de la judiciarisation de la médecine atteste, incontestablement, de la place croissante du droit dans l'activité médicale, vécue comme une contrainte par le corps médical. Si le droit est devenu incontournable dans l'exercice médical, le médecin ne dispose pas suffisamment de connaissances juridiques pour pouvoir appréhender le droit qui l'entoure. Dès lors, l'approche du droit par le médecin doit être envisagée comme une condition de sa libération du médecin.

SECONDE PARTIE

L’APPROCHE DU DROIT PAR LE MÉDECIN, CONDITION DE SA LIBÉRATION

411. Les règles de droit ne peuvent être uniquement entrevues sous l'angle de la sanction. Elles désignent également des « *instruments de direction ou (de) guidage des conduites humaines* […], *(qui) donnent aux intéressés auxquels elles sont adressées la mesure de leur possibilité d'action selon les circonstances, aux fins qu'ils ajustent en conséquence leur comportement. Elles leur indiquent la latitude ou marge de manœuvre à l'intérieur de laquelle la conduite doit se tenir, ce qu'il ne peuvent pas faire, ce qu'ils peuvent faire ou ce qu'ils doivent faire* »[1555]. De la même manière, Hans Kelsen affirme que « […] *lorsque nous comparons les uns avec les autres les objets qui sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de la conduite humaine* »[1556]. Il en résulte que le droit règle les conduites des individus.

412. Dans le Code de la santé publique, de nombreuses dispositions peuvent d'ailleurs être assimilées à des « *modèles normatifs* »[1557] selon l'expression d'Antoine Jeammaud, destinés à régler les comportements des individus. Ainsi l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique dispose que « *deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent* […] *échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible* ». De ce point de vue, la règle de droit ne constitue pas uniquement une contrainte pour les individus puisqu'elle est un moyen de régulation des rapports sociaux, par un équilibre des parties.

Le plan adopté dans cette seconde partie reprend cette vision du droit. Dans un premier temps, nous analyserons dans quelle mesure les voies de l'alternative au conflit et de la pédagogie constituent des voies de guérison (titre 1). Puis, nous montrerons que le droit peut représenter un outil d'aide à la décision, une ressource dans l'action (titre 2).

[1555] P. Amselek, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989, n°10, p. 9.
[1556] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, cité par D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 31.
[1557] P. Amselek, « La règle de Droit comme modèle », *D.* 1990, chron., p. 1999.

TITRE PREMIER

LES VOIES DE LA GUÉRISON

413. Le corps médical souffre d'une pathologie juridique qu'il exprime par l'invocation de la juridicisation et de la judiciarisation de la médecine. Dans ces conditions, le droit est envisagé telle une contrainte dans la pratique de l'art médical. Dès lors, il semble nécessaire d'y remédier en favorisant la guérison. Le Dictionnaire Larousse définit « *la guérison* » comme le fait de « *délivrer quelqu'un du mal physique, lui rendre la santé* »[1558]. Plus précisément, le dictionnaire Larousse médical envisage la guérison comme la « *disparition totale des symptômes d'une maladie ou des conséquences d'une blessure avec retour à l'état de santé antérieur* »[1559]. Par la guérison, l'individu retrouve donc son état premier ou un état satisfaisant.

Dans notre cas, envisager la guérison équivaut à déterminer les conditions dans lesquelles le médecin peut entretenir un rapport satisfaisant au droit. Comment concilier d'une part, l'exercice médical avec l'exigence d'encadrement juridique de l'activité médicale et, d'autre part, l'exercice médical avec le principe de responsabilité, de telle sorte que le médecin ne perçoive pas la règle de droit uniquement sous l'angle coercitif ? Telles sont les interrogations auxquelles il convient de s'intéresser. En d'autres termes, emprunter la voie de la guérison équivaut à envisager l'ensemble des solutions qui peuvent réduire voire supprimer les symptômes de cette pathologie juridique. A cet effet, il nous appartient de vérifier si les modes alternatifs de résolution du conflit (chapitre 1) et l'usage d'outils pédagogiques au service du droit (chapitre 2) constituent des remèdes efficaces ou de simples panacées.

[1558] *Dictionnaire Larousse*, V°« Guérison », 2012.
[1559] *Ibid*.

CHAPITRE PREMIER

LA VOIE DE L'ALTERNATIVE AU CONFLIT

414. Selon Etienne Le Roy, « *s'il y a une justice, il y a plusieurs façons de la rendre* »[1560]. Le recours à la justice ne peut être seul à résoudre un conflit. En effet, la justice serait bicéphale. D'une part, il s'agit d'« *une justice dictée par la loi, et en conséquence chargée de réaliser concrètement le droit* […] ». D'autre part, elle est « […] *orientée vers le compromis et la paix sociale* »[1561]. Dans cette seconde hypothèse, notre société a vu émerger des modes alternatifs de règlement des conflits selon lesquels « *il s'agit non plus de faire régner le droit, mais bien de rechercher la paix entre les hommes* »[1562].

415. L'expression « *modes alternatifs de règlement amiable* » des conflits ou des litiges est une traduction française de l'expression anglo-saxonne « *Alternative Dispute Resolution (ADR)* » signifiant « *règlement amiable des conflits* »[1563] et de l'expression québécoise « *SoRRèl* »[1564] signifiant « *solution de rechange au règlement des litiges* ». L'expression « *résolution amiable des conflits* » est également utilisée[1565]. Ces modes alternatifs constituent donc des modes amiables à la différence des modes juridictionnels qui reposent sur le règlement contentieux d'un conflit. Les modes alternatifs de règlement des conflits trouvent leur fondement dans la volonté de créer une forme de régulation sociale déjudiciarisée. En effet, par le règlement amiable des conflits, les parties, loin de subir le droit, produisent du droit au travers la formalisation d'un accord qu'elles s'engagent à respecter. Ils nécessitent, pour certains, l'intervention d'une tierce personne dont la mission consiste à régler un conflit.

[1560] E. Le Roy (dir.), *La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges. Expériences françaises et nord-américaines*, Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la magistrature, 1989, p. 108.

[1561] J.-M. Coulon, M.-N. Teiller, E. Serrand, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, rapport au garde des Sceaux, Paris, La documentation française, 1997, p. 14.

[1562] J. Carbonnier, *Sociologie juridique, le procès et le jugement*, Cours, Association corporative des étudiants en droit, Paris V, 1961-1962, p. 204.

[1563] L. Cadiet, « L'ouvrage de Cl. Samson et J. Mc Bride. Solutions de rechange au règlement des conflits, Alternative Dispute Resolution », note bibliographique, *RIDC* 1994, n°4, p. 1213-1217.

[1564] C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *RIDC* 1997, vol. 49, n°2, p. 328.

[1565] Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des litiges, *JO* n°296 du 22 décembre 1998, p. 19343.

Portalis, soulignait déjà au 19ème siècle qu'« *une foule de choses est nécessairement abandonnée à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes, à l'arbitrage des juges* »[1566].

La résolution amiable du conflit est un puissant rempart contre le règlement judiciaire du conflit (section 1). Appliquée au domaine médical, elle protège le médecin du procès (section 2).

[1566] Portalis, « Discours préliminaire au code civil » in *Motifs et discours prononcés lors de la présentation du code civil par les divers orateurs du Conseil d'état et du tribunal*, t. 1, Paris, Firmin Didot, 1886, p. 425.

Section 1. Le développement de la résolution amiable du conflit, condition d'évitement du procès

416. Les modes alternatifs de règlement des conflits, également appelés procédures de règlement extrajudiciaire des conflits, constituent un moyen d'échapper au procès. Le Doyen Carbonnier les entrevoit comme « *une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, ré-conciliatoire, unanimiste, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix* »[1567]. Contrairement aux idées reçues, ces modes ne se situent pas « *dans le non droit ; au contraire, ils se situent dans le droit, mais ils s'y meuvent ailleurs ou autrement que les procédés juridictionnels classiques* […] »[1568]. Ils constituent une « *justice de compromis* »[1569]. Ils trouvent leur fondement dans l'institution judiciaire, par la volonté du législateur ou par l'initiative du juge, ou dans une convention, par la volonté des parties. Ils consistent principalement en la médiation, la conciliation, la transaction et l'arbitrage.

Le droit positif encourage le développement des modes alternatifs de règlement des conflits (§1) dont il conviendra de présenter la mise en œuvre concrète dans le paysage juridique (§2).

§1. De nouvelles techniques de gestion des conflits encouragées par le droit

417. Le Doyen Gérard Cornu considère que la faveur accordée aux modes alternatifs de règlement des conflits est notamment « *proverbiale* »[1570]. En atteste le vieil adage, « *accord vaut mieux que plaid* », selon lequel un « *mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès* ». Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits ne constitue pas un phénomène novateur. En effet, le droit romain prévoyait déjà l'arbitrage. De même, la transaction existait dès la rédaction du Code civil.

[1567] J. Carbonnier, « Le Nouveau Code de procédure civile : 20 ans après », Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Paris, La Documentation française, 1998, p. 16.
[1568] C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *op. cit.*, p. 325.
[1569] J.-M. Coulon, M.-N. Teiller, E. Serrand, *Réflexions et propositions sur la procédure civile, op. cit.*, p. 44.
[1570] G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *RIDC* 1997, vol. 49, n°2, p. 314.

Cependant, l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits se banalise. Pierre Lavigne souligne que « *la nouveauté réside dans l'utilisation de ces mécanismes qui, longtemps regardés avec méfiance et cantonnés à un domaine restreint, sont désormais devenus incontournables* »[1571]. De même, le professeur Catala affirme, à ce propos, que ces modes de règlement amiables « *sont une nécessité aujourd'hui* »[1572]. Il semble donc nécessaire de porter notre regard sur l'entrée des modes de règlement amiable des conflits dans notre paysage juridique (A). Puis, nous déterminerons les bienfaits de ces procédés amiables (B).

A. L'ENTRÉE PROGRESSIVE DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS DANS LE PAYSAGE JURIDIQUE

418. Le recours aux modes de règlement amiable des litiges constitue une préoccupation majeure. Notre société est ainsi passée d'« *un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié* »[1573]. Le 7 juillet 1790, Louis Prugnon affirmait déjà à l'Assemblée nationale que « *rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les procès est la première* »[1574]. En outre, selon les dispositions de l'article 1er de la loi des 16 et 24 août 1790, le « *moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens* »[1575] consiste à recourir au procédé d'arbitrage.

419. La résolution amiable du conflit est une préoccupation permanente, eu égard au mouvement doctrinal et législatif qu'elle a suscité. La doctrine manifeste un intérêt particulier pour les techniques de règlement amiable des conflits[1576]. En outre, de nombreux rapports

---

[1571] P. Lavigne, « Les MARC et la lutte pour le droit », *LPA* 2009, n°241, p. 51.
[1572] P. Catala, A. Ghozi, « Médiations judiciaires », rapport de recherche, Paris, C.E.M.A.R.C, 1999, p. 84.
[1573] L. Cadiet, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review* 2011, n°28, p. 154 ; V. A. Pirovano (dir.), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988, 466 p.
[1574] L. Prugnon, *Archives parlementaires*, t. 16, 1883, p. 739.
[1575] V. A. Goutet, *De la conciliation en matière civile*, thèse de doctorat en droit, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1936, p. 10 et s.
[1576] V. notamment, J. Kayser, « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, 1996, p. 203, spéc. p. 208 ; M. Darmon, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *JCP* 1976, I, p. 3976 ; M. Olivier, « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile (aspects anciens et actuels) », *Gaz. Pal.*, 18-19 oct. 1996 ; R. Martin, « Quand le grain ne meurt...de conciliation en médiation », *JCP* 1996, I, 3977 ; M. Harichaux, « Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé », *RDSS* 1997 ; B. Gorchs, « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire, *Droit et Société*, 2006, vol. 1, n°62, p. 233 ; C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *op. cit.* ; G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*

portent leur attention sur ce sujet[1577]. A titre illustratif, le rapport du Conseil d'Etat, en 1993, intitulé « *régler autrement les conflits* », dénonce la faible utilisation des textes relatifs aux modes de résolution amiable des conflits[1578].

Différents rapports plaident en faveur du développement de la médiation. Ainsi, la Commission Magendie souligne la nécessité de créer un Bureau national de la conciliation et de la médiation. Elle insiste également sur l'apport de la médiation dans l'institution judiciaire « *en la faisant entrer dans ses propres structures, avec des chambres pilotes, des référents magistrats et un observatoire* »[1579]. En outre, selon Fabrice Vert, rapporteur général de la Commission Magendie, la médiation représente un « *enrichissement de la réponse judiciaire, un moment d'équité dans les procédures parfois kafkaïennes* »[1580]. Ainsi, elle garantirait un succès « *dans 80 % des cas environ* »[1581]. D'autre part, Jacques Floch demande la mise en place d'un Observatoire de la médiation, dans son rapport déposé à l'Assemblée nationale le 13 février 2007 (n°3696). Il soulignait, à ce titre, que « *lorsque les conditions sont réunies – volonté politique, cadre législatif favorable, culture judiciaire adaptée, engagement des professions concernées -, la médiation permet un règlement efficace des conflits* »[1582]. Enfin, le 30 juin 2008, dans le cadre d'un groupe de travail relatif à la répartition des contentieux civils dont il assure la présidence, Serge Guinchard remet au gouvernement un rapport sur « *l'ambition raisonnée d'une justice apaisée* »[1583].

Par ailleurs, un mouvement législatif en faveur de la recherche d'une solution amiable s'est développé. Jacques Vérin affirmait avec justesse que le politique recherche, au travers de différentes réformes qui véhiculent une nouvelle conception de la justice, « *une justice décentralisée et conciliatrice, une justice plus humaine, apte à traiter les vrais conflits entre les gens et pas seulement leur aspect purement juridique, une justice tournée vers l'avenir au lieu de se borner à juger le passé, une justice de réparation qui facilite la*

[1577] C.E., « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », *in Rapport public 1993. Le droit communautaire*, Paris, La Documentation française, 1993, 164 p. ; H. Haenel, J. Arthuis, *Justice sinistrée, démocratie en danger*, Paris, *Economica*, 1991, 132 p. ; J. M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Paris, La Documentation française, 1997, 169 p.
[1578] *Ibid.*
[1579] F. Creux-Thomas, « La médiation : opportunité ou "gadget" ? », *JCP G* 2009, 558.
[1580] *Ibid.*
[1581] *Ibid.*
[1582] J. Floch, cité par F. Creux-Thomas, « La médiation : opportunité ou "gadget" ? », *op. cit.*
[1583] S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Ministère de la justice, Paris, La Documentation française, juillet 2008, 344 p.

coopération et la solidarité »[1584]. En outre, Guy Canivet, interrogé sur la portée des modes alternatifs de règlement des conflits, souligne que « *l'intérêt des justiciables et de la société est que la majorité des litiges puisse se régler de manière consensuelle, sans procès* »[1585]. Ainsi, ces nouveaux modes constituent « *des solutions d'avenir* »[1586]. De même, en juin 2002, il affirmait lors d'un colloque relatif à la médiation qu'« […] *émerge une conception moderne de la justice, une justice qui observe, qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures, qui préserve le tissu social* »[1587].

420. En matière de conciliation, le décret du 20 mars 1978 donne un cadre juridique aux conciliateurs de justice[1588]. Depuis les années 1990, une succession de textes viennent encadrer les principaux modes de règlement amiable des conflits, la conciliation et la médiation. La loi n°95-125 du 8 février 1995 organise la médiation et la conciliation judiciaire[1589]. Le décret n°96-652 du 22 juillet 1996 favorise la tentative préalable de conciliation par le juge[1590]. Le 11 juin 2008, lors de la Révision générale des politiques publiques, différentes mesures sont annoncées par le Président de la république parmi lesquelles le développement des modes alternatifs de règlement des conflits : « *le développement de l'arbitrage sera encouragé. Le développement de la médiation sera également encouragé, notamment par le recours à des conciliateurs bénévoles* […] »[1591].

La conciliation et la médiation ont fait l'objet d'une réforme par la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998[1592]. Les modes alternatifs de règlement des conflits sont alors consacrés par l'expression « *résolution amiable des conflits* ». Plus récemment, le décret n°2010-1165

[1584] J. Vérin, « Le règlement extra-judiciaire des litiges », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 1982, p. 183.
[1585] Entretien avec G. Canivet, Premier Président de la Cour de cassation, « La justice des années 2000 devra s'adapter aux attentes de la société », *JCP G* 2000, I, p. 192.
[1586] *Ibid.*
[1587] G. Canivet cité par J. Floch, *Rapport d'information sur la médiation en Europe*, (COM [2004] 718 final/n°E2844), AN, 13 février 2007.
[1588] Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, *JO* 23 mars 1978, p. 1265 modifié par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, *JO* n°0019 du 22 janvier 2012, p. 1280.
[1589] Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO n°34 du 9 février 1995, p. 2175.
[1590] Décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaire, *JO* n°170 du 23 juillet 1996, p. 11125 ; V. Art. 830 à 835 du CPC.
[1591] Troisième conseil de modernisation des politiques publiques, *Révision générale des politiques publiques*, 11 juin 2008, p. 21.
[1592] Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JO* n°296 du 22 décembre 1998, p. 19343.

du 1er octobre 2010[1593] modifie notamment les règles relatives à la conciliation judiciaire et l'activité des conciliateurs de justice. Il crée la fonction de magistrat coordonnateur en matière de conciliation et de médiation, « *observateur au service de l'évolution des modes alternatifs de règlement des conflits* »[1594]. Ce dernier est tenu de rédiger un rapport annuel relatif à l'activité des conciliateurs de justice et des médiateurs du ressort de la cour d'appel[1595]. Enfin, le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends précise les règles afférentes à la médiation et la conciliation conventionnelles ainsi que la mise en œuvre de la convention de procédure participative[1596].

421. Par ailleurs, de nombres textes législatifs et réglementaires encouragent le développement de ce type de procédures amiables dans le domaine administratif. La circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits souligne les avantages des modes alternatifs[1597]. Cette circulaire encourage le développement de la transaction dans les relations entre administrations et usagers : « *la recherche d'une solution amiable pouvant conduire à la conclusion d'une transaction doit être envisagée dans tous les cas où elle permet d'éviter un contentieux inutile et coûteux, tant pour l'administration que pour les personnes intéressées* ». En référence à la circulaire précitée, la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits considère que la transaction permet « *de traiter de manière non juridictionnelle les litiges qui donnent lieu à un grand nombre de demandes similaires et de ne renvoyer aux juridictions que les litiges qui soulèvent un problème juridique sérieux ou ceux dans lesquels l'administration considère* […] *que les demandes qui lui sont adressées sont infondées* »[1598].

422. Hors de nos frontières, la recommandation n°R (81) 7 du Conseil de l'Europe propose « *des mesures* […] *pour encourager, dans les cas appropriés, la conciliation des parties ou le règlement amiable des différends avant toute procédure judiciaire ou au cours*

[1593] Décret n°2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, *JO* n°0230 du 3 octobre 2010, p. 17986.
[1594] Circulaire du 24 janvier 2011 relative à la présentation du décret n°2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, *BOMJL* n°2011-02 du 28 février 2011.
[1595] Circulaire *préc*.
[1596] Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, *op. cit*.
[1597] Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *JO* n°39 du 15 février 1995, p. 2518.
[1598] Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *JO* n°0083 du 8 avril 2011, p. 6248.

d'une procédure engagée »[1599]. En outre, l'Union européenne tend également à favoriser le recours au règlement amiable des litiges au travers de l'article 1er de la Directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008 qui « […] *a pour objet de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre les médiations et les procédures judiciaires* »[1600]. La facilitation de l'accès aux modes alternatifs de résolution des conflits et l'encouragement à l'utilisation de la médiation sont au cœur de cette directive. En outre, l'exposé des motifs de la directive souligne que si la directive vise principalement les litiges transfrontaliers, les Etats membres peuvent parfaitement appliquer les principes de la directive aux médiations internes. En application de l'article 12 de la directive, la France a transposé cette directive par l'ordonnance du 16 novembre 2011[1601] par laquelle, d'une part, elle développe la médiation en matière civile et commerciale pour les litiges transfrontaliers et, d'autre part, donne un cadre juridique général pour favoriser le règlement amiable des différends internes[1602]. Dans le cadre de la transposition de cette directive, le Conseil d'Etat a réalisé une étude afin de « *développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne* »[1603].

Si les modes alternatifs de règlement des conflits suscitent un tel engouement doctrinal et législatif, il convient alors de déterminer les avantages inhérents à ces procédés.

B. LES BÉNÉFICES INCONTESTABLES DES MODES ALTERNATIFS DE RÉGLEMENT DES CONFLITS

423. Charles Jarrosson considère que l'essor des modes alternatifs de règlement des conflit « […] *va de pair avec une certaine désaffection pour le droit et les solutions juridiques, comme si le droit était moins qu'hier l'instrument privilégié de la recherche du juste* »[1604]. Il reste toutefois à préciser que l'abandon du règlement judiciaire pour un conflit

---

[1599] Recommandation n°R (81) 7 du comité des ministres aux états membres sur les moyens de faciliter l'accès à la justice, adoptée par le Comité des Ministres, Conseil de l'Europe, 14 mai 1981.
[1600] Art. 1er de la directive n°2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* 24 mai 2008.
[1601] Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JO* n°0266 du 17 novembre 2011, p. 19286.
[1602] N. Nevejans, « L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation », *JCP G* 2012, n°6, 148.
[1603] C.E., *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, novembre 2010, 127 p.
[1604] C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *op. cit.*, p. 325.

donné ne saurait avoir pour conséquence la déresponsabilisation des citoyens. Le privilège accordé aux modes alternatifs de règlement des conflits laisse entrevoir des bénéfices incontestables. Ils permettent, d'une part, de pallier les insuffisances de l'institution judiciaire en matière de règlement des conflits (1), et, d'autre part, garantissent l'adoption d'une solution par la seule volonté des parties (2).

1. La résolution amiable du conflit, palliatif aux écueils de l'institution judiciaire

424. Les modes alternatifs de règlement des conflits permettent « *de compenser par diverses techniques procédurales, l'insuffisance des moyens attribués à la justice* »[1605]. Ils sont une « *nécessité en termes économiques* », notamment en matière de « […] *coût des procès pour les justiciables et pour la société* »[1606]. La circulaire du 6 avril 2011 encourage d'ailleurs l'utilisation de la transaction par les administrations au motif, notamment, qu'« *elle permet* […] *une gestion économe des deniers publics, tout en favorisant une indemnisation rapide des parties* »[1607]. Si nous prenons l'exemple des conciliateurs de justice, par principe bénévoles, leur activité entraîne une grande économie des frais comparativement au règlement juridictionnel d'un litige.

425. D'autre part, les modes alternatifs de règlement des conflits permettent une plus grande célérité de traitement de l'affaire. Si nous portons notre regard sur la durée de règlement des affaires civiles en 2010, le délai moyen de traitement d'un contentieux est de 5,4 mois devant les Tribunaux d'instance, avec 75 % des affaires terminées au bout de 6,4 mois. La durée moyenne est de 7,1 mois devant les Tribunaux de grande instance, avec 75 % des affaires terminées au bout de 9,8 mois. Enfin, devant les Cours d'appels, la durée moyenne est de 11,2 mois avec 75 % des affaires terminées au bout de 15,7 mois[1608]. Devant les Tribunaux administratifs, la durée de règlement moyenne est estimée à 1 an, 1 mois et 4 jours. Devant les Cours administratives d'appel, le délai moyen constaté est de 1 an et 1 mois[1609].

[1605] J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile*, 24ème éd., Paris, Dalloz, 1996, n°762-1.
[1606] J.-M. Sauvé, *Les développements de la médiation*, Colloque organisé par le Conseil d'Etat à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 4 mai 2011.
[1607] Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *JO* n°0083 du 8 avril 2011, p. 6248.
[1608] Ministère de la justice et des libertés, *Les chiffres clés de la justice 2011*, sous-direction de la statistique et des études, 2011, p. 11-12.
[1609] C.E., *Rapport public 2012*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 30-31.

Le règlement amiable d'un conflit permet un traitement rapide du litige, eu égard à la souplesse des procédures. En effet, selon Jean-Marc Sauvé, « *elles ne sont pas nécessairement enserrées dans des contraintes de temps ou de délais : les parties peuvent adapter elles-mêmes la procédure et les délais à l'urgence ou à la complexité du litige, ce qui distingue ces processus du recours au juge* »[1610]. Ainsi, dans le cadre d'une conciliation judiciaire déléguée, « *la durée initiale de la mission ne peut excéder deux mois. Elle peut être renouvelée* »[1611]. Dans le cadre d'une médiation judiciaire, « *la durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur* »[1612]. En matière d'arbitrage, la sentence arbitrale est rendue dans un délai de six mois. Une procédure accélérée peut même permettre un arbitrage du litige dans un délai de trois mois. Selon Eric Camous, « *il en résulte que la durée des négociations ne se mesure plus à l'aune des règles de procédure qui sont celles de l'instance mais en fonction de l'intensité des démarches entreprises pour aboutir à un accord* »[1613].

426. Si les modes de résolution des conflits prennent une telle ampleur, ils doivent cependant garantir les mêmes droits aux parties que le procès. Ainsi, Loïc Cadiet souligne avec justesse qu'« *au droit à un procès équitable doit ainsi répondre le droit à une conciliation ou à une médiation équitable* »[1614]. Il en résulte que si les principes fondamentaux du procès ne peuvent trouver leur application dans les modes alternatifs de règlement des conflits, certains principes doivent être respectés, à l'instar du principe du contradictoire[1615].

La médiation est une notion indissociable de celle de l'équité, définie comme « *ce sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste* »[1616]. La référence à l'équité permet de garantir la recherche d'un équilibre durable entre les parties. Les modes alternatifs de règlement des conflits entretiennent nécessairement un lien avec l'équité. Ils s'écartent du traitement juridictionnel classique d'un litige dans la mesure où « *ce qui importe avant tout,*

[1610] J.-M. Sauvé, *Les développements de la médiation, op. cit.*
[1611] Art. 129-1 du CPC.
[1612] Art. 131-3 du CPC.
[1613] E. Camous, « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », *Gaz. Pal.* 2003, n°303, p. 5.
[1614] L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *in Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, p. 89 et s.
[1615] C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *op. cit.*, p. 340.
[1616] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, V°« Equité », Paris, P.U.F, 1999 ; V. C. Albiges, *De l'équité en droit privé*, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 13.

c'est moins la conformité de la solution aux règles de droit applicables que le sentiment partagé d'avoir obtenu une solution acceptable »[1617].

Ainsi, Pierre Estoup entrevoit, comme qualité inhérente à la conciliation, le fait qu'« *elle constitue en ce sens un gage de bonne exécution de la décision intervenue en même temps qu'un facteur puissant de paix sociale* […] *la conciliation présente encore l'avantage de parvenir parfois à des solutions plus équitables et plus réalistes que celles résultant de l'application des seules règles de droit* »[1618]. A la violence inhérente au procès, « *se substitue une image conciliatrice et pacificatrice. Pour l'observateur, les adversaires se transforment en partenaires pour la recherche d'une solution. A la rupture du procès succède l'harmonie du dialogue* »[1619]. Ces modes de règlement amiable combleraient davantage les attentes des justiciables, désireux de « […] *substituer à une légalité souvent perçue comme asphyxiante, une justice plus humaine, plus congruente avec les préoccupations de chacun* […] »[1620].

Les modes alternatifs de règlement des conflits présentent une autre spécificité dans laquelle ils puisent leur force.

2. <u>La volonté des parties, fondement du règlement amiable du conflit</u>

427. Les modes alternatifs de règlement des conflits permettent de fonder l'accord des parties sur d'autres systèmes normatifs[1621]. Ils puisent notamment leurs ressources dans la volonté des individus à parvenir à un accord. Pierre Estoup rappelle « *l'idée très sage qu'il vaut mieux s'entendre que plaider* » et donc « […] *parvenir à une solution non imposée et par conséquent mieux acceptée des plaideurs* »[1622].

Qu'il s'agisse de la médiation ou de la conciliation, leur mission est fondée « *essentiellement sur la reprise du dialogue et de la concertation. Il s'agit de permettre aux parties de communiquer alors même qu'un litige les oppose. En ce sens, le tiers sollicité dans le cadre des (modes alternatifs de règlement des conflits) agit comme présence relationnelle qui a conçu la création possible d'un lien et qui le réalise…Qu'il soit médiateur ou*

[1617] E. Camous, « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », *op. cit.*, p. 12.
[1618] P. Estoup, « La conciliation judiciaire, avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.*, 23 et 24 juin 1989, p. 300.
[1619] G. Canivet, « La médiation comme mode de règlement des la vie des affaires », *LPA* 1999, n°138, p. 4.
[1620] E. Camous, « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », *op. cit.*
[1621] *Id.*, p. 5.
[1622] P. Estoup, « La conciliation judiciaire, avantages, obstacles et perspectives », *op. cit.*, p. 299.

conciliateur, le tiers intervenant est donc tenu d'organiser les échanges entre les parties dans l'espoir que celles-ci parviendront à rapprocher leurs point de vue respectifs »[1623].

428. Les modes alternatifs de règlement des conflits n'ont d'existence que dans l'implication, la volonté des parties dans la recherche d'une résolution amiable de leur différend. La médiation, la conciliation, la transaction ou encore la convention de procédure participative reposent sur le dialogue et la concertation plutôt que sur l'imposition d'une décision : « *tout vient de ce que la solution adoptée n'est pas le produit d'une décision imposée mais le fruit d'un accord de volonté* »[1624]. La recherche d'une solution ne correspond alors pas nécessairement à « *la plus exacte possible au regard de la règle de droit mais* […] *la plus apte possible à permettre le maintien d'une convergence des intérêts entre les parties* »[1625]. Ainsi, la transaction, « *contrat réglant un litige né ou à naître par des concessions réciproques* », revêt une dimension consensuelle puisqu'elle « *est par définition même le produit d'un consensus entre les parties* »[1626]. De même, les parties donnent leur accord à la mise en œuvre d'une conciliation et la médiation, ce qui confère à ces deux procédés une dimension consensuelle. Enfin, dans le cadre d'un arbitrage, les parties expriment leur volonté au regard notamment du recours à cette procédure, de la désignation d'un ou plusieurs arbitres et de la nature des pouvoirs qui lui ou leur sont conférés.

Le droit positif a incontestablement encouragé l'introduction de modes de règlement amiable des conflits. Il convient donc de porter notre regard sur leur nature.

[1623] E. Grirardo-Rouhette, « La mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits : une mission aux contours incertains », *in Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, Paris, L'Hermès, 2002, p. 36.

[1624] E. Camous, « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », *op. cit.*

[1625] G. Flécheux, P. Lafargue, « La médiation », *in Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 301.

[1626] A. Noury, « L'administration et les modes alternatifs de règlement des litiges », *in Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 105.

§2. La mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des conflits

429. Les modes de règlement amiable des conflits ne viennent pas se substituer au règlement juridictionnel des conflits. Ils constituent de simples alternatives. Aussi envisagerons-nous successivement la conciliation, la médiation et la convention de procédure participative comme tentatives de résolution amiable des conflits (A) puis la transaction et l'arbitrage, comme procédés définitifs de résolution amiable du conflit (B).

A. LES TENTATIVES DE RÉSOLUTION AMIABLE DU CONFLIT

430. Les modes alternatifs de règlement des conflits consistent principalement en la conciliation et la médiation. Toutes deux ont « *le double objectif d'éviter le traumatisme du contentieux et d'accélérer le cours de la justice* »[1627]. Il nous semble pertinent, à l'instar de Loïc Cadiet[1628], de distinguer ces deux modes, selon qu'ils se développent au sein de l'institution judiciaire (1) ou en dehors de l'institution judiciaire (2).

1. <u>L'institution judiciaire propice aux modes de règlement amiable des conflits</u>

431. C'est au sein de l'institution judiciaire que les modes alternatifs de règlement des conflits trouvent un premier lieu d'expansion. Ainsi, ils « *ont fini par se développer devant le juge lui-même en se présentant comme une manière amiable de résoudre le litige* »[1629]. La « *médiation* » et la « *conciliation* » sont deux procédures très proches qui consistent en l'intervention d'un tiers qui a pour mission de rapprocher les points de vue des deux parties afin d'éteindre un litige ou de le résoudre amiablement. Au 16ème siècle, le terme « *médiation* » est défini comme une « *entremise destinée à concilier des personnes, des parties* »[1630]. La conciliation désigne « *un mode de règlement alternatif des litiges par lequel des parties en conflit ont recours à un tiers, chargé de diriger leur discussion et de les mener vers un accord* »[1631]. A première vue, leur définition semble proche. Cependant, certains auteurs distinguent ces deux notions. Ainsi, le terme « *médiation* » correspond « *aux situations construites autour d'un tiers incontestablement tiers* »[1632]. En revanche, par

---

[1627] V. de Briant, Y. Palau, *La médiation : définitions pratiques et perspectives*, Paris, Armand Colin, 2005, 128 p.
[1628] L. Cadiet, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *op. cit.*, p. 147-168.
[1629] *Id.*, p. 155.
[1630] A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, V° « Médiation », Paris, Le Robert, 1998.
[1631] F. Munoz, « Pour une logique de la conciliation », *AJDA* 1997, p. 41.
[1632] M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, 3ème éd., Paris, P.U.F., 2005, p. 33.

l'utilisation du terme « *conciliation* », il est désigné les « *cas où le troisième intervenant n'est pas un véritable tiers* »[1633]. Aussi, évoquerons-nous dans un premier temps, la conciliation judiciaire (a) puis, dans un second temps, la médiation judiciaire (b).

a. La conciliation judiciaire

432. Selon le Doyen Gérard Cornu, le Code civil révèle que la conciliation « *n'est pas liée à une phase de la procédure* […] *mais qu'elle constitue pour le juge, à tout moment, une mission (c'est-à-dire tout à la fois un pouvoir et un devoir), une vocation naturelle, inhérente à son office* »[1634]. Au-delà de ses missions traditionnelles de « *trancher le litige* »[1635], de statuer en équité[1636] et en « *amiable compositeur* »[1637], le juge a également vocation à encourager la conciliation ou la médiation des parties. Au sens de l'article 21 du Code de procédure civile, « *il entre dans les missions du juge de concilier les parties* ».

433. La procédure de conciliation est une étape préalable facultative ou obligatoire avant toute procédure contentieuse[1638]. Quelle que soit la juridiction, les conditions d'application de la conciliation judiciaire sont précisées aux articles 127 à 129 du Code de procédure civile. Le juge dispose d'une grande marge de manœuvre dans l'accomplissement de sa mission de conciliation. La conciliation des parties peut ainsi être tentée tout au long de l'instance, « *au lieu et au moment que le juge estime favorables et selon les modalités qu'il fixe* »[1639]. En cas d'accord, même partiel, un procès verbal est signé entre les parties et le juge[1640].

L'article 2238 du Code civil[1641], modifié par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008[1642], prévoit que lorsque les parties conviennent de recourir à la conciliation, la prescription est

---

[1633] *Ibid.*
[1634] G. Cornu, « L'élaboration du nouveau Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, n°16, p. 253.
[1635] Art. 12, al. 1 du CPC.
[1636] Art. 1135 du C. civ. : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » ; Art. 12, al. 4 du CPC : « *Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».
[1637] Art. 12, al. 4 du CPC.
[1638] Art. 830 et s. du CPC ; Art. 88 du Tribunal paritaire des baux ruraux ; Art. R. 1454-7 du CT.
[1639] Art. 127 et 128 du CPC.
[1640] Art. 130 du CPC.
[1641] Art. 2238 du C. civ. : « *la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative* ».
[1642] Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* n°0141 du 18 juin 2008, p. 9856.

suspendue et ce, dès le premier entretien de conciliation. En d'autres termes, la tentative de conciliation ne peut porter entrave à la saisine d'un tribunal au motif de l'expiration du délai de prescription pendant le déroulement de la conciliation[1643].

434. D'autre part, le juge peut déléguer sa mission de conciliation à des « *conciliateurs de justice* », conformément aux articles 129-1 à 129-5 du Code de procédure civile. Institués à l'origine dans le cadre du développement de la conciliation extra-judiciaire[1644], conformément au décret du 20 mars 1978[1645], les conciliateurs de justice peuvent, depuis 1995[1646], intervenir sur demande d'une juridiction, dans le cadre d'un conflit, ce qui concernerait annuellement 10 000 affaires environ[1647]. Alors que la loi du 8 février 1995 avait établi la désignation par le juge d'un conciliateur de justice pour procéder à une tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité[1648], désormais, le conciliateur peut également intervenir dans le cadre d'une tentative de conciliation qui ne constitue pas un préalable à l'instance. L'article 129-1 du Code de procédure civile, issu du décret du 1er octobre 2010[1649], étend la place du conciliateur de justice, dans le cadre d'un procès civil, suite au rapport de Serge Guinchard remis au Garde des sceaux le 30 juin 2008[1650]. Cet article prévoit la délégation de la conciliation par le juge, « *dès lors qu'une disposition propre à une juridiction l'autorise à déléguer sa mission de conciliation* »[1651]. Le tribunal de commerce[1652], le tribunal paritaire des baux ruraux[1653] et le juge rapporteur du tribunal de commerce[1654] ont désormais la possibilité de déléguer cette mission. La durée de la mission ne peut excéder deux mois. L'article 129-5 du Code de procédure civile dispose que « *les décisions prises par le juge dans le cadre de la délégation de la mission de conciliation sont des mesures d'administration judiciaire* ». Le conciliateur missionné doit informer la juridiction concernée de la réussite ou de l'échec de la conciliation[1655]. Cependant, il demeure possible au juge de

---

[1643] N. Nevejans, « L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation », *op. cit.*
[1644] *Infra* n°444 à 445.
[1645] Décret n°78-381 du 20 mars 1978 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, *JO* 23 mars 1978, p. 1265.
[1646] Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JO* n°34 du 9 février 1995, p. 2175.
[1647] Circulaire du 24 janvier 2011, *préc*.
[1648] Loi n°95-125 du 8 février 1995, *préc*.
[1649] Décret n°2010-1165 du 1er octobre 2010, *préc*.
[1650] S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, op. cit.*, p. 158.
[1651] Circulaire du 24 janvier 2011, *préc*.
[1652] Art. 860-2 du CPC.
[1653] Art. 887 du CPC.
[1654] Art. 863 du CPC.
[1655] Art. 129-4 du CPC.

« […] *mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une partie ou à l'initiative du conciliateur. Il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la conciliation apparaît compromis »*[1656]. En cas d'accord, même partiel, un constat d'accord est signé entre les parties et le conciliateur de justice[1657].

435. Sur le plan administratif, l'article L. 211-4 du Code de justice administrative prévoit l'organisation d'une mission de conciliation : « *dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées* ». Cependant, aucun décret d'application n'a suivi cette disposition législative ce qui laisse persister des zones d'ombre sur la mise en œuvre de cette procédure et donc, par conséquent, une faible utilisation de la conciliation administrative.

436. Sur le plan pénal, il n'existe pas de conciliation.

b. La médiation judiciaire

437. Il est admis par certains auteurs que, dès lors que le conciliateur dépasse sa mission de rapprocher les points de vue pour proposer une solution aux parties, il devient alors médiateur[1658]. Ainsi, le Doyen Gérard Cornu définit la médiation comme « *le mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes, à proposer à ceux-ci un projet de solution* »[1659]. La médiation, assimilée à une « *justice douce* », constitue « *un processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers l'organisation d'échange entre les parties de permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose* »[1660].

438. Les articles 131-1 à 131-15 du Code de procédure civile, issus de la loi n°95-125 du 8 février 1995[1661] et du décret n°96-652 du 22 juillet 1996[1662], instituent la médiation judiciaire. Le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends en

---

[1656] Art. 129-4 du CPC.
[1657] Art. 130 du CPC.
[1658] V. notamment A. Baudoin-Mazand, « La conciliation et la médiation : deux modes de règlement des différends commerciaux », *LPA* 1993, n°94, p. 31 ; M. Guillaume-Hofnung, *La médiation, op. cit.*, p. 41.
[1659] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Médiation », *op. cit*.
[1660] J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation, une justice douce*, Paris, Syras-Alternatives, 1992, p. 17.
[1661] Loi n°95-125 du 8 février 1995, *préc*.
[1662] Décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaire, *JO* n°170 du 23 juillet 1996, p. 11125.

modifie certaines dispositions[1663]. Ainsi, le juge peut, avec l'accord des parties, procéder à la désignation d'une tierce personne agissant en tant que médiateur aux fins d'entendre et de confronter les points de vue des deux parties en vue d'une résolution amiable du conflit[1664]. Le médiateur doit notamment « *posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige* » et « *justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation* »[1665]. En outre, comme pour la conciliation, la suspension de la prescription s'applique dès le premier entretien de médiation[1666]. La médiation ne dessaisit pas le juge puisqu'il conserve la possibilité de prendre les mesures appropriées à tout moment[1667]. Elle ne peut excéder une durée de trois mois, renouvelable une fois, pour une même durée, sur demande du médiateur[1668]. Lorsqu'elle aboutit, l'accord peut être soumis au juge, par les parties, pour homologation[1669].

De nombreux centres et associations spécialisés dans la médiation ont vu le jour[1670], à l'instar du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), créé en 1995 par la Chambre de commerce et d'industrie et en collaboration avec le tribunal de commerce de Paris et l'Ordre des avocats du Barreau de Paris. Depuis 2005, 65 centres de médiation, généralistes et spécialisés, ont été créés à l'initiative de la Fédération Nationale des Centres de Médiation[1671]. Les centres et associations de médiation, désormais organisés régionalement, sont au nombre de 55[1672]. La médiation judiciaire semble être particulièrement développée pour les problématiques familiales, sociales et économiques[1673]. D'autres structures ont également été créées, à l'instar de l'Association des médiateurs européens (AME), créée en 1999 à l'initiative du Barreau de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME), créé le 19 décembre 2003, sous la Présidence de Guy Canivet.

439. Contrairement à la conciliation, la médiation judiciaire a été développée en matière pénale. La loi du 4 janvier 1993 consacre la médiation judiciaire pénale comme alternative

---

[1663] Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, *préc*.
[1664] Art. 131-1 du CPC.
[1665] Art. 131-5 du CPC.
[1666] Art. 2238 du C. civ. ; *Infra* n°433.
[1667] Art. 131-2 du CPC.
[1668] Art. 131-3 du CPC.
[1669] Art. 131-12 du CPC.
[1670] V. M. Guillaume-Hofnung, *La médiation, op. cit.*, 127 p.
[1671] F. Creux-Thomas, « La médiation : opportunité ou "gadget" ? », *op. cit*.
[1672] Fédération nationale des Centres de médiation, *Annuaire des médiateurs 2010-2011*, 22 octobre 2010. Consulté sur : *http://www.fncmediation.fr*, le 14 février 2012.
[1673] M. Armand-Prévost, « La médiation », *Gaz. Pal.* 2006, n°12, p. 12.

aux poursuites judiciaires[1674]. La médiation pénale, codifiée aux articles 41 et D. 15-1 à D. 15-8 du Code de procédure pénale, constitue une alternative conditionnelle à la procédure pénale classique, à mi-chemin entre le classement sans suite et les poursuites ce qui lui vaut l'introduction dans la catégorie de « *classement sans suite conditionnel* »[1675]. La loi du 9 mars 2004 réforme la médiation pénale[1676]. L'article 41-1 alinéa 1 du Code de procédure pénale prévoit que le Procureur de la république peut, préalablement au déclenchement de l'action publique, « *faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime* ». Cette procédure suspend le délai de prescription de l'action publique. La réussite de la négociation qui vise à un arrangement entre l'auteur de l'infraction et la victime, entraîne le classement de l'affaire et donc la fin de toute poursuite judiciaire.

Dans le cadre du développement de la médiation judiciaire pénale, des Maisons de justice et du droit ont été créées, encadrées, d'une part, par une circulaire de la Chancellerie du 19 mars 1996[1677] et, d'autre part, par la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et la résolution amiable des conflits[1678] et le décret du 29 octobre 2001[1679]. Ces Maisons favorisent notamment la résolution amiable des litiges[1680]. Au nombre de 59 en 2000, 129 maisons sont implantées en 2011[1681].

Même si la conciliation et la médiation judiciaire tendent vers une résolution amiable des litiges, elles demeurent marquées par le symbole du glaive, de par leur développement au sein de l'institution judiciaire. Aussi convient-il de présenter d'autres procédés qui se développent en dehors des tribunaux.

[1674] Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JO* n°3 du 4 janvier 1993, p. 215.
[1675] Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JO* n°144 du 24 juin 1999, p. 9247.
[1676] Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* n°59 du 10 mars 2004, p. 4567.
[1677] Circulaire CRIM 96-5/E5 du 19 mars 1996 relative à l'organisation des maisons de justice et du droit.
[1678] Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JO* n°296 du 22 décembre 1998, p. 19343.
[1679] Décret n°2001-1009 du 29 octobre 2001 modifiant le code de l'organisation judiciaire et relatif aux maisons de justice et du droit, *JO* n°257 du 6 novembre 2001, p. 17481.
[1680] Art. 131-1 du COJ.
[1681] Ministère de la justice et des libertés, *Les chiffres clés de la justice 2011*, sous-direction de la statistique et des études, 2011, p. 37.

2. La résolution amiable du conflit en dehors du prétoire

440. Les modes de règlement extra-judiciaires ne sont pas concurrentiels au règlement juridictionnel d'un litige. Loïc Cadiet affirme ainsi qu'« *il existe en France, une forte favor arbitrandum aussi bien qu'une favor accordandum* »[1682]. Trois procédés de règlement extra-judiciaires sont à envisager : la médiation conventionnelle (a), la conciliation conventionnelle (b) et la convention de procédure participative (c).

a. La médiation conventionnelle

441. La médiation conventionnelle constitue un premier mode de règlement amiable extra-judiciaire. Elle consiste à introduire dans le contrat une clause de médiation mentionnant le recours à une tierce personne (ou à un organisme tiers) afin de parvenir à un accord amiable. Michèle Guillaume-Hofnung la définit comme « *un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants dans lequel un tiers – impartial, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les " médieurs " - favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause* »[1683].

Contrairement au médiateur judiciaire[1684], le médiateur extra-judiciaire ne doit pas obligatoirement justifier d'une formation ou d'une expérience de la pratique de la médiation. Il doit cependant « *posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend* »[1685]. Le médiateur, lorsqu'il est une personne morale, doit désigner la personne physique en charge de la mission de médiation[1686]. Même si la médiation se déroule en dehors du prétoire, l'accord obtenu, à l'issue de la médiation conventionnelle, peut recevoir l'homologation du juge, ce qui lui confère alors force exécutoire[1687].

442. La médiation extra-judiciaire peut également être prévue par la loi. Elle peut relever du droit administratif, avec notamment la création du Médiateur de la République, le 3 janvier 1973[1688], qui constitue un équivalent des conciliateurs, compétent en matière de conflits entre

---

[1682] L. Cadiet, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *op. cit.*, p. 155.
[1683] M. Guillaume-Hofnung, *La médiation, op. cit.*, p. 71.
[1684] Art. 131-5 du CPC,
[1685] Art. 1533 du CPC.
[1686] *Supra* n°438.
[1687] Art. 1534 du CPC.
[1688] Loi n°73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, *JO* du 4 janvier 1973, p. 164.

les administrations ou les services investis d'une mission de service public, d'une part, et les particuliers, d'autre part. Depuis la promulgation de deux lois du 29 mars 2011[1689], le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, succède au Médiateur et à différentes institutions : le Défenseur des enfants, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS). Le Défenseur des droits peut être saisi par toute personne qui s'estime lésée par le fonctionnement d'une administration ou d'un service public. Il peut également s'autosaisir. Le Pôle santé et sécurité des soins, créé en 2009 dans le cadre du Médiateur de la république et repris aujourd'hui parmi les fonctions du Défenseur des droits, remplit une mission d'information et de médiation entre les usagers et les professionnels de santé[1690]. Il peut intervenir pour toute demande d'information, réclamation ou médiation relative au non respect des droits des patients, à la qualité et la sécurité des soins, à la sécurité des personnes, à la protection des personnes vulnérables et à la déontologie des professionnels de santé. Le Défenseur des droits nomme des délégués qui tiennent leur permanence au sein des préfectures des mairies ou des Maisons de la Justice et du Droit.

b. La conciliation conventionnelle

443. La conciliation conventionnelle ou extra-judiciaire constitue un second procédé de règlement amiable en dehors de l'institution judiciaire. La médiation et la conciliation conventionnelles bénéficient d'un cadre juridique commun depuis le décret du 20 janvier 2012[1691], pris en application notamment de l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la direction 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, eu égard notamment à l'article 1530 du Code de procédure civile : « *la médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent,* […], *de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». Ainsi, les missions respectives du médiateur et du conciliateur doivent être accomplies avec impartialité, indépendance et diligence. Ces qualités requises, reprises du Code national de

[1689] Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO* n°0075 du 30 mars 2011, p. 5497 ; Loi n°2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JO* n°0075 du 30 mars 2011, p. 5504.
[1690] *Supra* n°347 et 365.
[1691] Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, *préc.*

déontologie du médiateur[1692] et du Code de conduite européen pour les médiateurs[1693], sont désormais applicables au statut de conciliateur et ont acquis une force légale.

444. La conciliation conventionnelle est organisée depuis le décret du 20 mars 1978[1694], soit trois ans après la suppression de l'étape obligatoire de conciliation devant le juge d'instance. Le conciliateur de justice bénévole en matière civile a pour fonction « *de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur les droits dont les intéressés ont la libre disposition* »[1695].

Toute personne, physique ou morale, peut saisir le conciliateur de justice en vue de la résolution amiable d'un conflit[1696]. Le conciliateur peut s'adjoindre, avec l'accord des parties, le concours d'un autre conciliateur de justice[1697]. Lorsque les parties sont parvenues à une conciliation, même partielle, un constat d'accord peut être établi et signé par les parties et le conciliateur de justice. La rédaction de ce constat est une obligation, dès lors que la conciliation entraîne la renonciation à un droit. Le conciliateur a également la possibilité de dresser un constat d'accord à distance pour tout accord formalisé entre les parties, en dehors de sa présence[1698]. A l'instar de la procédure d'ordonnance prise sur requête de l'article 1441-1 du Code de procédure civile, il peut être donné force exécutoire au constat d'accord par le juge d'instance, saisi sur requête[1699]. Conformément à l'article 2238 du Code civil, issu de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008[1700], la prescription est suspendue pendant le déroulement de la conciliation extra-judiciaire.

445. L'intervention des conciliateurs de justice est ouverte à toute matière mais cette forme de conciliation concerne davantage « *les petits litiges civils, comme ceux de la consommation, du voisinage ou des rapports locatifs* »[1701]. Si les conciliateurs de justice peuvent désormais être missionnés par le juge dans le cadre de la conciliation judiciaire

---

[1692] Code national de déontologie du médiateur, février 2009.
[1693] Code de conduite européen pour les médiateurs, juillet 2004.
[1694] Décret n°78-381 du 20 mars 1978 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, *JO* 23 mars 1978, p. 1265 modifié par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, *préc*.
[1695] Art. 1er du décret n°78-381 du 20 mars 1978, *préc*.
[1696] Art. 1536 du CPC.
[1697] Art. 1539 du CPC.
[1698] Art. 1540 du CPC.
[1699] Art. 1541 du CPC.
[1700] Loi n°2008-561 du 17 juin 2008, *préc*.
[1701] L. Cadiet, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *op. cit.*, p. 156 ; V. également : F. Ruellan, « Le conciliateur civil, entre utopie et réalités », *JCP G* 1990, I, 3431.

déléguée[1702], la conciliation extra-judiciaire, telle que créée en 1978, constitue toutefois l'essentiel de leur activité. En 2006, la conciliation extra-judiciaire représentait 93 % de leur activité globale[1703].

En 2010, les 1 810 conciliateurs de justice en exercice sur le territoire ont été saisis dans le cadre de 130 715 affaires, pour lesquelles 58,1 % ont été conciliées, ce qui démontre la réussite de ce dispositif[1704]. La circulaire du 24 avril 2011 indique que les conciliateurs de justice ont été saisis, en dehors d'une procédure judiciaire, pour environ 110 000 demandes de tentative de conciliation. Elle souligne que leur intervention « *est saluée comme un mode efficace, simple et amiable de règlement des procédures judiciaires* »[1705].

c. La convention de procédure participative

446. La loi du 22 décembre 2010[1706], inspirée par les recommandations du rapport Guinchard[1707], introduit l'article 2062 du Code civil qui prévoit la mise en œuvre d'une « *convention de procédure participative* » assistée nécessairement par un avocat[1708], « […] *par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend* ». Cette convention est exclue pour le contrat de travail. La convention de procédure participative revêt un caractère procédural et contractuel[1709]. Ce procédé symbolise la transposition en droit français du « *droit collaboratif* » né aux Etats-Unis dans les années 90. Il doit être distingué de la conciliation et de la médiation. En effet, les parties, assistées de leurs avocats, tentent de parvenir à une négociation et ce, sans l'intervention d'un tiers. Pour autant, la convention de procédure participative répond parfaitement à la définition d'un mode

---

[1702] *Supra* n°434.
[1703] Circulaire relative aux conciliateurs de justice, Direction des services judiciaires, 27 juillet 2006, *BO* n°103, du 1er juillet 2006 au 30 septembre 2006.
[1704] Ministère de la justice et des libertés, *Les chiffres clés de la justice 2011*, sous-direction de la statistique et des études, 2011, p. 35.
[1705] Circulaire du 24 avril 2011 relative à la présentation du décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010, *préc*.
[1706] Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaire, *JO* n°0297 du 23 décembre 2010, p. 22552.
[1707] S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, op. cit*.
[1708] Art. 2064 du C. civ.
[1709] F. Rongeat-Oudin, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche », *JCP G* 2012, 157 ; V. également, F. G'Sell-Macrez, « Vers la justice participative ? Pour une négociation à l'ombre du droit », *D*. 2010, p. 2450 ; F. Rongeat-Oudin, « Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends », *JCP G* 2011, 1097.

alternatif de règlement des conflits puisque tout recours au juge pour statuer sur ce litige est irrecevable tant que la convention est en cours[1710].

447. Cette procédure a été qualifiée de « *pacte de non agression à durée déterminée* »[1711]. Le juge peut être amené à intervenir dans certaines conditions. D'une part, en cas d'inexécution de la convention par l'une des parties, l'autre partie peut saisir le juge. D'autre part, l'accord des parties peut être soumis à l'homologation du juge[1712]. En outre, la convention de procédure participative suspend le délai de prescription qui commence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec partiel ou total de la négociation, le litige peut être soumis au juge, les parties étant alors dispensées de la conciliation ou de la médiation judiciaire préalable, prévue le cas échéant.

Après avoir présenté ces tentatives de résolution amiable du conflit, il convient de porter notre regard sur les modes alternatifs de règlement des conflits qui signent la renonciation définitive au règlement judiciaire.

B. LA RENONCIATION DÉFINITIVE AU RECOURS AU JUGE

448. La transaction comme l'arbitrage constituent « *des véritables modes alternatifs de règlement des conflits* ». En effet, ils fournissent au conflit une solution définitive, ce qui leur confère l'appellation d'« *équivalents juridictionnels autonomes* »[1713]. Nous envisagerons successivement la présentation de la transaction (1) et de l'arbitrage (2).

1. La transaction

449. En cas de succès de la conciliation ou de la médiation, l'accord des deux parties peut revêtir différentes formes, parmi lesquelles la transaction. Jean-Baptiste Treilhard souligne d'ailleurs que « *le but de la conciliation est une transaction* »[1714]. Ainsi, la conciliation désigne « *le processus pour parvenir à l'accord* » et la transaction renvoie à « *l'accord conclu entre les parties* »[1715]. L'article 2044 du Code civil dispose que la transaction est « *un contrat*

[1710] Art. 2065 du C. civ.
[1711] Entretien H. Poivey-Leclercq, « La Convention de procédure participative. "Un pacte de non-agression à durée déterminée" », *JCP G* 2011, act. 70.
[1712] Art. 2066 du C. civ.
[1713] G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.* , p. 322.
[1714] V. L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 3ème éd., Paris, Litec, 2000, n°924, note 286.
[1715] B. Gorchs, « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », *op. cit.*, p. 233.

par lequel les parties terminent une contestation née ou à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit »[1716]. En d'autres termes, la transaction peut être utilisée pour éviter les suites d'un litige pour lequel le juge n'a pas encore été saisi ou pour mettre fin à un litige déjà porté devant le juge.

Le règlement amiable du conflit par la transaction trouve son fondement dans l'accord des parties mettant ainsi fin à leur litige. L'article 2052 du Code civil dispose que « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* ». Bigot de Préameneu souligne, à ce propos, que « *la transaction est le jugement que les parties se donnent à elles-mêmes* »[1717].

450. En premier lieu, la transaction est un acte abdicatif puisque les parties renoncent à leur droit d'action devant le juge pour toutes les prérogatives qui ont fait l'objet de la transaction[1718]. En vertu de l'article 2049 du Code civil, la renonciation des parties porte uniquement sur les éléments relatifs au litige et donc la transaction est circonscrite aux points litigieux qui amènent les parties à transiger. En effet, la transaction acquiert « *autorité de la chose jugée en dernier ressort* »[1719] pour tous les éléments du différend réglés par la voie transactionnelle. Gérard Couturier précise, à ce propos, que « *par définition, la transaction a pour objet de déterminer ou de prévenir une contestation ; elle se substitue à la décision de justice qui aurait tranché ce différend ; sa portée spécifique s'inscrit dans les limites de ce différend. L'effet de la transaction ne va pas au-delà de la contestation que les parties avaient eu en vue de régler* »[1720]. La renonciation exige une volonté réelle et non équivoque des parties. Si la transaction ne peut être annulée *« pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* » au sens de l'article 2052 du Code civil, il serait toutefois possible d'invoquer des vices au consentement libre et éclairé, à l'instar du dol ou encore de l'erreur sur l'objet de la contestation.

[1716] Art. 2044 du C. civ.
[1717] F.-J.-J.-B. de Préameneu, *Exposé des motifs au Corps législatif*, 15 mars 1801.
[1718] Art. 2048 du C. civ. ; V. L. Boyer, *Encyclopédie juridique. Répertoire droit civil*, V° « Transaction », Paris, Dalloz, n°104.
[1719] Art. 2052 du C. civ.
[1720] G. Couturier, obs. sous Cass. soc., 4 juillet 1997, *Dr. Soc.* 1997, p. 979.

451. D'autre part, la renonciation au juge est contrebalancée par la réalisation de concessions réciproques formalisées par un accord écrit et signé. Charles Jarrosson indique que la transaction est « *un contrat spécial nécessitant que les parties se fassent des concessions réciproques* »[1721]. La transaction est donc un contrat synallagmatique[1722]. La Cour de cassation a rappelé, à plusieurs reprises, que les concessions réciproques, sous réserve qu'elles ne soient pas dérisoires, ne doivent pas nécessairement être d'égale importance[1723]. Pour autant, par la transaction, les parties parviennent à rétablir un équilibre contractuel. Loïc Cadiet souligne, à ce titre, que le règlement du conflit par la transaction aboutit à « *l'équité de la situation juridique née du contrat, à l'équilibre des intérêts de chacun des contractants* »[1724].

452. En matière administrative, les administrations utilisent particulièrement la transaction dans le cadre de contentieux liés aux contrats et à la responsabilité extra-contractuelle[1725]. La licéité d'une transaction est toutefois subordonnée au respect des règles d'ordre public. En effet, les personnes morales de droit public, à l'instar des établissements publics de santé, ne peuvent payer des sommes qu'elles ne doivent pas, sous peine de nullité du contrat de transaction[1726]. En outre, un second écueil est à éviter. L'article L. 124-2 du Code des assurances dispose, en effet, que « *l'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables. L'aveu de la matérialité d'un fait ne peut être assimilé à la reconnaissance d'une responsabilité* ». En d'autres termes, à l'instar d'autres modes de règlement amiable, dès lors que cette clause est prévue contractuellement, aucune transaction, aucune reconnaissance de responsabilité, ne peut se produire sans l'accord préalable de l'assureur. L'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris fait exception parmi les établissements de santé puisqu'il est son propre assureur.

En pratique, qu'il s'agisse de la mise en cause d'un praticien libéral ou d'un établissement de santé, la gestion d'une réclamation est identique. Lorsque la victime adresse

---

[1721] C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *op. cit*., p. 343 ; V. également : C. Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron., n°32 et suiv., p. 270.
[1722] L. Cadiet, « Actualités de transaction », *RTD Civ*. 2004, p. 1030.
[1723] B. Gauriau, note sous Cass. soc., 18 mai 1999, *Dr. Soc*. 1999, p. 749.
[1724] L. Cadiet, *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz, 1997, p. 68.
[1725] A. Noury, « L'administration et les modes alternatifs de règlement des litiges », *op. cit*., p. 107 ; J.-M. Auby, « La transaction en matière administrative », *AJDA* 1986, I, p. 1-4 ; G. Chavrier, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA* 2000, n°3, p. 548-566.
[1726] C.E., Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, n°79962, *Rec*. p. 235.

à l'établissement ou au médecin une réclamation indemnitaire mettant ainsi en cause sa responsabilité civile, l'assureur est immédiatement informé de cette demande dans le cadre d'une déclaration de sinistre. Au vu de cette déclaration, une enquête interne est effectuée et l'assureur diligente une expertise afin de pouvoir prendre position sur la réclamation indemnitaire. Si la responsabilité de l'assuré, en l'espèce, l'établissement ou le praticien, est engagée, l'assureur transmet à la victime une proposition d'indemnisation, à laquelle elle est libre ou non de consentir. En cas d'acceptation, un protocole transactionnel est signé par les deux parties. Cet accord met fin à tout recours judiciaire ultérieur.

De manière générale, la transaction semble largement utilisée dans le domaine de la santé. En effet, « *les assureurs règlent plus de la moitié des sinistres de responsabilité médicale par transaction : le rapport 2010 de l'Observatoire du Risque médical (ORM) relève 52 % de dossiers réglés à l'amiable. Le pourcentage de transactions dans les dossiers sinistres de responsabilité civile du Sou médical groupe MACSF est légèrement supérieur* »[1727].

2. <u>L'arbitrage, mode juridictionnel de règlement des conflits</u>

453. Conformément à l'article 1442 du nouveau Code de procédure civile, les parties peuvent recourir à la procédure d'arbitrage. D'emblée, une distinction doit être établie entre l'expertise et l'arbitrage. A cet effet, le professeur Anne Laude rappelle que « *la jurisprudence s'attache essentiellement à distinguer les cas où les parties ont simplement demandé au tiers de les éclairer sur leurs droits, mais ont manifesté expressément ou implicitement la volonté de ne pas être liées par son avis. Dans ce cas, le tiers est à l'évidence chargé d'une expertise et sa mission ne relève pas de l'arbitrage. Au contraire, la jurisprudence est alors tentée de qualifier d'arbitrage la procédure d'estimation, dès lors qu'il apparaît que les parties ont exprimé la volonté d'être liées par la décision du tiers* »[1728].

454. La notion d'« *arbitrage* » fait débat. Pour certains auteurs, à l'instar de Charles Jarrosson, l'arbitrage constitue davantage une solution juridictionnelle du litige qu'une forme de résolution amiable, les modes alternatifs de règlement des conflits désignant alors uniquement les procédures au cours desquelles intervient un tiers[1729]. Charles Jarrosson

---

[1727] C. Lamblot, « Convention de procédure participative et assurance de responsabilité médicale : attention ! ». Consulté sur : *http://www.vieliberale.fr*, le 20 janvier 2012.
[1728] E. Loquin cité par A. Laude, « L'arbitrage en matière médicale », *Droit et patrimoine*, mai 2002, p. 82.
[1729] C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *op. cit.*, p. 311-435.

affirme, à ce propos, que l'arbitrage désigne « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »[1730]. Il ajoute que « *la mission juridictionnelle de l'arbitre ne suscite plus de réelles controverses, du moins quant à son principe. La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère son origine* »[1731].

En revanche, Loïc Cadiet affirme que l'arbitrage doit être compté parmi les modes alternatifs et rappelle à cet effet qu'« *historiquement, l'arbitrage est apparu comme une alternative à la justice étatique* »[1732]. Il ajoute que les modes alternatifs de règlement des conflits ne se résument pas aux procédures impliquant un tiers puisque les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes au sens de l'article 127 du Code de procédure civile[1733]. De même, pour Henri Motulsky, il s'agit d'« *une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle* »[1734].

455. La procédure d'arbitrage consiste en une « *clause compromissoire* » c'est-à-dire une « *convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats* »[1735]. Elle peut également revêtir la forme d'un « c*ompromis* » à savoir une « *convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage* ». Le tribunal arbitral « *tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* »[1736]. La procédure d'arbitrage présente une certaine célérité puisque « *la mission des arbitres ne dure que six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a accepté* ». Les parties, une des parties ou l'arbitre peut toutefois solliciter le Président du tribunal de grande instance aux fins de proroger ce délai. La procédure d'arbitrage n'est pas exclusive d'une procédure contentieuse. En effet, l'article 1450 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « *les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une autre juridiction* ».

[1730] C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J, 1987, p. 372.
[1731] *Id*., p. 101.
[1732] L. Cadiet, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *op. cit*., p. 149.
[1733] Art. 127 du CPC. : « *Les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance* ».
[1734] H. Motulsky, *Ecrits*, t. 2, Paris, Dalloz, 1974, p. 6
[1735] Art. 1442 du CPC.
[1736] Art. 1478 du C. civ.

456. Traditionnellement, l'arbitrage ne constituait pas une voie possible pour le corps médical. En effet, l'ancien article 2061 du Code civil prohibait l'insertion d'une clause compromissoire dans les contrats civils et, par conséquent, dans les contrats conclus entre médecins[1737]. L'article 15 de la loi du 15 décembre 1990 avait dans un premier temps ouvert cette possibilité aux médecins exerçant dans le cadre d'une société d'exercice libéral (SEL)[1738]. Michèle Harichaux soulignait alors que « *cette possibilité est certes limitée aux contestations entre associés mais, c'est généralement la cause la plus fréquente de litiges dans les groupes de professionnels libéraux* […] »[1739].

Depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001[1740], l'article 2061 du Code civil dispose que *« sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». En d'autres termes, les contrats signés entre médecins, quel que soit leur mode d'exercice, peuvent contenir une clause compromissoire. Cependant, les contrats conclus entre un médecin, considéré tel un professionnel, et un patient, assimilé à un « *consommateur de soins* »[1741], ne peuvent contenir une telle clause. Charles Jarrosson précise, à ce propos, que « *le texte ne précise pas que l'activité professionnelle doit être celle des deux parties, mais il serait contraire à son esprit de valider une clause compromissoire simplement parce que l'une des deux personnes a agi en raison d'une activité professionnelle* [...] »[1742].

457. Dans le domaine administratif, l'article 2060 du Code civil pose l'interdiction du recours à l'arbitrage, sauf si des textes spéciaux le permettent[1743]. Selon Laferrière, la prohibition de l'arbitrage en matière administrative repose sur « […] *le principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de*

[1737] V. à ce sujet : A. Laude, « L'arbitrage en matière médicale », *op. cit*., p. 81.
[1738] Art. 15 de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, *JO* n°4 du 5 janvier 1991, p. 216 : « *Les associés pourront convenir, dans les statuts, de soumettre à des arbitres les contestations qui surviendraient entre eux pour raison de leur société* ».
[1739] M. Harichaux, « Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé », *RDSS* 1997, p. 275.
[1740] Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JO* du 16 mai 2001, p. 7776.
[1741] A. Laude, « Le consommateur de soins », *D.* 2000, chron., p. 415.
[1742] C. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G* 2001, I, n°333, spéc. n°18, *JCP G 2001*, 1371.
[1743] A. Noury, « L'administration et les modes alternatifs de règlement des litiges », *op. cit*., p. 109 ; V. J.-M. Auby, « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA* 1955, I, p. 1-4.

l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par les juridictions instituées par la loi »[1744].

Le droit positif a incontestablement encouragé l'introduction de modes alternatifs au règlement des conflits, que nous avons envisagés au sein de l'institution judiciaire et en dehors des prétoires. Dès lors, il semble pertinent de nous intéresser à l'appropriation de ces modes de règlement amiable par la sphère médicale.

[1744] E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris, éd. Berger-Levrault, 1988, p. 146-147, reprint L.G.D.J, 1989.

Section 2. Le recours à la gestion amiable du conflit, moyen de protection du corps médical

458. Le domaine médical est ouvert au développement de procédés de règlement amiable des conflits. Au-delà de la volonté de désencombrer les tribunaux, le recours à ces procédés manifeste « *le souhait d'éviter la déstabilisation de la relation médecin-patient* »[1745]. Les modes de règlement amiable des litiges présentent des avantages réciproques pour les patients, d'une part, et pour les médecins, d'autre part. Pour les premiers, par le règlement amiable des litiges, les frais d'avocat sont réduits et les frais de justice sont nuls. Pour les seconds, ce mode de règlement procure la garantie de conserver sa patientèle dans l'avenir, compte tenu de la confidentialité relative de la procédure[1746]. La résolution amiable du litige se démarque également par sa rapidité ce qui permet d'éviter que l'indemnisation soit frappée du taux d'intérêt légal sur une longue période.

Ainsi, dans la sphère médicale, la résolution amiable du conflit peut constituer soit une alternative à une procédure contentieuse, sans obligation d'y recourir (§1) soit une étape obligatoire avant la formation d'une procédure contentieuse (§2).

§1. Le règlement amiable comme alternative à une procédure contentieuse

459. Pour le médecin, l'existence de procédés amiables pour régler le litige auquel il est confronté peut apparaître sécurisante. Ces différents procédés ont été exploités par la sphère médicale. S'ils ne privent pas les parties d'une procédure classique devant les tribunaux, ils ouvrent toutefois la possibilité d'une résolution rapide du litige. Par conséquent, nous présenterons une anamnèse des procédures de règlement amiable dans le domaine médical (A), puis nous montrerons que la résolution amiable du conflit constitue une voie d'extinction privilégiée du litige médical (B).

[1745] F. Vialla, « Modes alternatifs de règlement des conflits en matière de responsabilité médicale », *RGDM* 2004, numéro spécial, p. 166.
[1746] V. S. Carré, « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *LPA* 1994, n°94.

A. LA LENTE INTRODUCTION DES PROCÉDURES DE RÈGLEMENT AMIABLE DANS LE DOMAINE MÉDICAL

460. L'étude des procédures de règlement amiable dans le domaine médical révèle, d'une part, la volonté des pouvoirs publics de mettre en place une conciliation médicale (1) et, d'autre part, l'échec des premières expériences, au travers la mise en place de la conciliation interne (2).

1. La conciliation au cœur des préoccupations des pouvoirs publics

461. Depuis les années 1970, une succession de propositions de loi tendent en faveur de modes de règlement amiable des conflits dans le domaine médical[1747]. Plus particulièrement, en 1980, le rapport Mac Aleese souligne la nécessité de créer un « *système d'information et de conciliation qui pourrait être mis en œuvre, en dehors de toute procédure judiciaire, dans les cas où la responsabilité professionnelle d'un médecin risquerait d'être mise en cause* »[1748]. Le rapport Mac Aleese souligne déjà la nécessité de « *permettre aux victimes d'accidents survenus en relation avec un acte médical d'accéder* […] *à une information objective sur les circonstances de ces accidents et leurs causes* »[1749].

462. A la suite des préconisations de ce rapport, le décret du 15 mai 1981[1750] prévoit l'institution de « *conciliateurs médicaux* » dans certains établissements de santé. L'institution d'une conciliation médicale constitue « […] *avant tout un moyen pour le corps médical d'échapper aux règles de la justice ordinaire* »[1751]. Alain Garay entrevoit, au travers de cette conciliation, un moyen de dissuader la victime de porter plainte : « […] *on escomptait que l'information ainsi produite autour du conciliateur et la pratique de la médiation décourageraient les victimes de fautes et/ou d'erreur médicale à poursuivre les médecins devant les tribunaux* »[1752]. Toutefois, le 31 mai 1989, le Conseil d'Etat annule ce décret en

---

[1747] Proposition de loi de X. Gau, AN, n°3083, 30 juin 1977 ; Proposition de loi de J.-L. Masson, AN, n°1360, déposée le 14 décembre 1982 ; Proposition de loi J.-L. Debré, AN, n°127, 6 juillet 1988.
[1748] M. Mac-Aleese, *La responsabilité médicale*, rapport du groupe de travail, Ministère de la justice, Paris, juillet 1980, p. 20.
[1749] *Id.*, p. 17.
[1750] Décret n°81-552 du 15 mai 1981 relatif aux conciliateurs médicaux, *JO* 19 mai 1981, p. 1556.
[1751] F. Dreyfus, « La fin des conciliateurs médicaux », *Le Concours médical*, 1982, p. 1987-1988.
[1752] A. Garay, « Le conciliateur à l'hôpital », *Gaz. Pal*, 23-24 octobre 1998, p. 56-60.

raison de ses articles 3 et 4, pour les risques de non respect du secret médical et de la vie privée qu'ils comportaient[1753].

Suivront l'échec d'une proposition de loi relative à la création de médiateurs médicaux en 1989[1754] et la succession d'expériences isolées en l'absence de texte officiel[1755]. De la même manière, en 1991, le rapport sur la responsabilité médicale et l'indemnisation du risque thérapeutique établi par la chancellerie suggère le développement de la conciliation au travers l'institution d'une commission régionale afin d'« *améliorer le règlement des litiges en responsabilité médicale* »[1756]. Différemment, en 1992, François Ewald propose de modifier les conditions de l'expertise, au travers l'instauration d'un système d'expertise extra-judiciaire, afin de « […] *faire la vérité sans passer par la procédure conflictuelle du procès* »[1757]. De même, le rapport Salat-Baroux propose la mise en œuvre d'une « *commission départementale de conciliation* »[1758].

Par ailleurs, l'UNAF et la Ligue des droits de l'Homme mènent une enquête de novembre 1993 à octobre 1994 de laquelle il ressort que 47 % des répondants sollicitent l'instauration d'un médiateur à l'hôpital dont la mission consiste à « *inclure prévention et soins, car il occupe une place prééminente dans le système sanitaire et social, il est au carrefour des questions de société avec leurs dimensions humaine et économique* »[1759].

463. En 1994, une déclaration de l'Organisation mondiale de la santé recommande « *la mise en place de mécanismes indépendants, institutionnalisées ou non, permettant aisément aux patients de déposer des plaintes, de soumettre leur demande à une médiation* »[1760]. Par ailleurs, l'article 10 de la circulaire du 6 mai 1995 relative à la charte du patient hospitalisé

[1753] C.E., 31 mai 1989, *Mme Roujanski*, n°35296, *Rec.* p. 135 ; Note L. Dubouis, *RDSS* 1990, p. 55 ; Note J. Penneau, *D.* 1991, p. 178.
[1754] Proposition de loi de J.-L. Debré, *préc.*
[1755] Création d'une commission de « conciliation » en 1983 par les Hospices civils de Lyon ; Création de « conciliateurs » en 1989 par l'Assistance publique des hôpitaux de Paris ; Service juridique de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, « Le conciliateur médical : un trait d'union », *La balance et le caducée. Journal d'information du service juridique de l'AP-HP*, mars 1992, n°22.
[1756] Ministère de la justice, *Rapport sur la responsabilité médicale et l'indemnisation du risque thérapeutique*, 1991, p. 22 et s.
[1757] F. Ewald, *Le problème français des accidents thérapeutiques, enjeux et solutions*, Paris, La Documentation française, 1992, p. 112.
[1758] F. Salat-Baroux, *Les accidents médicaux : réparer sans déresponsabiliser*, Rapport au Ministre délégué à la santé, 1993, 63 p.
[1759] V. F. Rey-Cadéac, « La conciliation médicale. Structures et finalités », *ENSP*, Rennes, 1999. Consulté sur : *http://infodoc.inserm.fr*, le 20 février 2012.
[1760] F. Vialla, « Modes alternatifs de règlement des conflits en matière de responsabilité médicale », *op. cit.*, p. 167 ; V. Déclaration du bureau régional de l'OMS, Copenhague, 29 et 30 mars 1994.

constitue une incitation à la mise en place par les directeurs d'établissements d' « *une fonction de médiation entre l'établissement et les patients afin d'instruire dans les meilleurs délais les demandes de réparation pour préjudice et de donner à leurs auteurs les explications nécessaires* ».

La mise en œuvre d'une conciliation semble donc inéluctable.

2. L'échec de la mise en place d'une conciliation interne

464. Le mécanisme des modes alternatifs de règlement des conflits est consacré par l'ordonnance du 24 avril 1996 qui institue des « *commissions de conciliation* »[1761]. Le décret du 2 novembre 1998[1762] et la circulaire du 1er juin 1999[1763] définissent les modalités d'organisation et de fonctionnement de ces commissions. Ainsi, l'article L. 710-1-2 du Code de la santé, devenu l'article L. 1112-3 du Code de la santé publique, prévoyait que « *dans chaque établissement de santé est instituée une commission de conciliation chargée d'assister et d'orienter toute personne qui s'estime victime d'un préjudice du fait de l'activité de l'établissement, et de lui indiquer les voies de conciliation et de recours dont elle dispose* ». Cette commission de conciliation est *« investie d'une mission d'assistance, d'orientation et d'information* » aux fins de *« contribuer à prévenir les litiges* »[1764]. Ainsi, Sandie Chillon et Patrick Brossault soulignent que la conciliation « *officialise les recommandations incluses dans la circulaire du 6 mai 1995 relative aux droits des malades : le droit d'être écouté et celui d'être entendu* »[1765].

465. Cependant, cette commission de conciliation présente des faiblesses. Ainsi, elle ne revêt pas de caractère précontentieux ou transactionnel[1766]. En effet, les délibérations sur les actions judiciaires ainsi que sur les transactions étaient assurées par le conseil d'administration, au sens de l'article L. 6143-1 du Code de la santé publique, dans son

---

[1761] Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *JO* n°98 du 25 avril 1996, p. 6324.
[1762] Décret n°98-1001 du 2 novembre 1998 relatif à la commission de conciliation prévue à l'article L. 710-1-2 du code de la santé publique et modifiant ce code, *JO* n°259 du 7 novembre 1998, p. 115.
[1763] Circulaire DH/AF 1 n°99-317 du 1er juin 1999 relative à la commission de conciliation, texte non paru au Journal officiel.
[1764] Circulaire *préc.*
[1765] S. Chillon, P. Brossault, « "*Vox clamat in deserto*" ou le malentendu de la conciliation médicale », *Gaz. Pal.* 1999, n°50, p. 47.
[1766] Circulaire DH/AF 1 n°99-317 du 1er juin 1999, *préc.* : « *Pour éviter toute confusion, il convient d'emblée d'exclure toute fonction précontentieuse ou transactionnelle du champ d'action de la commission et notamment de celui du médecin conciliateur* ».

ancienne rédaction[1767]. D'autre part, la commission de conciliation ne peut pas exercer une fonction précontentieuse dès lors que le contrat d'assurance-responsabilité souscrite par un établissement contient une clause issue de l'article L. 124-2 du Code des assurances en vertu duquel « *l'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables. L'aveu de la matérialité d'un fait ne peut être assimilé à la reconnaissance de la responsabilité* ».

En d'autres termes, cette tentative de conciliation interne aux établissements de santé était vouée à l'échec puisqu'elle était subordonnée à l'accord du représentant légal et de l'assureur, l'assuré n'étant pas autorisé à transiger avec la victime[1768]. De nouvelles procédures vont alors être mises en œuvre.

B. L'INFORMATION ET LA CONCILIATION, CONDITIONS D'ÉPUISEMENT DU LITIGE MÉDICAL

466. Le procès constitue pour la victime une possibilité de mettre fin à l'ignorance dans laquelle elle est plongée, suite à un accident médical. Dès lors, selon Johanne Saison-Demars, « *l'information du patient devient* […] *l'instrument de l'extinction du litige* »[1769]. L'exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé souligne que dans les établissements de santé, « *en réalité, les commissions ont une fonction d'information et ne sont pas chargées d'organiser elles-mêmes une conciliation* »[1770]. La conciliation a pour intérêt de procurer au patient « *un éclairement et de diminuer son irritation au profit d'une vue plus saine de ce qui lui est advenu* »[1771]. La loi du 4 mars 2002 renforce l'information du patient, par l'introduction notamment de l'article L. 1142-4 du Code de la santé publique qui dispose que « *toute personne victime ou s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins ou ses ayant droits, si la personne est décédée, ou, le cas échéant, son représentant légal, doit être informée* […] *sur les circonstances et les causes de ce dommage* ».

[1767] Art. L. 714-4 al. 16 du CSP : « *Le conseil d'administration définit la politique générale de l'établissement et délibère sur :* […] *les actions judiciaires et les transactions* ».
[1768] V. notamment : P. Jean, « Droit des patients : conciliation et assurance », *RHF* 1999, n°3, p. 21-29.
[1769] J. Saison-Demars, « L'histoire mouvementée du règlement non contentieux des litiges médicaux », *RGDM* 2002, n°7, p. 208.
[1770] Exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, n°3258, 5 septembre 2001. Consulté sur : *http://www.assemblee-nationale.fr*, le 13 mars 2012.
[1771] A. Damien, « Le progrès médical et l'évolution de la responsabilité médicale », *RHF* 1990, n°3, p. 245.

Nous envisagerons, d'une part, le dispositif de conciliation interne aux établissements de santé (1) et, d'autre part, la procédure de conciliation et d'indemnisation devant la Commission régionale de conciliation et d'indemnisation (2).

1. Une conciliation interne aux établissements de santé

467. Par la loi du 4 mars 2002[1772], les commissions de conciliation deviennent des « *commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge* ». L'alinéa 2 de l'article L. 1112-3 du Code de la santé publique souligne le rôle informatif de cette commission qui « *facilite les démarches de ces personnes et veille à ce qu'elles puissent, le cas échéant, exprimer leurs griefs auprès des responsables de l'établissement, entendre les explications de ceux-ci et être informés des suites de leurs demandes* […] »[1773]. Ce dispositif concerne uniquement les établissements de santé et n'est donc pas applicable à la médecine libérale.

Cette commission a pour fonction de veiller au respect des droits des usagers et de faciliter leurs démarches. A cet effet, elle statue sur les réclamations formées par les usagers en leur indiquant les voies de conciliation et de recours. Cette commission est également chargée d'améliorer la politique d'accueil et la prise en charge des personnes malades[1774]. L'article R. 1112-81 du Code de la santé publique prévoit la composition minimale de cette commission : le représentant légal de l'établissement, un médiateur médecin et un médiateur non médecin désignés parmi le personnel de l'établissement par le représentant légal. Deux représentants des usagers sont désignés par le directeur général de l'Agence régionale de santé parmi des personnes proposées par les associations agréées[1775]. Dans les établissements de santé privés, la CRUQPC peut être composée, en sus du représentant légal, des médiateurs et des représentants des usagers, du président de la commission médicale ou de la conférence médicale, un représentant du personnel infirmier ou un aide-soignant et son suppléant, et un représentant du conseil de surveillance ou de l'organe collégial qui en tient lieu[1776].

La commission se réunit au moins une fois par trimestre. Elle revêt un caractère indépendant puisque le président de la commission qui est, par ailleurs, le responsable légal de l'établissement ne participe pas au vote au sens de l'article R. 1112-86 du Code de la santé

[1772] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc.*
[1773] Art. L. 1112-3 du CSP.
[1774] *Supra* n°364.
[1775] Art. R. 1112-83 du CSP.
[1776] Art. R. 1112-81 du CSP.

publique. En outre, les membres concernés par une plainte ou réclamation ne peuvent siéger lors de la délibération de cette affaire[1777]. En pratique, l'usager peut exprimer oralement des griefs ou formuler par écrit, auprès du responsable légal de l'établissement, une plainte ou une réclamation[1778]. Le chef d'établissement peut soit saisir directement le médiateur, soit informer le plaignant de la possibilité de saisine du médiateur[1779]. Le médiateur médecin est chargé des plaintes et des réclamations relatives à l'organisation des soins et au fonctionnement médical du service. Le médiateur non médecin traite les autres plaintes et réclamations. Lorsque l'affaire porte sur une double compétence, les deux médiateurs sont saisis[1780]. Une rencontre entre le médiateur et le plaignant est organisée dans les huit jours qui suivent la saisine. Dans un délai de huit jours suivant la rencontre, le médiateur adresse un compte-rendu au président de la CRUQPC, communiqué aux membres de la commission et au plaignant, accompagné de la plainte ou de la réclamation. L'avis de la CRUQPC est transmis au plaignant par le chef d'établissement dans un délai de huit jours à l'issue de la séance de la commission[1781].

468. Chaque établissement de santé est tenu de produire un rapport relatif à la CRUQPC afin de « *veiller au respect des droits des usagers et contribuer à l'amélioration de la qualité de l'accueil et de la prise en charge des personnes malades et de leurs proches* »[1782]. Ce rapport est validé par la commission médicale d'établissement et le conseil de surveillance de l'établissement puis validé et commenté par l'Agence régionale de santé (ARS) et la Commission spécialisée « droits des usagers » (CRSA).

Dans son rapport 2011 sur les droits des usagers, la Conférence nationale de santé présente les enseignements tirés de la création de ces commissions, au travers de ces différents rapports annuels[1783]. Elle souligne que seuls 5 % des établissements ne disposent pas d'une CRUQPC et ajoute que 10 % des établissements sont dotés d'une CRUQPC qui, en pratique, ne fonctionne pas. La mise en place des CRUQPC au sein des établissements de santé semble donc bien respectée. D'autre part, elle indique que les CRUQPC se réunissent en

---

[1777] Art. R. 1112-87 du CSP.
[1778] Art. R. 1112-91 du CSP.
[1779] Art. R. 1112-92 du CSP.
[1780] Art. *préc.*
[1781] Art. R. 1112-94 du CSP.
[1782] Art. L. 1112-3 du CSP.
[1783] Conférence nationale de santé, *Pour une approche convergente des droits des usagers du système de santé*, Rapport 2011 sur les droits des usagers adopté en Assemblée plénière, le 16 décembre 2011, p. 1-23.

majorité trois fois par an, en dépit des quatre réunions annuelles recommandées[1784]. Le rapport souligne également l'inégalité de fonctionnement de la médiation hospitalière, selon les établissements : « *certains y ont recours de manière fréquente, d'autres beaucoup plus rarement. Les médiateurs eux-mêmes perçoivent leur rôle de façon très hétérogène, certains considérant qu'ils sont là seulement pour éviter des contentieux* »[1785]. Enfin, le rapport précise que « *les médiations ne sont pas toujours proposées, le rapport de médiation n'est pas toujours adressé à la CRUQPC, ni au plaignant …* »[1786].

469. Face à ce constat, une réflexion sur la médiation hospitalière est engagée. D'une part, il est fait référence à la recommandation d'Alain-Michel Ceretti, émise lors du bilan de la loi du 4 mars 2002, selon laquelle il est nécessaire de « *sécuriser la médiation en santé, dans les suites d'un accident médical. A n'en pas douter, lorsque les professionnels de santé auront la certitude qu'ils peuvent dire la vérité sans que celle-ci puisse leur porter grief, ils seront les premiers soulagés, à pouvoir s'expliquer face aux malades et leurs familles dans la douleur* »[1787]. Il propose, à cet effet, la création d'un groupe de médiateurs qui agirait auprès du Défenseur des droits[1788]. D'autre part, le rapport évoque, comme autre solution, la création d'un groupe de médiateurs, à l'échelon départemental ou régional, pour lesquels leur serait fait interdiction d'intervenir dans un établissement dans lequel ils exercent depuis moins de trois ans, à l'instar du dispositif des personnes qualifiées dans le secteur médico-social[1789].

2. <u>Un dispositif de conciliation et de règlement amiable destiné à l'ensemble des médecins</u>

470. Les articles L. 1142-4 à L. 1142-18 du Code de la santé publique consacrent le règlement amiable des litiges dans le domaine médical par l'instauration d'une procédure de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI). Selon François Vialla, cela marque la création d'« *une culture non contentieuse en matière d'accidents médicaux* »[1790].

[1784] *Id.*, p. 13.
[1785] Conférence nationale de santé, *Pour une approche convergente des droits des usagers du système de santé, op. cit.*, p. 17.
[1786] *Ibid.*
[1787] A.-M. Ceretti, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, rapport remis à M. le Ministre du travail, de l'emploi et de la santé, le 24 février 2011, p. 256.
[1788] *Ibid*.
[1789] Art. L. 311-5 du CASF.
[1790] F. Vialla, « Modes alternatifs de règlement des conflits en matière de responsabilité médicale », *op. cit*.

471. Le dispositif de conciliation et d'indemnisation est composé d'une part, d'une commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI), de la commission nationale des accidents médicaux (CNAMed), qui a notamment pour fonction de dresser la liste nationale des experts médicaux appelés à intervenir en vertu de l'article L. 1142-8 du Code de la santé publique, et enfin, de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM).

L'article L. 1142-5 du Code de la santé publique prévoit que ces commissions, installées dans chaque région et inter région, peuvent siéger en formation de conciliation, d'une part, et en formation de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, d'autre part[1791]. Le décret du 2 mars 2012 supprime la caractère exclusivement régional de ces commissions : « *plusieurs commissions peuvent être créées dans une même région, par arrêté des ministres chargés de la santé, de la sécurité sociale et du budget, pour tenir compte du nombre de demandes d'indemnisation formulées auprès de la commission régionale existante, du nombre d'habitants de la région ainsi que du nombre de professionnels, établissements, services et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1* »[1792].

Chaque commission est composée de quarante membres parmi lesquels notamment siègent des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des représentants des acteurs directs de l'accident médical, des responsables des établissements de santé, des représentants de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des assureurs et des personnes qualifiées dans le domaine de la réparation des préjudices corporels. En moyenne, les commissions se réunissent neuf fois par an[1793].

472. En vertu de l'article L. 1142-5 du Code de la santé publique, la saisine de la CRCI est ouverte à tout patient, quel que soit le lieu de sa prise en charge, et ce, dès lors qu'il s'estime victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins. La commission peut également être saisie par le représentant légal ou les ayant droits d'un patient décédé suite à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins[1794]. La CRCI est donc le témoignage d'une volonté d'harmonisation de la responsabilité médicale en milieu

---

[1791] Art. L. 1142-5 du CSP.
[1792] Décret n°2012-298 du 2 mars 2012 modifiant le dispositif de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, *JO* n°0054 du 3 mars 2012, p. 4061.
[1793] CNAMed, *Rapport annuel au Parlement et au Gouvernement*, 2008-2009, p. 14.
[1794] Art. L. 1142-7 du CSP.

libéral et hospitalier. La demande de la victime doit être effectuée au travers d'un formulaire type dans lequel elle indique l'acte de prévention de diagnostic ou de soins ou le produit de santé qu'elle estime être à l'origine du dommage[1795]. Suite à la réception de cette demande, la commission informe l'acteur de santé concerné. Les délais de prescription et de recours contentieux sont suspendus pendant le déroulement de la procédure[1796].

En outre, la CRCI « […] *fournit une réponse réfléchie, conforme au droit et également inspirée par l'esprit d'équité* »[1797]. Pour autant, elle n'a pas pour mission de « *dire le droit* », à l'instar du juge. Elle n'est donc pas assimilable à une juridiction, en dépit de la présidence de la commission par un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire et ce même si certains auteurs lui reconnaissent cette qualité[1798]. Elle constitue une instance administrative[1799] à laquelle les patients ont la possibilité de recourir. Cela demeure une simple faculté offerte aux victimes. Eu égard à l'article L. 1142-7 du Code de la santé publique, il s'ensuit que la commission ne constitue aucunement un préalable obligatoire[1800].

473. Ce dispositif de conciliation et d'indemnisation revêt une certaine simplicité, eu égard à la facilité de dépôt de la demande. Il ne requiert pas le ministère d'avocat. En outre, l'ONIAM prend en charge les frais d'assistance du médecin-conseil ou de l'avocat, à l'issue du contentieux, sous réserve qu'aucun contrat d'assurance ne couvre ces dépenses et à concurrence de 700 euros[1801]. Enfin, au regard de l'engorgement des tribunaux, source de longs délais de traitement, le dispositif est censé présenter une certaine célérité puisque le délai légal est porté à six mois[1802]. En pratique, ce délai d'instruction, c'est-à-dire « *la durée entre le moment ou le dossier est complet et la tenue de la première commission qui va émettre l'avis* » est légèrement supérieur, de l'ordre de 8,8 mois[1803].

Son accès est toutefois limité à certaines conditions. En effet, le dispositif est uniquement applicable aux dommages intervenus à compter du 5 septembre 2001. D'autre

---

[1795] *Ibid.*
[1796] *Ibid.*
[1797] P. Lemaire, « Les droits de la défense du patient devant la commission régionale de conciliation et d'indemnisation », *RGDM* 2009, n°32, p. 94.
[1798] G. Mémeteau, « Le tango des CRCI : deux pas ici, un pas par-là ! : un guichet ou une commission ; une juridiction ! », *Méd. et Dr.* 2006, p. 17-24.
[1799] E. Cadeau, obs. sous CADA, avis du 1er avril 2004, *RGDM* 2004, n°13, p. 331 ; V. Rachet-Darfeuille, obs. sous CADA, avis du 11 septembre 2008, *RGDM* 2009, n°31, p. 341.
[1800] V. notamment L. Helmlinger, « Les commission régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux : ni excès d'honneur, ni indignité », *AJDA* 2005, p. 1875.
[1801] A.-M. Ceretti, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, op. cit.*, p. 108 ; V. Délibération du conseil d'administration du 28 mars 2007.
[1802] Art. L. 1142-8 du CSP.
[1803] ONIAM, *Rapport annuel d'activité 2011*, 2012, p. 10.

part, les préjudices subis par le patient, directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins, doivent dépasser un certain seuil de gravité fixé par décret, à savoir « *une atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieure à 24 %, ou, un arrêt temporaire des activités professionnelles pendant une durée au moins égale à 6 mois consécutifs, ou à 6 mois non consécutifs sur une période de 12 mois, ou, sur la même période, des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 %, à titre exceptionnel, lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, ou lorsque celui-ci occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence*»[1804].

Lorsque le préjudice subi ne présente pas un caractère de gravité suffisant, la commission informe le plaignant de la possibilité de saisir la commission en formation de conciliation[1805]. De même, tout usager peut également saisir la commission en formation de conciliation *a priori*. Les articles R. 1142-19 à R. 1142-23 du Code de la santé publique encadrent cette procédure pour laquelle aucun caractère de gravité n'est requis. La demande peut concerner « *tout litige ou difficulté né à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, notamment les questions telles que les difficultés d'accès au dossier médical ou le perte et le bris de prothèses lors d'une hospitalisation* »[1806]. Le président de la commission peut se dessaisir de la demande, avec l'accord de la victime, en la transmettant, soit à la CRUQPC, soit à l'assemblée interprofessionnelle régionale[1807], soit au conseil départemental de l'ordre concerné par le litige. Elle peut également, par délégation, confier la demande de conciliation à l'un de ses membres ou à un ou plusieurs médiateurs indépendants. L'objectif est de parvenir à concilier les parties et de constater, le cas échéant, en cas d'accord partiel ou total, la conciliation dans un protocole d'accord.

En revanche, lorsque le préjudice présente le caractère de gravité requis, la commission diligente une expertise afin d'émettre un avis dans un délai de six mois à compter de la date de réception du dossier complet. La commission se prononce « *sur les*

[1804] Art. D. 1142-1 du CSP modifié par le décret n°2011-76 du 19 janvier 2011 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, *JO* n°0017 du 21 janvier 2011, p. 1287.
[1805] Art. L. 1142-15 al. 1 du CSP.
[1806] A.-M. Ceretti, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, op. cit.*, p. 115.
[1807] Art. L. 4393-2 du CSP.

circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages subis et le régime d'indemnisation applicable »[1808], selon qu'il s'agisse de l'ONIAM dans l'hypothèse d'un aléa thérapeutique ou de l'assureur du médecin dans l'hypothèse d'une faute et constitue, à ce titre, une pièce centrale dans la mise en œuvre d'un règlement amiable. Cependant, l'ONIAM n'est pas lié par les avis rendus par les CRCI.

La limitation de la portée des avis des CRCI concourt à la thèse de l'assimilation de la CRCI à une structure administrative plutôt qu'à une juridiction[1809]. Ainsi, Jean Penneau souligne que l'avis de la CRCI n'est « *pas une décision de caractère juridictionnel mais* [...] *un avis sans caractère obligatoire intrinsèque* »[1810]. Le 28 juillet 2005, par ordonnance de référé, le Tribunal administratif de Versailles considère que l'ONIAM n'est pas tenu par les avis émis par la CRCI[1811]. En outre, le 10 octobre 2007, le Conseil d'Etat rappelle qu'« *il ressort de l'ensemble des dispositions que les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, dont la saisine est dépourvue de caractère obligatoire, et dont les avis ne lient pas l'ONIAM, sont des commissions administratives dont la mission est de faciliter par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges* [...] »[1812]. Par ailleurs, le 6 mai 2010, la Cour de cassation considère que « [...] *les CRCI étant des commissions administratives dont la mission est de faciliter, par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux, des affections iatrogènes ou des infections nosocomiales, la Cour d'appel a retenu, par une exacte application des textes prétendument violés, que l'ONIAM n'était pas lié par l'avis émis par la CRCI* »[1813]. Il s'ensuit que seule la transaction issue de cet avis tranche le litige définitivement. Elle revêt de ce fait autorité de la chose jugée, en vertu de l'article 2052 du Code civil[1814].

[1808] Art. L. 1142-8 du CSP.
[1809] B. Apollis, « Procédure de règlement amiable des litiges médicaux : la position du Conseil d'Etat », *RDS* 2008, n°21, p. 26.
[1810] J. Penneau, « Présentation générale critique des dispositions relatives à la réparation des conséquences des risques sanitaires » *in La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, éd. 2003, Paris, P.U.F, spéc. p. 3.
[1811] D. Thouvenin, note sous ord. de référé, 28 juillet 2005, *D.* 2005, p. 2364.
[1812] C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590 ; Concl. J.-P. Thiellay, *AJDA* 2007, p. 2328 ; Obs. B. Plessix, *JCP G* 2007, I, 214 ; Obs. J. Saison-Demars, *RGDM* 2007, n°25, p. 325 ; Note V. Rachet-Darfeuille, *RGDM* 2008, n°26, p. 294 ; Concl. J.-P. Thiellay, *RFDA* 2008, p. 343 ; Note B. Apollis, *RDS* 2008, p. 28 ; Obs. J. Penneau, *D*. 2008, p. 695 ; Note D. Cristol, *RDSS* 2008, p. 68 ; Note B. Apollis, F. Vialla, *JCP G* 2008, II, 10007, p. 28 ; Note C. Paillard-Cormier, *JCP A* 2008, 2077.
[1813] Cass. 1ère civ., 6 mai 2010, 09-66.947.
[1814] P. Moreau, « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation : ni placebo, ni panacée », *JCP A* 2006, 1059.

En second lieu, l'avis de la CRCI ne semble pas s'imposer pas au juge[1815]. Tel est le cas notamment des avis dits « *positifs* »[1816] de la CRCI, qui concluent en faveur de la victime pour un engagement de la responsabilité médicale ou de la solidarité nationale. Dans cette hypothèse, les avis sont qualifiés d'actes préparatoires et ne peuvent, à ce titre, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, hors les cas où la victime entame une procédure contentieuse de demande d'indemnisation ou en cas d'action subrogatoire[1817]. Dans l'hypothèse d'une saisine du juge, il convient de s'interroger sur la portée de l'avis de la CRCI dans le prétoire. La décision de la Cour d'appel de Versailles considère que « *l'avis donné par la CRCI l'a été dans le cadre de la procédure de règlement amiable* [...] *; que cet avis, qui ne s'impose pas au juge, ne saurait en conséquence être pris en considération* »[1818].

En revanche, certains actes de la CRCI, dits « *négatifs* », qui mettent fin à la procédure de règlement amiable, constituent des actes décisoires qui font grief, en privant la victime de la procédure de règlement amiable, et peuvent donc, à ce titre, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Tel est le cas lorsque la CRCI émet un avis négatif en cas d'irrecevabilité de la procédure de règlement amiable, dès lors que la date de survenance de l'acte médical litigieux est antérieure au 5 septembre 2001. Il peut s'agir également de la déclaration d'incompétence de la CRCI lorsque la victime ne remplit pas les critères de gravité au sens de l'article D. 1142-1 du Code de la santé publique. Le Tribunal administratif de Bastia, le 12 septembre 2005, considère que « *la déclaration d'incompétence de la CRCI n'est ni un avis, ni un acte préparatoire, mais un refus de proposition constitutif d'une décision administrative faisant grief, et comme tel, susceptible de recours* »[1819].

474. Certaines critiques relatives au fonctionnement de ce dispositif de règlement amiable et de conciliation ont pu être soulevées. Dans le domaine de la conciliation, certains auteurs regrettent que ces commissions « [...] *soient assez démunies, privées en particulier de la faculté de diligenter une expertise, avec, pour conséquence, des constats d'échec de la recherche de conciliation, qui placent les requérants dans un sentiment de frustration qu'il faut déplorer au regard de l'objectif de résolution des difficultés nées de la relation de*

[1815] TA Châlons en Champagne, ord. 17 juin 2005, n°0500433.
[1816] P. Mistretta, « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) ou les désillusions du règlement amiable des litiges médicaux », *JCP G* 2006, I, 198.
[1817] Art. L. 1142-8 al. 3 du CSP.
[1818] C.A. Versailles, 3 mai 2006, n°05/06704.
[1819] TA Bastia, 12 septembre 2005, n°0500230 ; C. Paillard-Cormier, *JCP A* 2006, 1116, p. 679.

soins »[1820]. En outre, la CRCI dispose d'un accès restreint et ne procure donc pas aux patients la garantie d'une alternative au contentieux. Dès lors, « *si l'on appréhende le dispositif comme une alternative à la "judiciarisation", il y a un paradoxe certain à renvoyer les victimes affectées d'un faible préjudice à la seule voie juridictionnelle* »[1821].

475. Eu égard aux différentes études statistiques menées, ce dispositif présente une incontestable utilité sociale. Le rapport 2010 de l'Observatoire des risques médicaux pour la période 2006-2009 note le règlement par voie amiable de 70 % des dossiers et le passage en commission régionale de conciliation et d'indemnisation pour 80 % d'entre eux[1822]. En outre, comme le prévoit l'article L. 1142-10 du code de la santé publique, la Commission nationale des accidents médicaux (CNAMed) a remis, au Parlement et au gouvernement, un rapport pour 2010-2011[1823]. Ce rapport souligne, tout d'abord, une augmentation du nombre de dossiers traités par la CRCI qui est passé de 1 996 dossiers en 2006 à 2601 dossiers en 2010[1824]. Par ailleurs, la procédure de règlement amiable, en vue d'une indemnisation, semble susciter un intérêt plus marqué que la conciliation. En effet, pour l'année 2010-2011, la CNAMed précise qu'une conciliation a été sollicitée uniquement dans 271 cas[1825]. Déjà en 2006, Patrick Mistretta affirmait qu'au regard des 149 demandes de conciliation en 2004 et des 57 demandes de conciliation au premier semestre 2005, « *la procédure de conciliation devant les CRCI est un leurre puisqu'elle représente moins de 3 % de l'activité des CRCI* »[1826].

Un détour par les rapports des compagnies d'assurance nous permet d'appréhender l'étendue du recours à cette procédure. Pour l'année 2010, la SHAM, assureur des établissements de santé, note que « *les règlements à l'amiable et le recours aux Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation sont de plus en plus nombreux* »[1827]. Ainsi, en

---

[1820] P. Lemaire, « Les droits de la défense du patient devant la commission régionale de conciliation et d'indemnisation », *RGDM* 2009, n°32, p. 94-95.
[1821] L. Helmlinger, « Les commission régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux : ni excès d'honneur, ni indignité », *AJDA* 2005, p. 1875.
[1822] ORM, *Rapport 2010 pour la période 2006-2009*, janvier 2011, 28 p.
[1823] CNAMed, *Rapport au Parlement et au gouvernement 2010-2011*, 2010, 125 p.
[1824] *Id*., p. 25.
[1825] *Id*., p. 30.
[1826] P. Mistretta, « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) ou les désillusions du règlement amiable des litiges médicaux », *op. cit*.
[1827] SHAM, « Bilan des risques médicaux en 2010 : toujours plus de réclamations mais des règlements à l'amiable en hausse », communiqué de presse, 10 novembre 2011. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 15 décembre 2011.

2010, 2 172 sinistres corporels déclarés par les assurés de la SHAM sont issus de la saisine d'une CRCI par un patient ou un ayant droit contre 1 279 sinistres corporels en 2006[1828].

En outre, l'étude de l'évolution de la part de saisines CRCI dans les réclamations fait apparaître qu'en 2010, 38 % des sinistres corporels déclarés à la SHAM ont fait l'objet d'une saisine de la CRCI contre 26 % en 2006, 32 % en 2007, 32 % en 2008 et 35 % en 2009[1829]. En outre, la SHAM indique que 83 % des dossiers corporels et matériels ont été réglés en 2010 par voie amiable. Pour les seuls dossiers corporels, 41% ont été réglés à l'amiable versus 36 % en 2009. Christian Germond, Directeur de la SHAM, souligne ainsi « *la place essentielle prise depuis quelques années par cette voie originale de résolution des conflits en matière de dommages corporels subis par les patients* »[1830]. Il ajoute que « *peu à peu, les CRCI s'affirment comme une voie normale pour régler des accidents de responsabilité médicale* »[1831]. La faveur est donc donnée au règlement amiable dans la gestion des réclamations[1832].

Enfin, le rapport 2011 du Sou médical, assureur des médecins libéraux, souligne que 28 % des déclarations d'accidents corporels ont fait l'objet d'une saisine de la CRCI[1833]. Ainsi, en 2010, les CRCI ont rendu 418 avis concernant des médecins sociétaires de cette assurance. Ce nombre d'avis est en constante augmentation depuis les cinq dernières années, puisqu'en 2006, on comptabilisait 213 avis[1834].

476. Pierre Moreau évoque différentes raisons pouvant expliquer ce bilan mitigé en matière de conciliation[1835]. L'organisation des commissions en quatre pôles interrégionaux pourrait constituer un obstacle à la conciliation, faute de proximité. Cependant, depuis le décret du 2 mars 2012 modifiant le dispositif de règlement amiable[1836], le caractère régional de ces commissions est supprimé. Une certaine proximité pourrait donc naître de la création de plusieurs commissions de conciliation et d'indemnisation dans une même région. D'autre part, Pierre Moreau souligne que la conciliation, qu'elle intervienne *a priori* ou *a posteriori*,

---

[1828] SHAM, *Panorama du risque médical en 2010*, 2011, p. 35.
[1829] *Ibid.*
[1830] *Ibid.*
[1831] *Ibid*.
[1832] *Id.*, p. 41.
[1833] Sou médical-Groupe MACSF, *Le risque des professionnels de santé en 2010*, 2011, p. 6.
[1834] *Id.*, p. 86.
[1835] P. Moreau, « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation : ni placebo, ni panacée », *op. cit.*
[1836] Décret n°2012-298 du 2 mars 2012 modifiant le dispositif de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, *JO* n°0054 du 3 mars 2012, p. 4061.

souffre d'un déficit de connaissance par les usagers[1837]. Enfin, il ajoute que le recours à la conciliation, en cas d'échec de la procédure de règlement amiable, demeure peu utilisé, la préférence étant alors donnée à la voie contentieuse[1838].

Après avoir présenté les procédures de règlement amiable qui constituent une possibilité efficace d'éviter le règlement judiciaire d'un conflit, il convient d'envisager le règlement amiable comme une étape préalable à la formation d'une procédure contentieuse.

§2. Le règlement amiable comme préalable obligatoire à une procédure contentieuse

477. A l'instar du Doyen Jean Carbonnier, il peut être constaté que « *tous les litiges ne deviennent pas procès* »[1839]. En effet, certaines institutions, en relation directe et continue avec les médecins, ont développé des procédés de règlement amiable qui constituent des étapes obligatoires avant toute procédure contentieuse. Il s'agit des procédés de règlement amiable développés, d'une part, par le Conseil national de l'ordre des médecins (A) et, d'autre part, par l'Assurance maladie (B).

A. L'ORDRE DES MÉDECINS, INITIATEUR DE PROCÉDURES DE RÈGLEMENT AMIABLE

478. Conscient du coût, de la complexité et des conséquences désastreuses que le procès classique peut entraîner sur l'exercice professionnel du médecin, le Conseil national de l'Ordre des médecins offre aux médecins des solutions alternatives pour régler les litiges. Aussi envisagerons-nous successivement la conciliation (1) et l'arbitrage (2), tous deux développés par l'institution ordinale.

1. La conciliation ordinale

479. La conciliation ordinale constitue une étape obligatoire préalablement à la formation d'une procédure contentieuse ordinale (a). Elle est également obligatoire, eu égard au respect du principe de confraternité (b).

[1837] P. Moreau, « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation : ni placebo, ni panacée », *op. cit*.
[1838] *Ibid*.
[1839] J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F, 1994, p. 174-175.

a. La conciliation, étape préalable obligatoire à la procédure contentieuse ordinale

480. La conciliation constitue une étape préliminaire à toute procédure ordinale déclenchée par un confrère ou un patient[1840]. L'article L. 4123-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 30 janvier 2007[1841], dispose qu'« *il est constitué auprès de chaque conseil départemental une commission de conciliation composée d'au moins trois de ses membres. La conciliation peut être réalisée par un ou plusieurs des membres de cette commission, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

481. Conformément à l'article R. 4123-20 du Code de la santé publique, « *les parties au litige sont convoquées à une réunion et entendues par le ou les membres de la commission pour rechercher une conciliation* ». En pratique, lorsqu'une plainte est portée devant le Conseil départemental, le médecin est convoqué en vue d'une conciliation dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte. Le plaignant peut accepter ou refuser la conciliation. En revanche, lorsque le médecin mis en cause refuse la conciliation, la plainte est transmise à la Chambre disciplinaire de première instance. A titre illustratif, dans une décision du 12 novembre 2009, la Chambre disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins regrette « *l'absence du Dr B. à la réunion de conciliation organisée par le conseil départemental de l'ordre des médecins* […] *auprès duquel elle ne s'est pas excusée* »[1842].

Au terme de cette réunion de conciliation, un procès-verbal est dressé. La réussite de la conciliation vaut extinction du litige. Dans l'hypothèse où la conciliation réussit partiellement ou échoue, la plainte est alors transmise à la chambre disciplinaire de première instance, dans un délai de trois mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte, accompagnée d'un avis motivé du Conseil départemental qui peut s'associer à la plainte[1843]. Lorsque la conciliation est partielle, le procès-verbal établi doit faire apparaître les points de désaccord qui subsistent.

482. Cette procédure de conciliation a fait l'objet d'une enquête à laquelle 87,5 % des départements ont participé, et a été présentée lors de l'Assemblée générale du Conseil

---

[1840] Art. L. 4123-2 du CSP ; Art. R. 4123-18 à R. 4123-21 du CSP.
[1841] Loi n°2007-127 du 30 janvier 2007 ratifiant l'ordonnance n°2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique, *JO* 1er février 2007, p. 1937.
[1842] Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins, 12 novembre 2009, cdn 10295.
[1843] Art. L. 4123-2 du CSP.

national de l'Ordre des médecins, le 25 octobre 2008[1844]. Ainsi, il est fait état de 2 061 plaintes pour lesquelles 1 645 tentatives de conciliations ont pu être organisées et 416 n'ont pu avoir lieu, par carence d'une des parties. Le taux de réussite de la conciliation, à l'aube de sa création, est de 46,6 %. Ce taux est resté stable (46 %) comme le mentionne une enquête menée en 2010[1845].

Parallèlement à cette tentative de conciliation, préalable à une procédure ordinale, la conciliation constitue également une obligation déontologique.

b. La conciliation, condition du respect du principe de confraternité

483. L'article R. 4127-56 du Code de la santé publique pose l'obligation de la saisine de l'instance de conciliation dans le cadre d'un différend entre deux praticiens : « *un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental de l'Ordre* ». Le Conseil de l'Ordre, dans ses commentaires, précise notamment que la conciliation constitue une obligation déontologique qui, non respectée, peut entraîner des sanctions disciplinaires : « *compte tenu de l'implication de nombreux facteurs dans les situations litigieuses et de leurs intrications, il est souvent nécessaire, dans un souci de clarification, de recueillir les avis et conseils d'une personne tierce, expérimentée et capable de procéder à un réexamen de l'objet et des circonstances d'un désaccord. Non seulement c'est une recommandation de bon sens, mais plus encore une obligation : le médecin doit rechercher une conciliation, il s'agit là d'une règle déontologique. Le médecin qui s'y soustrait peut se le voir reprocher par la juridiction disciplinaire* »[1846].

484. Des décisions de la Chambre disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins soulignent le non respect de cet article R. 4127-56 du Code de la santé publique. Ainsi, le 1er février 2011, la chambre disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins considère « *qu'en refusant de se rendre à la réunion de conciliation organisée par le conseil départemental d'Indre-et-Loire le lundi 8 décembre 2008* […] *pour tenter de trouver une solution au différend les opposant au Dr G., les Drs D., P. et S. ont adopté un comportement contraire* […] *aux dispositions* […] *de l'article R. 4127-56 du code de la santé*

[1844] CNOM, *Résultats de l'enquête sur la nouvelle procédure de conciliation*, 25 octobre 2008.
[1845] CNOM, *Chambre disciplinaire de 1ère instance et d'appel. Bilan d'activité 2011*, 21 septembre 2012.
[1846] ONM, Commentaires de l'art. 56 du CDM.

publique »[1847]. De même, l'acceptation de la conciliation sous la double condition « *qu'elle se déroule en "terrain neutre" et en présence d'un huissier* » équivaut à un refus de conciliation et constitue à ce titre, un manquement à la confraternité, au regard de l'article R. 4127-56 du Code de la santé publique[1848]. Dans une autre espèce, la Chambre disciplinaire rappelle que la recherche d'une conciliation n'exclut toutefois pas la possibilité d'une voie contentieuse : « *Si l'article R. 4127-56 du CSP fait au médecin un devoir de rechercher la conciliation en cas de différend avec un confrère, il ne saurait faire obstacle au droit de chacun à saisir directement un juge de toute action d'ordre civil qu'il estime pouvoir engager contre un médecin* »[1849].

485. Les nouvelles conditions d'exercice en groupe ou en établissement de santé des médecins sont à l'origine de la plupart des différends entre praticiens. A cet effet, le Conseil national de l'ordre des médecins a adopté, en 2004, une clause de recours à une conciliation préalable[1850], que contiennent la plupart des modèles de contrats dans le domaine médical[1851]. Le Conseil encourage les médecins à intégrer cette clause dans leurs contrats d'exercice. Dès lors que le contrat contient une telle clause, le médecin doit rechercher, par confraternité, une issue amiable au différend avant d'engager toute procédure contentieuse. La conciliation trouve alors son fondement dans le contrat. Comme toute procédure de conciliation, un protocole est signé lorsque les parties parviennent à concilier. En revanche, dans l'hypothèse

---

[1847] Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins, 1er février 2011, cdn 10713, 10714 et 10715.
[1848] C.E., 17 décembre 2003, *Ordre des Médecins*, ce228395sd.
[1849] Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins, 16 mars 2010, cdn 10400.
[1850] CNOM, « Clause de conciliation et d'arbitrage », adopté lors de la session du 10 décembre 2004 : « *tous les litiges ou différends relatifs notamment à la validité, l'interprétation, l'exécution ou la résolution de la présente convention, du présent contrat ou des présents statuts, seront soumis avant tout recours à une conciliation confiée au Conseil départemental de l'Ordre des médecins, en application de l'article 56 du code de déontologie médicale* ».
[1851] V. notamment : art. 9 du contrat d'association entre médecins de même discipline sans mise en commun des honoraires ; Art. 21 du contrat d'association entre médecins de même discipline ou entre médecins omnipraticiens avec mise en commun des honoraires ; Art. 18 du contrat de médecin collaborateur libéral ; Art. 20 du contrat de collaboration salariée ; Art. 23 du contrat de collaboration salariée entre une société d'exercice et un médecin salarié ; Art. 13 du contrat entre un médecin et une société exploitant un site Internet dans le domaine de la santé ; Art. 32 des statuts d'une société civile de moyens ; Art. 46 des statuts d'une société civile professionnelle de médecins non biologistes ; Art. 18 du contrat de médecin coordonateur en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes ; Art. 11 du contrat pour l'exercice de la médecine par un étudiant en médecin en qualité d'adjoint d'un docteur en médecine ; Art. 17 du contrat pour un médecin du sport donnant des soins aux sportifs (qui sont salariés ou sous contrat d'une structure sportive ou membres des équipes de France) ; Art. 15 du contrat pour un médecin du sport (suivi et aptitude) ; Art. 11 du contrat de surveillance des épreuves sportives ; Le schéma de contrat d'exercice pour les médecins exerçant dans un établissement privé à but non lucratif participant à l'exécution du service public hospitalier prévoit une clause de conciliation ; Article 11 du contrat entre praticiens et cliniques privées ; Art. 9 du contrat de remplacement en exercice libéral par un autre médecin inscrit au Tableau ; Art. 9 du contrat de remplacement en exercice libéral par un étudiant en médecine titulaire d'une licence de remplacement ; Art. 11 du contrat de médecin responsable de l'information médicale dans les établissements de santé privés ; Art. 8 du contrat de cession de cabinet ; Art. 30 des statuts d'une SELARL de médecins.

où la conciliation échoue, un procès-verbal de non conciliation est établi. Le cas échéant, l'affaire suit la voie contentieuse. Il ne peut être reproché au médecin de n'avoir pu concilier : « *le fait que le médecin n'ait pas présenté de solution lors d'une conciliation ne peut être retenu comme une faute* »[1852].

Dans la prolongation de la conciliation, nous envisagerons une autre procédure : l'arbitrage ordinal.

2. La procédure d'arbitrage ordinal

486. L'arbitrage est une technique de gestion des conflits issue du droit commercial. Depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001[1853], l'article 2061 du Code civil dispose que « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* »[1854]. Il en résulte que le recours à l'arbitrage constitue une possibilité de règlement d'un conflit lorsqu'il oppose deux médecins, notamment dans le cadre de leur exercice en groupe de la médecine mais également lors d'un litige entre un médecin et un établissement de santé privé. En revanche, tout conflit portant sur un manquement au code de la déontologie médicale ne peut faire l'objet d'un arbitrage. Les médecins peuvent recourir à l'arbitrage sous réserve qu'une tentative de conciliation ait été menée au préalable. L'arbitrage repose soit sur une clause compromissoire contenue dans le contrat qui lie les parties, soit sur un compromis d'arbitrage prévu par les parties, après la naissance du litige. Dans la première hypothèse, l'arbitrage constitue une étape obligatoire reposant sur une base contractuelle.

487. Conformément au règlement d'arbitrage adopté le 3 septembre 2004, la Chambre nationale d'arbitrage des médecins, association loi 1901 créée en 2004, peut être saisie d'une demande d'arbitrage, lorsqu'une clause compromissoire est prévue par le contrat. A l'instar de la clause de conciliation, le Conseil national de l'ordre des médecins a adopté une clause d'arbitrage en 2004[1855] pouvant être insérée dans les contrats professionnels. Cette clause offre deux possibilités. La première consiste à soumettre le différend à un arbitre unique. La

---

[1852] Section disciplinaire de l'Ordre des médecins, 3 mai 2000, sd7060.
[1853] Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *préc.*
[1854] *Supra* n°453 à 457.
[1855] CNOM, « Clause de conciliation et d'arbitrage », adopté lors de sa session du 10 décembre 2004 : « *En cas d'échec de la conciliation, les litiges ou différends relatifs à la validité, l'interprétation, l'exécution ou la résolution de la présente convention du présent contrat ou des présents statuts, seront soumis à l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage de la Chambre nationale d'Arbitrage des médecins* ».

seconde vise à soumettre le litige à trois arbitres. Il peut être fait appel de la sentence arbitrale uniquement dans l'hypothèse d'un arbitre unique. Quelle que soit l'option choisie, les arbitres peuvent statuer, à la demande des parties, soit en droit, soit en « *amiable compositeur* ». Le Doyen Cornu définit l'amiable compositeur tel l'« *arbitre auquel la convention d'arbitrage donne mission de trancher le litige en équité, ex æquo et bono, sans être tenu de suivre, sauf si elles sont d'ordre public, les règles de droit (de fond ou de procédure), l'arbitre ayant, dans cette mesure, le pouvoir d'écarter la règle de droit normalement applicable, sans être privé du pouvoir de statuer en droit : mission comparable à un pouvoir modérateur, mais d'origine conventionnelle* »[1856]. Les parties peuvent cependant y renoncer.

Les arbitres, médecins ou avocats, sont choisis sur une liste nationale des arbitres arrêtée par le bureau de la Chambre nationale d'arbitrage des médecins, conformément à l'article 14 de ses statuts. En janvier 2011, cette liste comprenait cinquante-cinq arbitres médecins et douze arbitres avocats. Quel que soit le choix des parties de recourir à un ou plusieurs arbitres, la présence d'un arbitre médecin est obligatoire. Lorsque les parties parviennent à un accord, une sentence arbitrale est rendue qui, si elle détient les mêmes effets qu'un jugement, ne revêt pas de force exécutoire. Cependant, lorsqu'une partie refuse d'appliquer la sentence arbitrale, une ordonnance d'*exequatur* peut être sollicitée par saisine du tribunal.

488. Le recours à l'arbitrage présente de nombreux avantages pour le médecin. En effet, cette procédure garantit la confidentialité de l'affaire puisque les audiences et les sentences arbitrales ne sont pas rendues publiques. En outre, les arbitres, issus du même milieu professionnel que le médecin et disposant donc d'une vue acérée de la problématique, sont formés à la procédure d'arbitrage. La procédure offre, par ailleurs, une certaine souplesse puisque le fond du litige prime sur la forme. Enfin, la décision arbitrale, rendue dans un court délai, permet une résolution rapide du litige puisque la sentence doit être rendue dans un délai de six mois[1857].

L'institution ordinale n'est pas seule à avoir mis en place des étapes de procédures amiables avant un recours contentieux. L'Assurance maladie a également développé des procédés de règlement amiable.

[1856] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Amiable compositeur », *op. cit*.
[1857] V. P. Borra, « Un mode plus simple de règlement des contentieux médicaux », CNOM, juin 2005. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 1er février 2012.

B. L'ASSURANCE MALADIE, INITIATRICE DE PROCÉDURES DE RÈGLEMENT AMIABLE

489. Les relations entre les caisses d'assurance maladie et les médecins, aussi houleuses peuvent-elles être notamment lorsqu'elles concernent le contrôle médical ou encore le problème de refus de soins opposés par les médecins, ne mènent pas nécessairement au contentieux. D'autres étapes obligatoires doivent être suivies avant le recours judiciaire. Aussi envisagerons-nous successivement la procédure précontentieuse devant la Commission de recours amiable (1), la conciliation dans le cadre d'un refus de soins (2) et la procédure de mise sous accord préalable (2).

1. La procédure précontentieuse devant la Commission de recours amiable

490. Le contentieux général de la sécurité sociale trouve sa spécificité dans l'introduction d'une procédure précontentieuse devant la Commission de recours amiable (CRA). A titre d'illustration, l'article L. 133-4 du Code de la sécurité sociale dispose qu'une procédure de recouvrement d'indus peut être déclenchée « *en cas d'inobservation des règles de tarification ou facturation des actes, prestations, produits* […], *des frais de transport* […] *ou en cas de facturation en vue de remboursement par les organismes d'assurance maladie d'un acte non effectué ou de prestations et produits non délivrés* ». La première phase de ce recouvrement d'indu consiste en l'envoi d'une lettre motivée en recommandé avec accusé de réception au médecin concerné par cet indu. A l'instar de l'ensemble des décisions notifiées par l'assurance maladie, la saisine de la commission de recours amiable constitue une procédure gracieuse obligatoire avant toute procédure contentieuse en première instance, devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS).

Un arrêt de principe du 28 avril 2011 rappelle l'obligation de saisine de la Commission de recours amiable (CRA), conformément aux articles R. 142-1 et R. 142-18 du Code de la sécurité sociale : « *un assuré ou cotisant qui a été informé d'une décision d'un organisme social avec indication des voies de recours ne peut saisir le juge compétent sans avoir saisi préalablement la commission de recours amiable de cet organisme lorsqu'il souhaite contester cette décision* »[1858].

[1858] Cass. 2ème civ., 28 avril 2011, n°10-17.669

491. La commission de recours amiable n'est pas une juridiction : ses décisions sont de nature administrative. Elle a pour mission de statuer sur les réclamations formées contre les décisions des organismes de sécurité sociale relevant du contentieux général. Le recours direct devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) par le médecin concerné est donc irrecevable.

La Commission de recours amiable est saisie par lettre, dans un délai de deux mois à compter de la notification contre laquelle la réclamation est formée[1859]. La Commission rend sa décision dans le délai d'un mois à compter de la réception de la réclamation. Passé ce délai, l'intéressé peut considérer que sa demande est rejetée[1860]. La décision est notifiée à l'intéressé, elle doit être motivée et indiquer les délais et modalités de recours devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale[1861]. Lorsque la décision de la CRA ne donne pas satisfaction à l'intéressé, celui-ci peut alors la contester dans le cadre d'une procédure contentieuse[1862].

2. La conciliation dans le cadre d'un refus de soins

492. Dans une enquête réalisée en juin 2006 par le Fonds de financement de la CMU, Jean-François Chadelat souligne la difficulté d'obtention de soins ou de produits médicaux pour les bénéficiaires de la Couverture maladie universelle complémentaire (CMU-C)[1863]. Cette étude met en exergue un taux de refus de prise en charge des patients CMU-C de l'ordre de 4,8 % chez les médecins généralistes et de 41 % chez les médecins spécialistes. Plus récemment, une enquête menée en 2009 souligne le refus de prise en charge de patients bénéficiaires de la CMU-C opposé par 22 % des médecins spécialistes en secteur 2, cette proportion atteignant 50 % à Paris[1864].

493. Le refus de soins, défini de façon large « *par tout comportement qui conduirait, directement ou indirectement, à une absence de soins ou de traitements adaptés à la situation du patient* »[1865], est sanctionné par l'article 7 du Code de déontologie médicale, codifié à

[1859] Art. R. 142-1 du CSS.
[1860] Art. R. 142-6 du CSS.
[1861] Art. R. 142-4 du CSS.
[1862] Art. R. 142-18 du CSS.
[1863] J.-F. Chadelat, *Les refus de soins aux bénéficiaires de la CMU*, Ministère de la santé et des solidarités, décembre 2006, 32 p.
[1864] CISS, FNATH, UNAF, « Journée "Assurance maladie" contre les refus de soins », 8 juin 2009, p. 5. Consulté sur : *http://www.leciss.org/th%C3%A8mes-de-mobilisation/acc%C3%A8s-aux-soins?eid=59&p=1*, le 12 mars 2010.
[1865] IDS, « Le refus de soins opposé au malade », Université Paris-Descartes, juin 2010, p. 5. Consulté sur : *http://www.institutdroitsante.com*, le 14 mars 2012.

l'article R. 4127-7 du code de la santé publique[1866]. En outre, l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique dispose qu'« *aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention et aux soins* », ce qu'a rappelé la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE), dans ses délibérations du 6 novembre 2006[1867]. Par ailleurs, le Code pénal prévoit dans son article 225-1 que constitue une discrimination « […] *toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée…* ». Enfin, le refus de soins est assimilable à un refus de vente, au sens des articles L. 122-1 et R. 121-13 du Code de la consommation.

494. Dès lors, en cas de refus de soins, il s'ensuit qu'une plainte contre le professionnel de santé peut être déposée, et ce qu'il s'agisse d'un professionnel libéral ou hospitalier[1868]. Dans un premier temps, la réforme du 13 août 2004 a introduit la mission de conciliation au sein de chaque organisme de sécurité sociale[1869]. Ainsi, un assuré qui rencontre des difficultés dans l'accès aux soins peut saisir un conciliateur qui examine sa demande, tel que le prévoit l'article L. 162-15-4 du Code de la sécurité sociale[1870]. En 2008, la mission de conciliation de l'Assurance Maladie est étendue au traitement des réclamations des refus de soins formulés par les assurés et aux difficultés exprimées par les professionnels de santé, dans le cadre des soins prodigués aux bénéficiaires de la Couverture Maladie Universelle Complémentaire (CMU-C)[1871].

En outre, en 2009, la loi « HPST » consacre la possibilité de sanctionner un praticien

---

[1866] Art. 7 du CDM, codifié à l'art. R. 4127-7 du CSP : le professionnel de santé doit *« écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard […]* ».
[1867] HALDE, Délibérations du 6 novembre 2006, n°2006-232 à 234.
[1868] Sur les médecins hospitaliers, V. Art. R. 4126-1 du CSP.
[1869] Loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, *préc.*
[1870] V. également : circulaire 61/2005 du 13 juin 2005 relative aux procédures applicables en cas de refus ou de difficultés d'accès aux soins, refus de vente ou non respect des limites tarifaires dans le cadre de la CMU-C.
[1871] Circulaire 33/2008 du 30 juin 2008 relative à la prise en charge des réclamations et plaintes formulées par les bénéficiaires de la CMU complémentaire ou par les professionnels de santé.

en cas de refus de soins[1872]. Désormais, l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique prévoit un nouveau dispositif de contrôle et de sanction, au travers la création d'une commission de conciliation *ad hoc*, constituée à parité de représentants de l'Ordre professionnel concerné et de l'organisme local d'assurance maladie. En l'espèce, toute plainte d'un patient doit être communiquée soit au Président du Conseil départemental de l'ordre professionnel concerné soit à l'organisme local d'assurance maladie et adressée à l'autorité qui n'en a pas été destinataire. Le professionnel de santé mis en cause est alors convoqué dans un délai d'un mois. Hors cas de récidive, une conciliation est organisée par la commission mixte paritaire dans un délai de 3 mois à compter de la réception de la plainte. Lorsque la conciliation échoue, le Président du Conseil départemental transmet la plainte à la juridiction ordinale. Ce n'est qu'en cas de carence du Conseil départemental que le directeur de l'organisme local d'assurance maladie peut prononcer une pénalité financière[1873].

495. Le 13 janvier 2011, le Collectif inter-associatif sur la santé (CISS) a présenté, à la CNAMTS, un bilan annuel de la conciliation[1874] qui, faute de décret d'application de ce nouveau dispositif, est menée par les conciliateurs de l'assurance maladie. Ainsi, en 2009, 251 saisines d'assurés portées à la connaissance d'un conciliateur ont été enregistrées. 7,1% concernaient la qualité et l'accès aux soins, parmi lesquelles le refus de soins. Le CISS souligne que, dans la majorité des cas, *« le professionnel de santé et l'assuré acceptent de se revoir et de reprendre la relation de soins »*. Plus précisément, il indique que, sur l'ensemble des conciliations menées, seuls quinze désaccords persistants ont été comptabilisés, les autres conciliations ayant abouti soit à un abandon de la plainte soit à la résolution du problème.

3. <u>La procédure de mise sous accord préalable des médecins</u>

496. La procédure de mise sous accord préalable a été originellement instituée dans le cadre des arrêts de travail, puis étendue notamment aux transports en ambulance et aux actes de kinésithérapie[1875]. De la même manière, en vertu de l'article L. 162-1-17 du Code de la sécurité sociale, certains actes de médecine, chirurgie, obstétrique, pratiqués en

---

[1872] Art. 54 de la loi n°2009-89 du 21 juillet 2009, *préc.*
[1873] Art. L. 162-1-14-1 du CSS.
[1874] CISS, « Refus de soins : bilan pour l'année 2009 des conciliateurs de l'Assurance maladie », 16 février 2011. Consulté sur : *http://www.leciss.org*, le 14 mars 2012.
[1875] Art. L. 162-1-15 CSS.

établissements, sont subordonnés à l'accord préalable du service du contrôle médical de l'organisme local d'assurance maladie, pour une durée ne pouvant excéder six mois.

497. Dans un objectif de réduction des prescriptions et des dépenses de santé, les directeurs de caisse locale de l'assurance maladie ont la possibilité, avant de sanctionner un praticien, de tenter de modifier sa pratique professionnelle. Une nouvelle procédure de mise sous accord préalable des médecins est applicable depuis le 1er juin 2011, en vertu du décret du 19 mai 2011[1876]. Si cette procédure ne constitue pas un procédé de règlement amiable, elle symbolise la volonté de l'assurance maladie d'infléchir les pratiques des médecins plutôt que de les sanctionner. Ainsi, le directeur de la caisse d'assurance maladie est tenu de notifier au préalable « *les faits constatés ou les données chiffrées relatives à sa pratique ainsi que celles relatives à la moyenne servant de base de référence* »[1877]. Le médecin peut exprimer sa volonté d'être entendu ou de présenter ses observations écrites dans un délai d'un mois.

Deux possibilités s'offrent au directeur local d'assurance maladie. D'une part, il peut soumettre les prescriptions en cause du médecin à l'accord préalable du service du contrôle médical, lorsque les volumes de prescriptions d'un médecin sont nettement supérieurs à la moyenne régionale ou départementale pour une activité comparable[1878]. D'autre part, lorsque le directeur se trouve confronté à « *de très forts prescripteurs, mais ne justifiant pas une mise sous accord préalable* », il peut fixer un objectif de réduction des prescriptions ou des réalisations qui doit être atteint dans un délai de quatre à six mois. Le médecin concerné est averti du montant maximum de la pénalité encourue en cas d'échec. En cas de refus de la proposition d'objectif, la procédure de mise sous accord préalable est mise en œuvre par le directeur[1879]. Lorsqu'il accepte cette proposition, le médecin est suivi par un praticien-conseil avec lequel il s'entretient à mi-parcours sur l'évolution de sa pratique de prescripteur. Si l'objectif fixé n'est pas atteint, le directeur a la possibilité de saisir la commission des pénalités qui émet un avis sur l'opportunité d'une mise sous accord préalable et sa durée. En outre, une pénalité, indépendamment de cette procédure, peut être infligée au praticien. Son montant est fixé à un maximum de deux fois le plafond de la sécurité sociale[1880]. Cette nouvelle procédure illustre parfaitement la volonté d'infléchir la pratique du médecin avant la

---

[1876] Décret n°2011-551 du 19 mai 2011 relatif aux procédures de fixation d'un objectif de réduction des prescriptions ou de mise sous accord préalable des médecins, *JO* n°0118 du 21 mai 2011, p. 8875.
[1877] Art. R. 148-1 du CSS.
[1878] Art. R. 148-7 et suivants du CSS.
[1879] Art. R.148-3 du CSS.
[1880] Art. R.147-8 du CSS.

mise en œuvre de sanctions. Pour autant, elle ne fait pas l'unanimité auprès des syndicats médicaux représentatifs. A titre d'exemple, la Fédération des médecins de France considère qu' « *accepter cette procédure, c'est reconnaître le principe d'une "sur prescription" et s'engager, sous peine de sanctions, à atteindre l'objectif fixé selon une moyenne calculée à un échelon qui ne peut correspondre à une activité comparable à* (son) *exercice réel !* »[1881].

498. Cette analyse des procédures de règlement amiable dans le domaine médical a permis d'apprécier l'importance accordée au règlement extrajudiciaire du conflit. L'introduction de modes de règlement amiable dans la sphère médicale fut l'objet de nombreux tâtonnements. Au terme de multiples expériences, les commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge internes aux établissements de santé (CRUQPC) et les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) constituent deux possibilités d'information et de conciliation, voies privilégiées d'extinction d'un litige. Deux institutions, l'Ordre des médecins et l'Assurance maladie, ont développé des procédures de règlement amiable obligatoires avant toute procédure contentieuse. Ces procédures, au-delà de leur fonction principale de résolution extrajudiciaire, contribuent également à la gestion préventive des litiges médicaux[1882].

[1881] M. Garrigou-Grandchamp, « L'art L. 162-1-15 du code de la sécurité sociale "pour les nuls" ou la procédure du "délit statistique" dans le détail », FMF, 30 juin 2012. Consulté sur : *http://www.fmfpro.com/defense-du-medecin/article/l-art-l162-1-15-du-code-de-la-securite-sociale-pour-les-nuls#LofGaZsRuuPbjDjS.99*, 10 septembre 2011.

[1882] V. notamment sur les commissions de conciliation : I. Lucas-Baloup, *La commission de conciliation à l'hôpital public et privé en 40 questions*, Paris, Scrof, mars 1999, question n°40, p. 217 : « *Parce qu'elles contribueront, directement ou indirectement, à lutter contre les dysfonctionnements, elles constitueront forcément un instrument utile participant à la prévention des risques dans l'établissement* ».

Conclusion du premier chapitre

499. Le droit positif a incontestablement encouragé le développement des modes alternatifs de règlement des conflits qui permettent un équilibre entre les intérêts divergents des parties, fondement de la paix sociale. D'une part, la conciliation, la médiation et la convention de procédure participative apparaissent comme des tentatives de résolution amiable des conflits. D'autre part, la transaction et l'arbitrage constituent des procédés définitifs de résolution amiable des conflits. Si les modes alternatifs de règlement des conflits suscitent un tel engouement doctrinal et législatif, c'est notamment pour les avantages qu'ils présentent : ils pallient les insuffisances de l'institution judiciaire en matière de règlement des conflits et garantissent l'adoption d'une solution par la seule volonté des parties.

Dans le domaine médical, la peur d'une judiciarisation de la médecine trouve son apaisement par le compromis, possible depuis la création de procédés de résolution amiable des litiges et ce, qu'ils constituent une simple possibilité ou une étape obligatoire avant toute procédure contentieuse. Les modes alternatifs de règlement des conflits sont également riches en enseignements. Ils contribuent nécessairement à lutter contre les dysfonctionnements. Ainsi, « *la médiation physique* […] *a valeur pédagogique pour les professionnels : elle ne cherche pas à désigner un coupable, mais à permettre une exploitation positive de l'erreur* »[1883].

500. Cependant, les modes alternatifs de règlement des conflits ne sauraient être l'unique remède aux maux dont souffre le corps médical. En effet, « *rechercher en commun une solution, préférer un accord négocié à un décision d'autorité ne convient* […] *pas à tous les litiges portés devant les tribunaux : il est bien des cas où il est nécessaire de dire le droit* »[1884]. En outre, les modes alternatifs de règlement des conflits ne constituent pas une voie de guérison face à l'invocation de la juridicisation de la médecine. Dès lors, il convient de porter notre regard sur l'action pédagogique menée autour de la norme juridique.

[1883] Médiateur de la République, *Synthèse annuelle du Pôle santé et sécurité des soins*, janvier 2009, p. 3.
[1884] AN, *Débats*, 2ème séance, 4 juillet 1994, p. 4019, cité par B. Gorchs, « La conciliation comme enjeu dans la transformation du système judiciaire, *op. cit.*, p. 228.

CHAPITRE SECOND

LA VOIE DE LA PÉDAGOGIE

501. Etudier le droit uniquement sous le prisme de la contrainte est réducteur. Selon François Terré, « *le droit n'est pas seulement cela, et il s'en faut de beaucoup* »[1885]. La règle juridique, qu'elle soit issue des textes législatifs et réglementaires ou de la jurisprudence, doit être envisagée comme un modèle d'action qui permet au citoyen de connaître ses droits, ses devoirs mais également ses limites d'action. Ainsi, Anne Boigeol considère qu'« *il ne s'agit plus uniquement de dire le droit mais d'optimiser des normes, le droit étant utilisé comme instrument de gestion préventive du risque par le contrat, par exemple* »[1886].

502. Si la juridicisation de l'activité médicale est envisagée comme une contrainte pour le corps médical, c'est notamment parce qu'elle soulève la question de l'accessibilité matérielle et intellectuelle au droit. Dès lors, il peut être envisagé d'emprunter la voie de la pédagogie du droit. La « *pédagogie* » provient du grec « *paidos* » qui signifie « *enfant* » et « *agein* » qui signifie « *conduire* ». Appliquée au droit, Christophe Alonso l'envisage « *comme une fonction destinée à rendre claire, accessible et compréhensible la connaissance juridique* »[1887]. La voie de la pédagogie permettrait donc de faciliter la compréhension du droit applicable à l'activité médicale. Au premier abord, le rapprochement de ces termes, « *pédagogie* » et « *droit* », peut paraître incongru. En effet, « *la connexion établie entre les termes "pédagogie" et "droit" ne relève pas de l'évidence ; elle peut même a priori sembler douteuse tant le Droit reste perçu comme l'instrument de coercition auquel renvoie sa représentation dominante, forgée sur le modèle du droit pénal* »[1888]. Toutefois, la pédagogie nous apparaît être un remède à une juridicisation de l'activité médicale qu'il convient d'étudier. D'une part, nous présenterons l'action pédagogique qui est développée autour de la norme juridique pour la rendre plus « *claire, accessible et compréhensible* » (section 1). Puis, nous apprécierons les conditions de transmission de l'information juridique au corps médical (section 2).

[1885] F. Terré, « Pitié pour les juristes », *RTD civ*. 2002, p. 249.
[1886] A. Boigeol, « Les professionnels du droit et la pérennisation de leur magistère, *in Sur la portée sociale du droit*, Paris, P.U.F, 2005, p. 219.
[1887] C. Alonso, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'Etat », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 162.
[1888] P. Raimbault, L. Galliano, « Introduction », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 13.

Section 1. L'action pédagogique autour de la norme juridique

503. La règle juridique s'avère difficilement accessible pour le citoyen profane, faisant ainsi ombrage à la présomption de connaissance du droit, symbolisée par l'adage d'origine latine « *nemo legem ignorare censetur* (« *nul n'est censé ignorer la loi* »). Le Doyen Carbonnier exhortait déjà à une mise à disposition du droit au citoyen lorsqu'il soulignait : « *populariser, vulgariser le droit, la préoccupation a été de toutes les époques, et elle était pratique avant tout. C'est que l'ignorance entrave l'obéissance. Dissipez l'ignorance de la norme, l'obéissance en sera plus effective. Le droit ne devient pleinement droit, c'est-à-dire obligation, que par la connaissance qu'en ont ses sujets. L'information juridique exerce, ainsi dans nos sociétés, une fonction normative qui est primordiale* »[1889].

Différents procédés pédagogiques appliqués au droit, entendu comme l'ensemble des normes juridiques applicables, ont pour objectif d'éclairer le citoyen, submergé de règles juridiques. En d'autres termes, différentes techniques font œuvre de pédagogie en tentant de rendre accessible la norme juridique et ce, qu'elle émane du législateur ou du juge. Nous verrons, dans un premier temps, que différents outils juridiques sont développés pour permettre une meilleure accessibilité au droit en vigueur (§1). Puis, nous déterminerons dans quelle mesure le juge fait œuvre de pédagogie par un éclaircissement de la règle prétorienne (§2).

§1. L'exigence d'une meilleure accessibilité au droit applicable

504. Mireille Demas-Marty décrit « *un paysage bouleversé où les règles de droit semblent surgir de partout, à tout moment et en tout sens* »[1890]. Face à ce foisonnement juridique, la simplification du droit, c'est-à-dire « *l'action de rendre compréhensible, intelligible* »[1891], est donc une nécessité. Elle répond à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et « […] *peut être définie comme consistant à assurer que les règles et dispositifs juridiques seront*

[1889] J. Carbonnier, « Droit et médias », *Droit et Société*, 1990, n°16, p. 281.
[1890] M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 52.
[1891] A. Zaradny, « Codification et simplification du droit », *LPA* 2007, n°104, p. 10.

compris par tous les citoyens »[1892]. Elle consiste à « *faire simple et clair* […], *rendre commode la connaissance du droit qu'on lirait et comprendrait aussi facilement qu'un roman ou une fable de la Fontaine* »[1893].

En 2003, puis 2004, sont promulguées deux lois relatives à la simplification du droit[1894], inédites par les moyens qu'elles utilisent, notamment l'article 38 de la Constitution. Il a ainsi été rappelé que « *d'un point de vue formel* […] *l'objectif de toute entreprise de simplification du droit est donc de garantir l'intelligibilité de la règle de droit. La simplification de la législation vise, dans cette perspective, à satisfaire au principe de clarté de la loi et à l'objectif de valeur constitutionnelle et d'intelligibilité de la loi* »[1895]. D'autres lois de simplification sont régulièrement promulguées[1896].

Cette volonté politique de simplification du droit se traduit, d'une part, par la simplification des conditions de diffusion des règles en vigueur (A) et, d'autre part, par la relance de la codification (B).

A. LE RENFORCEMENT DE L'ACCESSIBILITÉ PHYSIQUE À LA PRODUCTION NORMATIVE

505. La connaissance du droit serait présumée acquise dès lors que sont respectées les formalités de communicabilité, telles que la publication de la loi[1897]. L'accessibilité au droit correspondrait ainsi à une accessibilité physique à la production normative, renforcée, d'une part, par une simplification des conditions d'entrée en vigueur des lois et règlements (1) et, d'autre part, par le développement de l'outil *Internet* (2).

[1892] B. Saugey, *Rapport n° 206 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi*, adopté par l'Assemblée nationale, habilitant le gouvernement à simplifier le droit, 30 avril 2003.
[1893] P. Malaurie, « Les enjeux de la codification », *AJDA* 1997, p. 642.
[1894] Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *JO* n°152 du 3 juillet 2003, p. 11192 ; Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, *JO* n°287 du 10 décembre 2004, p. 20857.
[1896] Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, *JO* n°0296 du 21 décembre 2007, p. 20639 ; Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JO* n°0110 du 13 mai 2009, p. 7920 ; Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JO* n°0115 du 18 mai 2011, p. 8537 ; Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, *JO* n°0071 du 23 mars 2012, p. 5226.
[1897] E. Cartier, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria* 2008, n°1, p. 57.

1. La clarification des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements

506. L'ancien article 1er du Code civil, issu du décret du 5 novembre 1870[1898], organisait un système complexe d'entrée en vigueur des règles : « *les lois et décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement* ». La Cour de cassation, dans son rapport en 1993, avait relevé le caractère désuet de ce mode de publication des lois et règlement et parvenait alors la conclusion qu'« *il apparaît donc souhaitable qu'une simplification intervienne dans cette matière* »[1899]. En outre, le Commissaire du gouvernement, Guy Braibant, avait souligné que « *la technique des moyens de diffusion a fait quelques progrès depuis le temps du télégraphe Chappe et des pigeons voyageurs. Il paraît nécessaire de refondre tout le système juridique et matériel de publication* »[1900]. Dans une étude en 2001, le Conseil d'Etat soulignait alors la nécessité d'« *une clarification et* (d') *une simplification du droit* »[1901].

507. Face à ce régime complexe et obsolète, il apparut donc nécessaire de modifier et donc de clarifier les règles d'entrée en vigueur des lois et règlements. La loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit dispose que ce dernier est autorisé à « *simplifier et harmoniser par ordonnances les règles relatives aux conditions d'entrée en vigueur des lois, ordonnances, décrets et autres actes administratifs, ainsi que les modalités selon lesquelles ces textes sont publiés et portés à la connaissance du public, en prenant en compte les possibilités offertes par les technologies de l'information et de la communication* »[1902].

Ainsi, l'ordonnance du 20 février 2004 modifie l'article 1er du Code civil qui prévoit désormais que « *les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs, entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le*

[1898] Décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets, Bull. des lois, 12 S., B. 29, n°169 (abrogé).

[1899] C. cass., « Note sur la publication des lois et décrets », *in Rapport 1993*, Paris, La Documentation française, 1993, p. 23 ; V. à ce propos O. de Guillaumont, « La simplification réformatrice des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements », *in La simplification du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 183.

[1900] G. Braibant, concl. sous C.E., 19 juin 1959, *Cazes*, *D.* 1959, JP, p. 372 ; V. à ce propos O. de Guillaumont, « La simplification réformatrice des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements », *op. cit.*

[1901] C.E., *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 8 ; V. à ce propos O. de Guillaumont, « La simplification réformatrice des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements », *op. cit.*

[1902] Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *JO* n°152 du 3 juillet 2003, p. 11192.

lendemain de leur publication ». D'autre part, ce même article dispose également que « *l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures* ». Tel est le cas d'une mesure législative dont l'entrée en vigueur reste subordonnée à la parution d'un texte réglementaire. Enfin, en cas d'urgence, est maintenue la possibilité d'une entrée en vigueur le jour même de la publication de certaines lois et actes administratifs. S'agissant des lois, cette possibilité résultait déjà des ordonnances royales du 27 novembre 1816 et du 18 janvier 1817 et a été aménagée, eu égard à l'article 10 de la Constitution par lequel le Président de la République détient un pouvoir de promulgation des lois. En ce qui concerne les actes réglementaires, le décret du 5 novembre 1870 prévoyait déjà cette possibilité.

2. Internet, vecteur d'une plus grande accessibilité au droit

508. L'accès à la règle juridique est un élément essentiel auquel doit pouvoir accéder chaque citoyen, à tel point qu'il est acquis que « *l'accès à la connaissance du droit et de la règle est l'un des fondements de la démocratie, au même titre que le droit de vote* »[1903]. L'accessibilité au droit repose sur le principe selon lequel « *les citoyens doivent pouvoir accéder physiquement aux normes qui leur sont applicables pour disposer d'une connaissance suffisante de ces normes* »[1904]. Cette accessibilité matérielle se concrétise au travers la mise à disposition de banques de données juridiques qui, pour le citoyen, présentent l'avantage de centraliser l'ensemble des normes juridiques. L'Etat est tenu d'un devoir de publication et de diffusion de la loi. Il est le garant du « *droit au droit* »[1905] du citoyen qui trouve son fondement dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[1906]. Le Journal officiel « *en texte dur* » constitue, en ce sens, la source juridique la plus fiable et exhaustive. Depuis 1955, un éditeur privé *Lamy* garantit un accès complet au Journal officiel, l'Etat ne le permettant que depuis 1990.

509. L'article 2 de la loi du 12 avril 2000 dispose que « *les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition*

[1903] M. Sapin, *Discours prononcé par Michel Sapin à l'occasion de l'installation du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, 28 mars 2001. Consulté sur : *http://www.fonction-publique.gouv.fr/ministre/presse/discours-109*, le 10 mars 2011.
[1904] R. Drago, P. de Montalivet, J.-P. Duprat *et al*., *La confection de la loi*, Paris, P.U.F, 2005, p. 118.
[1905] E. Picard, « Présentation du premier numéro consacré à l'introduction au droit », *Jurisdoctoria*, n°1, 2008, p. 17.
[1906] C.C., 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, n°99-422 DC, *Rec*. C.C., p. 143, *JO* du 30 décembre 1999, p. 19730.

et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller »[1907]. Il est donc institué un « *comité du service public de la diffusion du droit par l'internet* », par le décret du 7 août 2002, avec pour mission de « *permettre au public d'accéder gratuitement aux données juridiques* »[1908]. Depuis cette date, le Journal officiel est diffusé sur le site *Légifrance.fr*. Cette responsabilité de l'Etat, tenu d'une obligation d'organiser un accès simple aux règles de droit, avait déjà été rappelée, en 1997, par le Conseil d'Etat, qui avait considéré que « *la mise à disposition et la diffusion de textes* […] *constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'Etat de veiller* »[1909].

510. En sus de ce dispositif, l'article 3 de l'ordonnance du 20 février 2004[1910] prévoit la subordination de l'entrée en vigueur des lois, des ordonnances et des actes administratifs à la publication sur papier, d'une part, et sous forme électronique, d'autre part. Cette double possibilité d'accès garantit aux citoyens une égale connaissance de la production normative, sans discrimination[1911]. S'agissant du support de publication électronique, il s'agit du site internet de la direction des Journaux officiels[1912]. Toute information juridique publiée par ce site revêt un caractère juridique. Ce dispositif est étendu aux bulletins officiels des ministères, conformément à la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 : « *la publication des actes et documents administratifs au bulletin officiel d'un ministère diffusé sous forme électronique dans des conditions garantissant sa fiabilité produit les mêmes effets de droit que leur publication sous forme imprimée* »[1913]. La dématérialisation du Journal officiel constitue une avancée considérable. Le secrétaire d'Etat, Eric Woerth, affirmait alors qu'elle représente « *l'un des acquis les plus visibles de la première loi de simplification* »[1914]. En outre, la publication de certains textes uniquement au Journal officiel électronique, comme le

---

[1907] Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* n°88 du 13 avril 2000, p. 5646.
[1908] Décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, *JO* du 9 août 2002, p. 13655.
[1909] C.E., 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n°181611, *Rec.* p. 451 ; Concl. J.-D. Combrexelle, *AJDA* 1998, p. 362 ; Note B. Nouel, *AJDA* 1998, p. 362 ; Note B. Jorion, *D*. 1998, p. 591.
[1910] Ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, JO n°44 du 21 février 2004, p. 3514.
[1911] E. Cartier, « Accessibilité et communicabilité du droit », *op. cit*., p. 72.
[1912] Consulté sur : *http://www.journal-officiel.gouv.fr*, le 15 mars 2010.
[1913] Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, *JO* n°287 du 10 décembre 2004, p. 20857.
[1914] Sénat, *Journal officiel débats*, séance du 14 octobre 2004.

prévoit le décret du 28 mai 2004[1915], n'est pas contraire aux dispositions de la Cour européenne des droits de l'homme relatives à la non discrimination et au droit à l'information, comme en atteste la décision du Conseil d'Etat du 9 novembre 2005[1916].

511. Cependant, il est indéniable que ces deux sites d'accès au droit, *Légifrance.fr* et *journal-officiel.gouv.fr*, sont destinés en premier lieu à la communauté des juristes. Jean-Luc Warsmann soulignait d'ailleurs que « *le site Internet Légifrance.gouv.fr est plutôt réservé à un public averti de personnes ayant une culture juridique minimale* »[1917]. Par conséquent, deux sites destinés à un plus large public, y compris le lecteur profane, sont proposés par la Documentation française : *service-public.fr* et *vie-publique.fr*. Ces deux sites sont des outils qui permettent une meilleure compréhension des textes juridiques par des informations synthétiques et pédagogiques de l'actualité du droit. La Documentation française et la Direction des Journaux officiels, rattachées au Secrétariat général du gouvernement, ont fusionné le 11 janvier 2010[1918] pour donner naissance à la Direction de l'information légale et administrative (DILA). Cette nouvelle Direction veille « *à ce que les citoyens disposent des informations nécessaires à leurs démarches administratives ainsi qu'à la connaissance de leurs droits et de leurs obligations* »[1919]. A cet effet, elle produit des commentaires, des analyses de textes législatifs et réglementaires et des guides afin « *de faire acte de pédagogie pour le grand public* »[1920]. Enfin, une réflexion a été engagée par le Secrétariat général du gouvernement pour publier, au Journal officiel, une explication du texte de loi, simultanément à la promulgation d'une loi afin d'informer et expliquer aux citoyens les nouvelles règles en vigueur[1921].

[1915] Décret n°2004-459 du 28 mai 2004 fixant les catégories d'actes individuels ne pouvant faire l'objet d'une publication sous forme électronique au Journal officiel de la République française, *JO* n°124 du 29 mai 2004, p. 9583.
[1916] C.E., 9 novembre 2005, *M. A.*, n°254882 ; Concl. F. Donnat, *AJDA* 2005, p. 2210.
[1917] J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, *op . cit.*, p. 87.
[1918] Décret n°2010-31 du 11 janvier 2010 relatif à la direction de l'information légale et administrative, *JO* n°0009 du 12 janvier 2010.
[1919] Art. 2 du décret n°2010-31 du 11 janvier 2010 relatif à la direction de l'information légale et administrative, *JO* n°0009 du 12 janvier 2010.
[1920] J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, *op . cit.*, p. 88.
[1921] *Ibid.*

Le renforcement de l'accessibilité physique à la production normative constitue une première avancée qui favorise la pédagogie. Cependant, « *il ne suffit pas que le droit soit physiquement accessible, il faut qu'il soit lisible et intelligible* »[1922].

B. LA CODIFICATION, INSTRUMENT JURIDIQUE AU SERVICE DE LA SIMPLIFICATION DU DROIT

512. La codification nous semble constituer un instrument juridique capable d'améliorer la lisibilité de la règle et son accessibilité. Elle a « *au cours du 20ème siècle, changé de signification politique. Lorsqu'en 1995, le gouvernement se donne l'objectif utopique de codification totale, elle est alors promue comme remède aux maux de la prolifération et de l'instabilité législative. La codification n'est plus au service du pouvoir, elle est désormais conçue comme un instrument au service du citoyen et un outil de la réforme de l'Etat* »[1923]. Aussi présenterons-nous, dans un premier temps, le principe de codification (1) et, dans un second temps, les bienfaits de cette codification (2).

1. Le principe de codification

513. Le mot « *codification* » provient du latin *codiem facere* qui signifie « *faire un code* ». Son utilisation est très ancienne. Traditionnellement, il est cité le Code d'Hammourabi, roi de Babylone, qui contenait près de 282 articles, au 17ème siècle avant J.-C. En 438, sur ordre de Théodose II, un premier code est publié afin de vaincre l'insécurité juridique. Puis, en 529, le code justinien, regroupement de fragments de constitutions impériales, paraît[1924]. D'autres font remonter la codification au règne d'Henri III[1925]. Au 17ème siècle, Domat associait déjà la codification à la complexité du droit : « *le dessein que l'on s'est proposé dans ce livre est de mettre les lois civiles dans leur ordre* […]. *On s'est proposé les deux premiers effets de cet ordre, la brièveté par le retranchement de l'inutile et du superflu, et la clarté, par le simple effet de l'arrangement* »[1926]. La conception moderne de la codification peut être appréhendée à partir du 19ème siècle, avec la réalisation de grands codes napoléoniens, à l'instar du Code civil en 1804, du Code de procédure civile en 1806 ou du Code pénal en 1810.

[1922] M. Sapin, Discours prononcé à l'occasion de la remise du 11ème rapport annuel de la commission supérieure de codification, 10 juillet 2001. Consulté sur : *http://www.fonction-publique.gouv.fr/ministre/presse/discours-161*, le 10 mars 2011.
[1923] C. Bergeal, « Apports et limites de la codification à la clarté de la loi : les enseignements de la pratique française », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, juin 2008, p. 38.
[1924] D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, V° « Codification », Paris, P.U.F, 2010.
[1925] V. G. Braibant, « La codification », *LPA* 2004, n°216, p. 64.
[1926] J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Préface, Paris, Durand, 1777, p. 6.

Le processus de codification continue au 20ème siècle : « *la France a repris, au vingtième siècle, cette recherche de la clarté par l'organisation thématique et systématique du droit écrit existant* »[1927]. Dans un contexte d'hypertrophie normative, il apparaît pertinent de développer la codification-compilation par un décret du 10 mai 1948 instituant une Commission supérieure chargée de la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires[1928]. Différents codes sont alors élaborés, parmi lesquels le Code de la santé publique en 1953 et le Code de la famille et de l'aide sociale en 1956. Cette codification-compilation présentait certains inconvénients parmi lesquels celui « *de laisser subsister à côté du nouveau code les anciennes dispositions législatives qu'un décret ne pouvait naturellement abroger, ce qui rendait nécessaire l'intervention ultérieure du législateur* »[1929].

514. La codification connaît alors un nouvel essor au travers la création d'une Commission supérieure de codification, par le décret du 12 septembre 1989[1930]. Elle remplace l'ancienne commission supérieure et symbolise la volonté politique de renforcer la sécurité juridique des citoyens au travers la mise en œuvre de la codification. Elle a pour objectif d'« *œuvrer à la simplification du droit et de fixer la méthodologie d'élaboration des codes* »[1931]. Cet événement marque « *la relance de la codification* », sous l'impulsion du Premier ministre, Michel Rocard, et de ses conseillers, le professeur Guy Carcassonne et Guy Braibant. La codification constitue un élément parmi d'autres dans un mouvement de grande ampleur de simplification des textes et procédures[1932]. A l'issue de ce séminaire consacré à la réforme de l'Etat, une circulaire du 30 mai 1996 prévoit les règles, les méthodes et un programme précis relatif à la codification, avec notamment pour objectif d'achever l'œuvre de codification des lois et règlements dans un délai de cinq ans. Cette circulaire précise le rôle du plan du Code : il « *traduit une architecture juridique et une volonté de mise en valeur des grandes distinctions qui vont orienter le droit du domaine en cause* »[1933]. Par conséquent, le

---

[1927] G. Braibant, « Penser le droit sous la Vème république : cohérence et codification », *RD publ.* 1998, n°5/6, p. 1771.
[1928] Décret n°48-800 du 10 mai 1948 instaurant une commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, *JO* du 13 mai 1948, p. 4627.
[1929] R. Cabrillac, « Les enjeux de la codification en France », *Les Cahiers de droit* 2005, vol. 46, n°1-2, p. 533-545.
[1930] Décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la commission supérieure de codification, *JO* 13 septembre 1989, p. 11560.
[1931] Y. Robineau, « A propos des limites d'une codification à droit constant », *AJDA* 1997, p. 655.
[1932] Circulaire du 26 juillet 1995 du Premier ministre relative à la mise en œuvre de la réforme de l'Etat et des services publics, *JO* 28 juillet 1995, p. 11217.
[1933] Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *JO* 5 juin 1996.

droit est plus accessible, eu égard à cet effort rigoureux d'organisation et de structuration des règles de droit en vigueur[1934].

515. Le principe de codification est prévu par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui, dans son article 3, en donne la définition suivante : « *la codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit* »[1935]. La codification à droit constant, qui est la forme d'élaboration des codes majoritairement utilisée[1936], « *consiste à rassembler et à ordonner des normes existantes, sans créer de règles nouvelles* »[1937]. Face à des textes législatifs et réglementaires de plus en plus compliqués et dont le nombre est exponentiel, la codification permet de « *lutter contre un désordre législatif* »[1938]. Selon Guy Braibant, codifier « *ce n'est pas compiler ou empiler, ce n'est pas mettre bout à bout des textes dans un ordre quelconque comme le font certains éditeurs privés, c'est regrouper des textes normatifs dans un ensemble cohérent* »[1939]. Le Rapport Warsmann rappelle que « *préalablement à toute modification d'un code, il est essentiel de vérifier en amont que la modification envisagée pourra s'y intégrer dans le respect des règles d'intelligibilité et d'accessibilité. Sinon, tout le travail de codification risque d'être rapidement mis en cause* »[1940].

516. Cette codification à droit constant a été formalisée par la circulaire du Premier ministre le 30 mai 1996. Elle a été renforcée, depuis 1999, grâce aux nombreux travaux de la Commission supérieure de codification et le recours à la procédure des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Cette procédure, validée par le Conseil constitutionnel le 16

[1934] J.-M. Larralde, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA* 2002, n°231, p. 18.
[1935] Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* 13 avril 2000, p. 5646.
[1936] V. G. Braibant, « La codification », *RFDA* 2000, p. 493 ; A. Zaradny, « Codification et simplification du droit », *LPA* 2007, n°104, p. 9.
[1937] Commission supérieure de codification, *Rapport annuel*, Paris, Editions du JO, novembre 1989-novembre 1990, p. 5.
[1938] N. Molfessis, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 190.
[1939] G. Braibant, « La problématique de la codification », *in Savoir innover en droit. Hommage à Lucien Mehl*, Paris, La Documentation française, 1999.
[1940] 18ème rapport de la Commission supérieure de codification pour l'année 2007 cité par J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, *op. cit.*, p. 84.

décembre 1999[1941], permet de pallier la lenteur de la procédure parlementaire en préservant la valeur législative des règles codifiées. La partie législative de neuf codes parmi lesquels le Code de la santé publique, a ainsi pu être adoptée, par ordonnances du Gouvernement. Le 18ème rapport annuel de cette institution estime qu'en juillet 2007, la part du droit codifié atteint 42,9 % du volume total. Au 1er janvier 2012, le site internet de *Légifrance* regroupait 75 codes en vigueur.

Le principe étant exposé, il convient de déterminer les bienfaits inhérents à la codification.

2. <u>Une codification salvatrice</u>

517. La codification est une réponse « *à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* »[1942]. Guy Braibant souligne que ce « *droit mieux ordonné et plus accessible est aujourd'hui un élément fondamental de la sécurité juridique, qui est nécessaire, dans un Etat de droit, aux citoyens, aux entreprises et aux collectivités publiques* »[1943].

Il peut sans nul doute être assigné à toute forme de codification la « *volonté d'avoir un droit rationnel et accessible* »[1944]. Le procédé de codification contribue nécessairement au projet de simplification de l'accès au droit puisqu'« *il est plus simple d'avoir l'ensemble des normes afférentes à un domaine regroupées de manière ordonnée dans un seul document* »[1945]. En ce sens, la codification a pour mission principale la rationalisation du droit[1946] : le code contribue en effet à la stabilité du droit. Il contient de manière exhaustive l'ensemble des textes. Ce n'est que dans certaines exceptions que des codes peuvent contenir en annexe des textes. Tel est le cas du règlement sanitaire international placé en annexe du Code de la santé publique. Le rapport Warsmann souligne que la codification « *a fait ses preuves comme technique de rationalisation, d'organisation et de présentation de pans entiers du droit. Elle est un outil d'amélioration de l'accès et de la lisibilité de la*

[1941] Loi n°99-1701 du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *JO* 22 décembre 1999, p. 19040.
[1942] C.C., 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes*, n°99-421 DC du 16 décembre 1999, *Rec*. C.C., p. 136, *JO* 22 décembre 1999, p. 19041.
[1943] G. Braibant, « La problématique de la codification », *RFAP* 1997, p. 168
[1944] G. Braibant, « Utilité et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n°24, p. 62.
[1945] A. Zaradny, « Codification et simplification du droit », *op. cit*.
[1946] *Id*., p. 17 ; P. Malaurie, « Les enjeux de la codification », *op. cit.* ; G. Braibant, « La commission supérieure de codification », *in La codification*, Colloque Toulouse, 1996, Dalloz, 1996, p. 97 et s.

réglementation car elle permet de regrouper des textes épars tout en les clarifiant, par l'actualisation de leur terminologie, et en les reclassant conformément à la hiérarchie des normes. Elle évalue la cohérence des textes entre eux et permet une harmonisation de l'état du droit »[1947]. Dans un souci de rendre les codes accessibles aux profanes, l'insertion des normes juridiques dans les codes répond à une exigence de clarté et de lisibilité. Catherine Bergeal considère que « *le code français est un jardin à la française : ordonné, logique et prévisible* »[1948]. Chaque code est ainsi divisé en livres, titres et chapitres auxquels il est attribué un chiffre. Les lettre L et R permettent de distinguer la partie législative de la partie réglementaire.

518. De même, afin de garantir une meilleure accessibilité au droit, la codification a du trouver une solution pour que le lecteur d'un code ne soit pas contraint de rechercher des dispositions dans d'autres codes. La commission supérieure de codification a adopté la technique du « *code pilote* », celui qui contient les principales dispositions et la technique du « *code suiveur* » qui reprend celles du code pilote avec l'une des mentions suivantes : « *les dispositions de l'article… du Code… sont ici reproduites* » ou « *comme il est dit à l'article … du Code… ci-après reproduit* ». Ainsi, il est possible de retrouver, dans le Code de la santé publique, la reproduction des dispositions du Code pénal[1949], du Code civil[1950], du Code de l'éducation[1951], du Code général des impôts[1952] ou encore du Code général des collectivités territoriales[1953].

519. En outre, nous pouvons relever que « *la codification participe sans nul doute de la simplification et, d'ailleurs, l'une des missions de la Commission supérieure de codification est "d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit"* »[1954]. En effet, la codification simplifie nécessairement le droit puisqu'elle participe à la diminution du nombre de normes

---

[1947] J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français, op . cit.*, p. 81-82.
[1948] C. Bergeal, « Apports et limites de la codification à la clarté de la loi : les enseignements de la pratique française », *Le Courrier juridique des finances et de l'industrie – Spécial légistique*, juin 2008, p. 38.
[1949] V. art. L. 1126-1 du CSP : « *comme il est dit à l'article 223-8 du code pénal ci-après reproduit :* […] » ; art. L. 1133-2 du CSP : « *Comme il est dit à l'article 226-26 du code pénal ci-après reproduit :* […] »
[1950] V. art. L. 2211-1 du CSP : « *comme il est dit à l'article 16 du code civil ci-après reproduit :* […] ».
[1951] V. art. L. 2325-1 du CSP : « *comme il est dit à l'article L. 541-1 du code de l'éducation, ci-après reproduit :* […].
[1952] V. art. L. 3322-4 du CSP : « *comme il est dit à l'article 347 du code général des impôts, ci-après reproduit* […] ».
[1953] V. art. L. 6111-5 du CSP : « *comme il est dit au premier alinéa de l'article L. 2223-39 du code général des collectivités territoriales ci-après reproduit :* […] ».
[1954] P. Gonod, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652 ; V. Décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification modifié, *JO* du 13 septembre 1989, p. 11560.

en vigueur et ce par l'abrogation : les codes ne reprennent pas les textes obsolètes. D'autre part, la codification représente également « *un travail sur le langage du droit* »[1955]. A titre d'exemple, il est opéré un « *travail de toilettage* »[1956] qui consiste à remplacer certaines expressions désuètes, à l'instar d' « *hôpital* » devenu « *établissement de santé* » ou encore de « *docteur en médecine* » devenu « *médecin* » ou de les supprimer quand elles n'ont plus de raison d'être. Tel est le cas d'« *infirmes, indigents* »[1957]. Cette simplification du droit, « *en le purgeant de ses éléments d'opacité* »[1958], garantit une meilleure accessibilité aux règles juridiques. Philippe Malaurie précise d'ailleurs que « *plus un droit devient complexe et abondant, plus il devient inintelligible, secret et donc arbitraire et injuste, plus il devient un obscur message et codé, et c'est par un code qu'il est le mieux décodé* »[1959].

520. En 1991, le Conseil d'Etat s'inquiétait des conséquences d'un droit prolifique sur le citoyen profane : « *si l'on n'y prend pas garde, il y aura demain deux catégories de citoyens : ceux qui auront les moyens de s'offrir les services des experts pour détourner ces subtilités à leur profit, et les autres, éternels égarés du labyrinthe juridiques, laissés-pour-compte de l'Etat de droit* »[1960]. Certains auteurs n'hésitent alors pas à entrevoir au travers de la codification un moyen d'appropriation des outils juridiques par les profanes[1961] ce qui contribuerait à leur conférer le statut de « *sujets de droit* » plutôt que « *simples objets du droit* »[1962]. La codification renforce la sécurité juridique, entendue comme « *la qualité d'un système dans lequel chacun peut savoir à quelle règle sa situation est et sera soumise* »[1963]. Par un ordonnancement des normes juridiques, elle concourt à l'amélioration de la lisibilité et l'accessibilité du droit[1964].

521. Il est tout à fait intéressant de porter notre regard sur la codification dans le domaine de la santé. Le Code de la santé publique constitue, à bien des égards, un outil d'accès au droit

---

[1955] C. Bergeal, « Apports et limites de la codification à la clarté de la loi : les enseignements de la pratique française », *op. cit*.
[1956] L. Dessaint, P. Ligneau, « La spécificité du champ de la santé et de l'action sociale à l'épreuve de la codification », *LPA* 1997, n°152, p. 7.
[1957] *Ibid*.
[1958] S. Lamouroux, « La codification ou la démocratisation du droit », *RFDC* 2001, vol. 4, n°48, p. 802.
[1959] P. Malaurie, « Les enjeux de la codification », *op. cit*., p. 644.
[1960] C.E., *Rapport public 1991*, op. cit. ; V. S. Lamouroux, « La codification ou la démocratisation du droit », *op. cit*., p. 801.
[1961] L. Dessaint, P. Ligneau, « La spécificité du champ de la santé et de l'action sociale à l'épreuve de la codification », *op. cit.*, p. 8.
[1962] G. Braibant, « Consolider enfin par le droit au droit, la citoyenneté et la démocratie. Propos introductifs », *AJDA* 1997.
[1963] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Sécurité juridique », *op. cit*.
[1964] V. J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, *op. cit.*

pour le corps médical. L'ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000[1965], ratifiée par l'article 92 de la loi du 4 mars 2002[1966], établit la partie législative du Code de la santé publique. La partie réglementaire est codifiée progressivement. Indéniablement, « *le résultat accroît la lisibilité, facilite la consultation et la conservation des textes applicables* »[1967]. En effet, si le Journal officiel permet au médecin de consulter un texte utile à sa pratique médicale, c'est au prix de nombreuses recherches, eu égard aux modifications successives et sempiternelles et à la dispersion des textes. A ce titre, le Code de la santé publique constitue un utile instrument d'accès au droit puisqu'en s'adaptant constamment à l'évolution des mœurs et des différentes techniques médicales, il permet de rendre compte des évolutions en la matière. Il intègre ainsi de nombreuses normes infra-décrétales, à l'instar de normes techniques et d'arrêtés interministériels[1968].

Ainsi, la première partie du code intitulée « *Protection générale de la santé* » comporte de nouvelles dispositions et de nouvelles matières, à l'instar de l'information des malades, suite à la loi du 4 mars 2002[1969]. En outre, le cadre juridique des professions médicales, des professions de la pharmacie et des auxiliaires médicaux était autrefois disséminé dans différents codes. Désormais, la partie IV du Code de la santé publique regroupe ces différentes professions en trois livres. L'accès immédiat et clair aux dispositions en vigueur contenues dans un seul et même code facilite la recherche du professionnel du droit comme du professionnel de santé[1970]. En outre, le praticien peut être amené dans l'exercice de sa profession à devoir consulter le Code de déontologie médicale. Depuis le décret du 29 juillet 2004[1971], ce dernier est intégré au chapitre VII du Code de la santé publique dans une section intitulée « *Code de déontologie médicale* ». Y figurent les articles R. 4127-1 et suivants qui ne sont autres que la transposition des articles 1 à 112 du Code de déontologie médicale. Pour toutes ces raisons, le Code de la santé publique se révèle donc être un outil d'alerte sur les évolutions du droit mais également de réflexion[1972].

[1965] Ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique, *JO* n°143 du 22 juin 2000, p. 9340.
[1966] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc.*
[1967] L. Dessaint, P. Ligneau, « La spécificité du champ de la santé et de l'action sociale à l'épreuve de la codification », *op. cit.*, p. 5.
[1968] V. J.-M. Sauvé, « L'importance croissante de la santé publique », *Les Tribunes de la santé*, 2009, vol. 4, n°25, p. 125.
[1969] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, *préc.*
[1970] J.-M. Sauvé, *Le Code de la santé publique, un demi-siècle après sa légalisation, op. cit.*, p. 11.
[1971] 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, *JO* n°183 du 8 août 2004, p. 37087.
[1972] J.-M. Sauvé, *op. cit.*

Le renforcement de l'accessibilité physique à la production normative ainsi que la codification ne sauraient suffire à faire œuvre de pédagogie. Le juge contribue également à l'action pédagogique.

§2. L'éclaircissement de la règle prétorienne

522. La lecture des décisions de justice, par le citoyen profane, suscite de nombreuses interrogations. Le caractère « *laconique* », « *lapidaire* » ou « *bref* » de certains arrêts favorise la multiplication des interprétations du sens qu'il est possible d'en tirer. Dans le domaine judiciaire, si la Cour de cassation est tenue de délivrer « *des messages clairs et aussi fructueux qu'il est possible pour ceux à qui ils s'adressent* […] »[1973], il n'en demeure pas moins qu'elle tend à un « *imperatoria brevitas* »[1974], nuisible à la bonne compréhension des décisions. Pascale Deumier s'interroge de la sorte : « *qui n'a connu un moment de perplexité à la première lecture d'un arrêt de la Cour de cassation ? Comment la Cour est-elle parvenue à une telle interprétation ? Est-ce un revirement ? Une exception ? Une précision ? Que faut-il voir dans son silence sur un élément, une condition ? Un changement d'interprétation ? Une simple réponse aux strictes critiques du moyen ? Aux circonstances de la cause ? Autant d'énigmes* […] »[1975].

523. L'immixtion du juge peut constituer une contrainte au quotidien qui, pour être acceptée, nécessite que les décisions rendues soient accessibles par tous. En effet, l'acceptation de cette immixtion est subordonnée par la légitimité de la décision qui est corrélative à son degré de compréhension par les citoyens profanes. Tony Sauvel souligne, à juste titre, la nécessité d'un éclaircissement de la décision prétorienne : « *nous ne demandons pas seulement au juge de mettre fin à nos différends, nous lui demandons de nous expliquer, de nous faire comprendre, nous voudrions être non pas seulement jugés, mais si possible persuadés, ce qui est bien autre chose* »[1976]. Par conséquent, différentes techniques pédagogiques sont à la disposition du juge pour favoriser l'accessibilité du citoyen profane à une décision de justice. Ce panel d'outils concourt nécessairement à l'amélioration de la clarté et de la lisibilité d'une décision de justice. Qu'il s'agisse de la motivation d'un arrêt (A) ou

---

[1973] Y. Chartier, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *in Mélanges offerts à P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 269.
[1974] C.E., 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent*, *S*. 1918-1919.3.33 ; Note M. Hauriou, *RD publ*. 1919, p. 338.
[1975] P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ*. 2006, p. 510.
[1976] T. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », *Revue de droit public et science politique*, 1955, vol. 71, p. 51.

l'usage d'autres techniques telles que les *Obiter dicta* ou les opinions séparées (B), le juge tend à la « *clarté* » qui, selon Paul Foulquié, est une des qualités du pédagogue[1977].

A. LA MOTIVATION DE LA DECISION, GAGE DE QUALITÉ DE L'INSTITUTION JUDICIAIRE

524. Selon Mathieu Disant, motiver c'est « *extérioriser une intention, l'expliquer dans le but de permettre aux destinataires (parties, justiciables, citoyens, pouvoirs publics et autres juridictions) d'accéder à la compréhension sinon l'approbation. Il s'agit idéalement de faire état des mobiles qui ont prévalu lorsque le juge s'est forgé sa conviction* »[1978]. La motivation pédagogique, également qualifiée de « *pédagogie contentieuse* »[1979], garantit la qualité de la décision du juge. D'une part, l'obligation de motivation fait l'objet d'une surveillance particulière (1). D'autre part, la motivation des arrêts détient un rôle pédagogique (2).

1. Le respect de l'obligation de motivation sous haute surveillance

525. En droit interne, la motivation des décisions de justice trouve son origine au 18ème siècle. Sous la révolution française, l'article 15 de la loi des 16 et 24 août 1790 rend obligatoire la motivation des décisions juridictionnelles. Dès lors, la décision du juge doit contenir « *les motifs qui ont déterminé le juge* ». L'article 7 de la loi du 18 avril 1810 dispose que l'absence de motivation est sanctionnée par la nullité. La constitution du 5 frimaire an III réaffirme cette obligation de motiver. Puis, au 20ème siècle, face à une recrudescence d'arrêts laconiques suscitant des difficultés de compréhension, Adolphe Touffait et André Tunc sollicitent « *une motivation plus explicite des décisions de justice* »[1980].

Certes, la motivation ne provient pas d'un texte constitutionnel. Toutefois, par son rattachement au principe constitutionnel du respect des droits de la défense[1981], il peut lui être conféré une valeur supralégislative. Dans une décision du 18 janvier 1985, le Conseil constitutionnel considère ainsi qu'« *en prévoyant l'obligation* […] *de statuer par décision*

[1977] P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue pédagogique*, V° « Clarté », Paris, P.U.F, 1997.
[1978] M. Disant, La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 132.
[1979] P. Collin, M. Guyomar, « Chronique de droit administratif », *AJDA* 2001, p. 1046 et s.
[1980] A. Touffait, A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487 et s.
[1981] V. A. Perdriau, note sous Ass. Plén., 30 juin 1995, *JCP* 1995, II, 22748.

motivée […] *les dispositions déférées ne méconnaissent pas le principe des droits de la défense* »[1982].

526. Il convient de différencier le manque de base légale, c'est-à-dire une insuffisance de motivation et le « *défaut de motifs* » désignant l'absence de motivation[1983]. Cette dernière hypothèse est prévue aujourd'hui dans l'ensemble des codes de procédure qui sanctionnent le défaut de motivation. En effet, le Code de procédure civile prévoit la motivation des jugements des tribunaux et des arrêts des cours d'appel, à peine de nullité, pour l'ensemble des juridictions civiles, commerciales et sociales[1984]. Lorsque le juge a manqué à son obligation de motivation au sens du Code de procédure civile, la formule suivante est généralement utilisée « *qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé* »[1985]. Dès lors, les jugements et les arrêts comportent une motivation en fait et en droit. Ce n'est que dans de très rares exceptions que le juge n'a pas l'obligation de motiver sa décision[1986].

527. S'agissant plus particulièrement de la Cour de cassation, la motivation des arrêts est différente, eu égard à sa mission spécifique puisque « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* »[1987]. En d'autres termes, la Cour de cassation « *ne juge pas* » mais « *dit le droit* ». Par conséquent, la rédaction des arrêts de cassation est davantage tournée vers l'affirmation des principes de droit applicables que vers la motivation de la solution retenue. L'*imperatoria brevitas* serait alors consubstantielle à la fonction normative de la Cour de cassation. Pour autant, la brièveté de certains arrêts, évoquée par André Perdriau sous la formule d'« *arrêts bréviaires* »[1988], suscite des interrogations sur leur signification et leur portée[1989]. En effet, « *un raisonnement elliptique, parce qu'il peut être difficilement intelligible, brouille la*

[1982] C.C., 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n°83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, n°84-182 DC du 18 janvier 1985, *Rec*. C.C., p. 36, *JO* du 20 janvier 1985, p. 821.
[1983] Cass. 1ère civ., 30 sept. 2008, n°07-17.163 ; V également : J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », Fiche méthodologique de la C. cass., *BICC* n°702 du 15 mai 2009
[1984] Art. 455, al. 1 du CPC : « Le jugement doit être motivé ».
[1985] V. J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *op. cit*. ; Cass. 3ème civ., 26 novembre 2008, n°07-17.728, *Bull.* 2008, III, n°188.
[1986] Art. 1409 du CPC.
[1987] Art. 604 du CPC.
[1988] A. Perdriau, « Des arrêts bréviaires de la Cour de cassation », *JCP G* 1996, I, 3943, p. 262 et s.
[1989] J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, *D.* 2004, p. 2239 ; A. Bénabent, « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005, p. 852.

réception par ses destinataires et fragilise la règle énoncée »[1990]. Les magistrats de la Cour de cassation n'hésitent d'ailleurs pas à affirmer que l'interprétation et la connaissance de ces arrêts « *est souvent délicate en raison du langage et des méthodes rédactionnelles qui sont propres à la Cour* »[1991]. Pourtant, les arrêts de la Cour de cassation ne devraient pouvoir comporter aucune difficulté de compréhension. Mis à disposition sur le site *légifrance.fr*, conformément au décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit sur internet[1992], ces arrêts doivent pouvoir être lus par des citoyens non avertis. En atteste leur en-tête « *au nom du peuple français* »[1993]. Le message délivré par la Cour doit donc être exempt de toute ambiguïté[1994].

528. De la même manière, les jugements et arrêts des juridictions répressives doivent être motivés, conformément aux articles 485 et 593 du Code de procédure pénale. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement à l'ordre la France lorsqu'elle estime que la décision de justice n'est pas motivée. De manière exceptionnelle, le 24 novembre 2010, le Président de la Cour d'assises de Saint-Omer a demandé aux jurés de motiver leur décision. Pour autant, « *il convient de rappeler,* […] *que la Cour de cassation a jugé, le 5 octobre 2009, que l'absence de motivation des arrêts d'assises ne constitue pas un vice de procédure. La Cour de cassation estime en effet que l'ensemble des réponses que les magistrats et jurés donnent, en leur âme et conscience, aux questions qui leur sont posées, tient lieu de motifs aux arrêts de la Cour d'assises statuant sur l'action publique* »[1995].

529. Dans le domaine administratif, l'article L9 du Code de justice administrative dispose que « *les jugements sont motivés* ». Depuis 1924, le Conseil d'Etat pose l'obligation de motivation comme « *règle générale de procédure applicable à l'ensemble des juridictions administratives même sans texte* »[1996]. Le Commissaire du gouvernement, devenu Rapporteur

---

[1990] A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », *LPA* 2007, n°19, p. 25.
[1991] A. Perdriau, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP G* 1990, I, 3468.
[1992] Décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, *JO* n°185, 9 août 2002, p. 13655.
[1993] A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », *op. cit*., p. 22.
[1994] V. A. Perdriau, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *op. cit*.: « *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation est importante* […] *parce qu'il est nécessaire de bien faire comprendre les messages juridiques qu'entend délivrer la Cour régulatrice* ».
[1995] T. Lazaro, « Motivation des décisions de justice », question n°1393, *JO* du 30 mars 2011, p. 2099 ; V. Cass. 2ème civ., 15 octobre 2009, n°08-15.489, *Bull. civ*. 2009, II, n°246.
[1996] V. C. Alonso, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'Etat », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, p. 166.

public[1997], garantit la lisibilité et la compréhension des décisions rendues[1998]. Il a pour fonction « *d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient* »[1999]. Bernard Stirn considère ainsi que, par cette fonction, les commissaires du gouvernement « *éclairent la doctrine et contribuent à la créer* »[2000]. Damien Botteghi va jusqu'à affirmer que l'office du rapporteur public peut être assimilé à celui de l'enseignant[2001]. La lecture des conclusions du Rapporteur public est donc riche d'enseignements, comme le souligne Isabelle de Silva : « *lorsque le commissaire a été intégralement suivi, les conclusions deviennent, a posteriori, un commentaire, une justification, une forme d'exposé des motifs de la décision rendue. Dans le cas contraire, les conclusions livrent néanmoins des clefs d'interprétation sur des points nodaux du raisonnement* »[2002].

530. Mais certaines décisions du Conseil d'Etat, dont le style est « *fidèle à une tradition centenaire de rigueur, de concision et de sécheresse objective* »[2003], manquent de lisibilité, comme le déplorent de nombreux auteurs[2004]. D'autres arrêts de principe, au contraire, sont l'illustration même d'une motivation riche[2005]. Le 30 juin 2008, le Conseil d'Etat a annulé une décision du Conseil national de l'Ordre pour insuffisance de motivation. Il s'agissait d'une décision de la section des assurances sociales de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, mais que

---

[1997] Décret n°2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *JO* n°0006 du 8 janvier 2009, p. 479.
[1998] C.E., *Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, p. 12-13.
[1999] C.E., 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, n°179635, *Rec*. p. 320 ; Concl. D. Chauvaux, *D*. 1999, p. 85 ; Note F. Rollin, *AJDA* 1999, p. 69.
[2000] B. Stirn, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *RA*, numéro spécial : Le Conseil d'Etat et la doctrine, 1997, p. 43.
[2001] D. Botteghi, « L'ambition pédagogique du juge administratif », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 155.
[2002] I. de Silva, « Les conclusions, fragments du discours contentieux », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 361.
[2003] B. Ducamin, *Le style des décisions du Conseil d'Etat*, EDCE, 1984-1985, n°36, p. 129.
[2004] V. A. Touffait, L. Mallet, « La mort des attendus ? », *D.* 1968, chron., p. 123 ; A. de Laubadère, *Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité*, EDCE, 1979-1980, n°31, p. 17.
[2005] C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *Rec*. p. 360 ; Chron. F. Lenica, J. Boucher, *AJDA* 2007, p. 1577 ; Note D. Capitant, *D.* 2007, p. 2500 ; Note P. Cossalter, *Dr. Adm.* 2007, comm. 142 ; Note M. Ubaud-Bergeron, *JCP G* 2007, II, 10156 ; Note B. Seiller, *JCP G* 2007, II, 10160 ; Chron. B. Plessix, *JCP G* 2007, I 193 ; Notes F. Linditch, *JCP A* 2007, 2212 et *JCP E* 2007, 2164 ; Note M.-C. Roualt, *JCP A* 2007, 2221 ; Note F. Chaltiel, *LPA* 2007, n°167, p. 3 ; Note J.-M. Glatt, *LPA* 2007, n°181, p. 6 ; Chron. F. Rolin, *RDC* 2008, p. 465 ; Note F. Melleray, *RD publ*. 2007, p. 1383 ; C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *Rec*. p. 127 ; S. Daël, *RFDA* 1993, p. 573 ; J. Moreau, *JCP* 1993, II, 22061 ; M. Paillet, *RDP* 1993, p.1059 ; Chron. C. Maugüe, L. Touvet, *AJDA* 1993, p. 349 ; H. Pauliat, *LPA* 13 juin 1994, p. 15.

nous pouvons transposer aux médecins. En l'espèce, le Conseil d'Etat a considéré que « *le chirurgien-dentiste qui s'était défendu de façon précise devant les juges du fond pour chacun des actes tels qu'ils étaient qualifiés dans la plainte, est fondé à soutenir que la décision attaquée, qui ne permet d'identifier ni les facturations sanctionnées par le juge disciplinaire comme correspondant à des actes non réalisés ni celles sanctionnées par lui comme des surcotations, ne met pas ainsi à même le juge de cassation d'exercer son contrôle et qu'elle est par suite entachée d'une insuffisance de motivation* »[2006]. La décision a donc été annulée.

Si nous nous intéressons aux décisions de l'Ordre des médecins, nous relevons que l'article R. 4127-112 du Code de la santé publique pose l'obligation de motivation des décisions prises par l'Ordre des médecins. Ainsi, deux échelons, le Conseil régional et la section disciplinaire du Conseil national, garantissent les décisions prises par l'Ordre des médecins contre l'erreur ou l'arbitraire[2007]. Le 5 octobre 2007, le Conseil d'Etat rappelle que l'Ordre des médecins doit motiver suffisamment ses décisions. En l'espèce, le Conseil d'Etat a annulé la sanction de l'interdiction du droit de donner des soins aux assurés sociaux pendant deux mois, dont un mois assorti du sursis, infligé à un médecin, par la section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des médecins. Le Conseil d'Etat considère, en effet, que bien que le praticien mis en cause ait « *développé une argumentation circonstanciée remettant en cause les excès de certaines prescriptions relevés par le plaignant, la section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des médecins s'est bornée à relever que les arguments du praticien ne parviennent pas à démentir les reproches formulés par le médecin-conseil chef de service de l'échelon local de la caisse d'assurance maladie* »[2008]. Le Conseil d'Etat annule donc cette décision pour insuffisance de motivation.

De la même manière, le 30 mai 2011, le Conseil d'Etat annule la décision de la Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins. En l'espèce, cette dernière avait infligé à un médecin la peine d'interdiction d'exercer la médecine pendant trois ans, au motif que « *les prescriptions de chimiothérapie qu'il appliquait lui-même sans recourir à aucun auxiliaire médical auraient dû obéir à des protocoles précis et validés qui n'ont pas en l'espèce été mis en œuvre* ». Cette décision a été annulée par le Conseil d'Etat qui relève qu'« *en se bornant à se référer ainsi, sans autre précision, à des protocoles validés non mis en œuvre, sans répondre à l'argumentation de M. A, appuyée sur des pièces du dossier, selon*

[2006] C.E., sous-section n°5, 30 juin 2008, n°284609.
[2007] V. commentaires de l'art. 112 du CDM.
[2008] C.E., sous-section n°4, 5 octobre 2007, n°293573.

laquelle il avait appliqué les protocoles requis en matière de cancer du sein hormono-dépendant avec métastase, la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins a insuffisamment motivé sa décision et n'a ainsi pas mis le juge de cassation en mesure d'exercer son contrôle »[2009].

531. Dans le domaine communautaire et européen, en vertu de l'article 36 du Traité communautaire européen, la Cour de justice de l'union européenne doit motiver ses arrêts. De même, l'article 45 de la Convention européenne des droits de l'homme fait de la motivation de la Cour européenne des droits de l'homme, une obligation : « *les arrêts, ainsi que les décisions déclarant les requêtes recevables ou irrecevables, sont motivés* ». De manière constante, la Cour de Strasbourg estime que l'article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au droit à un procès équitable[2010], fait de la motivation des décisions des tribunaux des différents Etats une obligation. Le droit de plaider et le respect des droits de la défense impliquent en réponse une obligation de motivation qui ne peut être totalement absente[2011]. La Cour précise toutefois qu'en dépit de cette obligation, l'article précité « […] *ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument* »[2012]. Dans un premier temps, l'arrêt Hadjianastassiou du 23 novembre 1992 considère que « *les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs de l'article 6. Les juges doivent cependant indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent* »[2013]. De même, selon la doctrine, l'arrêt Van de Hurk du 19 avril 1994 consacre le principe de l'obligation de motiver les décisions par la Cour européenne des droits de l'homme[2014].

Cet attachement au respect de l'obligation de motivation des arrêts n'est pas dénué d'intérêt. La motivation des arrêts présente de nombreux atouts pour le citoyen.

[2009] C.E., 30 mai 2011, *M. Christian A.*, n°342577.
[2010] Art. 6, §1 de la C.E.D.H : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue […] par un tribunal indépendant et impartial* ».
[2011] CEDH, 19 février 1998, *Higgins et autres c./ France*, req. n°20124/92.
[2012] CEDH, 9 décembre 1994, *Ruiz Torija et Hiro Balani c./ Espagne*, req. n°18390/91 ; Obs. N. Fricero, *D.* 1996, somm. p. 202.
[2013] CEDH, 23 novembre 1992, *Hadjianastassiou c./ Grèce*, req. n°12945/87.
[2014] CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c./ Pays-Bas*, req. n°20124/92 ; Obs. N. Fricero, *op. cit.* ; Note J.-F. Flauss, *AJDA* 1995, p. 139

2. Le rôle pédagogique de la motivation des arrêts

532. Tout d'abord, la motivation constitue un élément essentiel de transparence de la justice. C'est « *un instrument destiné à rendre possible un contrôle généralisé et diffus sur la manière dont le juge administre la justice* »[2015]. Ainsi, la motivation constitue une forme de protection contre l'arbitraire[2016]. Geneviève Giudicelli-Delage affirme que « […] *c'est à l'abus de pouvoir que la motivation a pour but de faire échec* »[2017]. Par conséquent, la motivation garantit aux citoyens la bonne application des lois et des règlements par le juge et assure donc que la décision n'est pas la résultante d'une « *œuvre personnelle du juge* »[2018]. La justification du juge, au travers la motivation d'un arrêt, évite également « *la formation d'une jurisprudence indépendante* » et procure au justiciable l'assurance d'une absence d'erreur du juge[2019]. Il en résulte que « *l'obligation de motiver les jugements est pour le justiciable la plus précieuse des garanties, elle le protège contre l'arbitraire, lui fournit la preuve que sa demande et ses moyens ont été sérieusement examinés ; elle met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de cassation* »[2020].

D'autre part, la motivation permet aux parties de connaître ce qui a présidé à la décision du juge et donc de pouvoir évaluer ses chances de recours. L'insuffisance des motifs peut justifier la censure d'arrêts par la Cour de cassation puisque « *la connaissance des faits est indispensable au juge de cassation pour vérifier que la règle de droit leur a été exactement appliquée* »[2021]. Dès lors, « […] *il ne peut qu'annuler, pour un supplément d'instruction sur les faits, les décisions dans lesquelles le juge du fond n'a pas rempli sa mission spécifique* »[2022].

Par ailleurs, lorsque le juge motive sa décision, il participe à la bonne compréhension du sens et de la portée d'une décision. Cette motivation favorise l'acceptation de la décision,

---

[2015] M. Taruffo cité par M.-C. Ponthoreau, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif », *RD publ.* 1994, p. 747 et suiv.
[2016] V. J. Normand, « Le domaine du principe de motivation », *in La motivation*, Paris, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 17 ; F. Zenati-castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D. 2007*, p. 1553.
[2017] G. Giudicelli-Delage, *La motivation des décisions de justice*, t. 1, thèse de doctorat : droit public, Poitiers, 1979, p. 317.
[2018] L. Boré, « La motivation des décisions de justice et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2002, I, 104.
[2019] S. Gjidara, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 2004, n°105, p. 8.
[2020] Cl. Giverdon, « art. 455 du CPC », *J.-Cl. Procédure civile*, n°3.
[2021] J. Boré, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 1997, n°2100.
[2022] *Ibid*.

qui, sans la transparence des motifs du juge, pourrait être uniquement perçue comme une contrainte. Bien au contraire, la motivation légitime la décision du juge[2023]. Sophie Gjidara souligne que « *l'esprit humain ne saurait se satisfaire d'une décision autoritaire, mais exige que lui soient clairement expliquées les raisons qui animent cette décision, et si possible qu'il soit convaincu de sa justesse* »[2024]. De même, Guy Canivet citant les propos du Président Rozès, considère que « *c'est seulement parce qu'il est assuré que son juge ne se détermine qu'en considération de la loi, de l'équité, de sa conscience et d'un examen attentif et rigoureux des faits au regard des valeurs éthiques et sociales communément acceptées que le citoyen admet le pouvoir de juger, la force obligatoire de la décision de justice et tient pour légitime l'autorité de celui qui la rend* »[2025]. Il ne suffit donc pas qu'une décision soit rendue pour que les parties s'y soumettent. Encore faut-il qu'ils en saisissent la teneur[2026]. Adolphe Touffait et André Tunc démontrent l'intérêt d'une publication des arrêts dans la presse générale de manière à pouvoir influencer les comportements des justiciables. Ils prennent l'exemple des jugements de premier degré de la Hight Court à Londres régulièrement publiés dans le *Times*, à la différence des arrêts de la Cour de cassation en France[2027].

Enfin, la motivation répond à une fonction essentielle du droit qui consiste en la prévisibilité du droit et donc à fournir une sécurité juridique aux citoyens. La motivation représente un « *point de référence et de convergence des conduites d'autres justiciables qui seront peut-être un jour concernés* »[2028]. La motivation concourt ainsi à l'unité du droit. Cette obligation de motivation s'avère d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence, source d'insécurité juridique[2029].

533. Le Comité consultatif des juges européens a rappelé l'ensemble de ces éléments en 2008 : « *la motivation permet non seulement une meilleure compréhension et acceptation de la décision par le justiciable mais elle est surtout une garantie contre l'arbitraire. D'autre part, elle oblige le juge à rencontrer les moyens de défense des parties et à préciser les*

[2023] V. G. Giudicelli-Delage, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, Paris, P.U.F, 1987, 352 p.
[2024] S. Gjidara, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *op. cit*., p. 16.
[2025] C. cass., *Rapport de la Cour de cassation 1999*, Paris, La Documentation française, avril 2000, p. 60.
[2026] A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur » , *op. cit*., p. 22.
[2027] A. Touffait, A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *op. cit*.
[2028] A. Sériaux, « Les enjeux éthiques de l'activité de jurisdictio : réflexions d'un juriste chrétien », *in La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, P.U.F, 1999, p. 293 et s.
[2029] *Supra* n°140 à 147.

éléments qui justifient sa décision et rendent celle-ci conforme à la loi et, d'autre part, elle permet une compréhension du fonctionnement de la justice par la société »[2030].

La motivation ne peut revêtir à elle seule une fonction pédagogique. Le juge peut alors utiliser d'autres techniques.

B. LE RECOURS DU JUGE À D'AUTRES TECHNIQUES PÉDAGOGIQUES

534. Dans une même perspective de faciliter la compréhension du droit par le citoyen, le juge dispose d'instruments, les *obiter dicta* (1) et les opinions séparées (2), dont il convient d'analyser l'efficacité pédagogique.

1. Le recours aux *obiter dicta*

535. Dans un premier temps, le juge peut faire œuvre de pédagogie par l'usage de *l'obiter dictum.* Le Doyen Cornu le définit comme « *un soit-dit-en-passant* » pour « *désigner dans un jugement une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif* »[2031]. S'il n'est pas nécessaire à la motivation, cet excursis apparaît toutefois dans la motivation. Il s'agit d'un instrument pédagogique développé par la Cour de cassation et qui ne fait pas obstacle à sa brièveté. L'*obiter dictum* désigne un « *procédé qui consiste, par une incidente ajoutée dans un raisonnement, inutile à la solution retenue, à indiquer implicitement la position qui serait adoptée dans un autre cas* ». En d'autres termes, cette technique permet au juge d'expliquer comment le problème sera traité dans l'avenir. Cette technique a « *d'indéniables vertus pédagogiques en informant sur ce qui sera prochainement mis en œuvre* »[2032].

536. S'agissant de la jurisprudence constitutionnelle, Ariane Vidal-Naquet assigne une triple fonction pédagogique à l'utilisation de l'*obiter dictum* par le juge : « *favoriser une meilleure réception de ses décisions* », « *faciliter la compréhension de sa jurisprudence* » et « *annoncer une évolution de jurisprudence* »[2033].

Ces *obiter dicta* sont également présents en grand nombre dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : « *dans les motivations foisonnantes des arrêts contemporains du Conseil*

[2030] Comité consultatif des juges européens, *Avis n°11 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la qualité des décisions de justice*, 2008.
[2031] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« *Obiter dictum* », *op. cit*.
[2032] M. Disant, La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *op. cit.*, p. 136.
[2033] A. Vidal-Naquet, « La pratique des *Obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 254-256.

d'Etat, il est presque naturel de trouver des excroissances, non nécessaires à la résolution du litige, qui ne sont pas dotées de l'autorité de la chose jugée, mais qui sont un signe, un avertissement sans frais pour l'avenir en direction de la communauté des juristes »[2034]. Dans le domaine administratif, l'*obiter dictum* constitue le maillon « *d'une véritable stratégie normative* »[2035]. L'*obiter dictum* a pour fonction, d'une part, d'anticiper les questions futures et, d'autre part, d'apporter une clarification[2036]. Le professeur Maryse Deguergue démontre ainsi que la décision du Conseil d'Etat du 10 octobre 2007[2037] contient un *obiter dictum*. En l'espèce, dans un premier temps, le Conseil d'Etat développe le raisonnement selon lequel les avis de Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir puisque les CRCI sont des commissions administratives dont les mesures prises sont préparatoires : « *il ressort de l'ensemble de ces dispositions que les CRCI, dont la saisine est dépourvue de caractère obligatoire* […] ». Puis, dans un second temps, dans ce même considérant qui précise la nature et les missions des CRCI, le Conseil d'Etat ajoute *« et dont les avis ne lient pas l'ONIAM* ». Cette précision peut être qualifiée d'*obiter dictum* puisqu'elle ne répond pas directement à la question. Il est possible d'y entrevoir une technique par laquelle « *le Conseil d'Etat anticipe sur d'éventuels recours de victimes qui auraient pu tenter de tirer profit d'une contradiction entre un avis favorable de la CRCI et la décision de l'ONIAM refusant de le suivre* »[2038].

Toutefois, il convient de minorer le rôle didactique des *obiter dicta* auprès du citoyen. A notre sens, ils ne constituent qu'une tentative de technique pédagogique, dont la subtilité juridique échappe au médecin profane. Il convient dès lors de porter notre regard sur les opinions séparées.

[2034] M. Deguergue, « Les *Obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 230.
[2035] Y. Gaudemet, « Les sources du droit du contentieux administratif », *in Regards de la communauté juridique sur le contentieux administratif. Hommage à Daniel Chabanol (direction B. Bonnet)*, publication de l'Université de St Etienne, 2009, p. 71-75.
[2036] M. Deguergue, « Les *Obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 238.
[2037] J.-P. Thiellay, note sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *AJDA* 2007, p. 2328.
[2038] M. Deguergue, « Les *Obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 240.

2. Le recours aux opinions séparées

537. La pratique des « opinions séparées » (separate opinions), née aux Etat-unis, désigne « *les opinions individuelles (concurring opinions) et les opinions dissidentes (dissenting opinions)* […] »[2039]. Selon le Doyen Cornu, l'« *opinion dissidente* » désigne « *l'exposé officiel par un membre d'une juridiction internationale, de son désaccord sur les motifs d'une décision rendue par cette juridiction et des motifs de ce dissentiment* »[2040]. Dans notre développement, nous utiliserons le terme d'« *opinions séparées* » pour désigner les possibilités offertes aux juges d'émettre un avis personnel écrit sur la solution d'un litige, lors du délibéré.

La pratique anglo-saxonne de publication des opinions séparées mais également leur adoption par la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme soulèvent l'idée d'en faire usage sur notre territoire français qui lui résiste. Différents arguments juridiques sont avancés. En première intention, l'usage de l'opinion séparée peut être assimilée à une atteinte au secret du délibéré. En effet, en France, l'article 448 du Nouveau Code de procédure civile dispose que « *les délibérations des juges sont secrètes* ». En outre, l'article 6 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, contraint les juges à « *garder religieusement le secret des délibérations* »[2041]. De même, le Conseil d'Etat a considéré que le secret des délibérations est « *un principe général du droit public français* » dont la fonction est de « *s'assurer de l'indépendance des juges et de l'autorité morale de leurs décisions* »[2042]. Toutefois, cet obstacle du « *secret du délibéré* » n'est pas insurmontable dès lors que la publication des opinions séparées, de manière anonyme, garantit le respect du secret[2043]. Enfin, les opinions séparées seraient concurrentielles à l'autorité de la décision, « *en quelque sorte impériale, et en tant que telle, forçant le respect* »[2044].

538. Toutefois, il faut entrevoir dans la publication de ces opinions séparées un enrichissement dans la compréhension des décisions judiciaires, même si certains auteurs manifestent ouvertement leur opposition à leur publication, notamment celles des juges du

---

[2039] E. Zoller, « La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 609 et s.
[2040] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « opinion dissidente », *op. cit.*
[2041] Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature**,** *JO* du 23 décembre 1958, p. 11551.
[2042] C.E., 17 novembre 1922, *Sieurs Légillon*, n°75618, *Rec.* p. 849.
[2043] J.-P. Ancel, « Les opinions dissidentes », Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement, 5ème conférence, 18 octobre 2005, p. 3.
[2044] *Ibid.*

Conseil constitutionnel[2045]. Tout d'abord, les opinions séparées constituent une opportunité de stimuler la règle de droit et donc de maintenir une réflexion juridique[2046]. Le Président Guy Braibant, réfractaire aux opinions séparées, souligne toutefois que leur usage permet « […] *d'ouvrir un certain espace de dialogue, un certain espace d'incertitude qui permettrait le progrès ultérieur de la jurisprudence* »[2047].

Par ailleurs, les opinions séparées permettent d'éclairer le lecteur sur le contenu d'une décision. Toute décision est le fruit d'une renonciation à d'autres solutions qui avaient été envisagées. Jean-Pierre Ancel souligne, à ce propos, que « *bien souvent le choix d'une solution, qui paraît la meilleure* […] *revient à renoncer à une solution différente qui, elle aussi, pouvait se prévaloir de raisons solides* »[2048]. D'une part, le dévoilement du processus de décision concourt à la transparence de la justice, gage d'intelligibilité. D'autre part, il peut être intéressant, d'un point de vue doctrinal, de connaître les solutions qui ont été écartées. En effet, les motivations des opinions séparées contiennent majoritairement des références issues de la doctrine, de la jurisprudence, de la philosophie voire de la sociologie[2049]. A ce titre, elles revêtent un caractère pédagogique par la compréhension qu'elles apportent au citoyen, averti ou profane, sur une décision de justice. Les opinions séparées peuvent donc pallier une motivation lapidaire, remplissant ainsi une fonction explicative. Elles confèrent alors un sens à la décision ou, tout au moins, l'approfondissent[2050]. Dans cette dernière hypothèse, Michel Troper considère, à juste titre, que « […] *l'échange d'opinions très développées conduit nécessairement à une montée dans l'argumentation : pour contredire un adversaire ou un partenaire, il faut trouver un argument de rang plus élevé que les siens* »[2051].

539. D'autre part, les opinions séparées constituent un palliatif à la complexité de la langue juridique, peu digeste pour le citoyen profane. Cécile Robin avait remarqué avec justesse que *« l'usage d'une langue de spécialistes élimine le justiciable profane du*

[2045] V. G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n°55, mars-août 1989 ; G. Vedel, , *Droit du contentieux constitutionnel*, Préface à D. Rousseau, 6ème éd., Paris, Montchrestien, Paris, 2001, p. 9. ; G. Braibant, « Débats : faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? » *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, L.G.D.J, 1999, p. 201.
[2046] A. Langenieux-Tribalat, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse en droit, 30 novembre 2007, Université de Limoges, p. 139.
[2047] G. Braibant, « Débats : faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? », *op. cit*.
[2048] J.-P. Ancel, *Le doute du magistrat. Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 29.
[2049] P. Jan, « Publiciser les opinions des juges : une exigence pédagogique pour intérioriser le droit », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 272 ; V. également W. Mastor, *Pour les opinions séparées au Conseil Constitutionnel français*, Intervention, C. cass., 18 octobre 2005.
[2050] A. Langenieux-Tribalat, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français, op. cit.*, p. 125.
[2051] M. Troper, « Table ronde : faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, L.G.D.J, 1999, p. 191.

traitement de son conflit. […] *Aggravée par le mécanisme procédural de la Cour, cette mise à distance du justiciable reflète le caractère de domination conféré par la langue au juge* […] *L'emploi de la langue juridique constitue* […] *un instrument de pouvoir. Elle permet l'éviction totale et définitive du justiciable profane* »[2052]. Ainsi, la rédaction d'opinions séparées s'éloigne nettement de la rédaction d'une décision judiciaire et se rapproche davantage « *du modèle de la note doctrinale* »[2053]. Le style et le vocabulaire sont donc simplifiés ce qui concourt à la clarté et à l'intelligibilité de la décision. En ce sens, les opinions séparées « *apporteraient un style ouvert plus adapté aux besoins des justiciables et, en renouvelant ce style judiciaire, elles participeraient à l'acceptation de la décision* »[2054]. Pascal Jan fait ainsi de l'argumentation, issue de l'opinion séparée, une condition d'intériorisation du droit par les citoyens, aboutissant à un « *Etat de droit* […] *"palpable" par le plus grand nombre* »[2055].

540. Enfin, les opinions séparées constituent des outils d'information relatifs à l'évolution de la jurisprudence[2056]. Ainsi, la connaissance des opinions séparées serait une solution aux conséquences néfastes des revirements de jurisprudence[2057]. Dans un rapport relatif aux revirements de jurisprudence en Allemagne, il a ainsi été rappelé que les opinions séparées comptent parmi la « […] *panoplie de techniques* […] *ayant pour but d'atténuer l'effet de surprise qui accompagne inéluctablement les revirements de jurisprudence* »[2058]. Les opinions séparées permettent donc de se préparer à un futur changement. Christian Mouly considère ainsi que les opinions séparées représentent une « […] *source vivante de revirements, car l'expression des arguments en renforce la finesse, et leur lecture ouvre le débat. Préparation et amélioration des solutions nouvelles en sont la conséquence* »[2059].

541. La publication des opinions séparées, notamment dissidentes, fait donc œuvre de pédagogie, aux côtés d'une exigence de motivation des arrêts et de l'introduction *d'obiter dicta*. Charles Gonthier, juge honoraire à la Cour suprême du Canada, en conclut que la

---

[2052] C. Robin, « La langue de la Cour de cassation », *op. cit*, p. 516-517.
[2053] A. Langenieux-Tribalat, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français, op. cit.*, p. 155.
[2054] *Ibid.*
[2055] P. Jan, « Publiciser les opinions des juges : une exigence pédagogique pour intérioriser le droit », *op. cit.*, p. 273.
[2056] A. Langenieux-Tribalat, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français, op. cit.*, p. 131.
[2057] *Supra* n°140 à 147.
[2058] F. Ferrand, « La rétroactivité des revirements de juripsrudence et le droit allemand », *in Les revirements de jurisprudence*, Paris, Litec, 2005, p. 86.
[2059] C. Mouly, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA* 1994, n°33, p. 16.

publication de ces opinions n'est pas nécessairement source d'un affaiblissement de l'autorité de la décision du juge mais au contraire « […] *humanise le processus judiciaire par la reconnaissance publique qu'elle implique quant au fait que des juges puissent privilégier certaines philosophies sociales. Elle contribue ainsi à valoriser la démocratie en reconnaissant la valeur de points de vue différents et reflétant ceux existant au sein de la société.* […]. *La clarté, la limpidité de son raisonnement accroît sa persuasion et favorise un développement structuré, ordonné et orienté du droit. La prévisibilité du droit s'en trouve ainsi améliorée par l'établissement de courants jurisprudentiels nets et distincts* »[2060].

542. Nous avons envisagé l'action pédagogique autour de la norme comme différents procédés pédagogiques développés afin de rendre accessible la norme juridique. Il nous est alors apparu que l'amélioration des conditions d'accès au droit et l'éclaircissement de la règle prétorienne contribuent à cette ambition de faire oeuvre de pédagogie. Cependant, ces procédés trouvent leurs limites dans leur caractère éminemment juridique et leur spécificité technique qui, à notre sens, contrastent avec l'objectif de pédagogie que nous nous étions fixés. S'ils participent à l'objectif de connaissance du droit, il nous apparaît judicieux de porter notre regard sur les conditions de transmission de l'information juridique aux médecins profanes en cette matière.

[2060] C. Gonthier, « Les opinions dissidentes », *in Le juge de cassation à l'aube du 21ème siècle*, Actes du premier congrès de l'association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Marrakech, mai 2004, p. 93 ; V. D. Ludet, D. Rousseau, H. Davo, S. Djemni-Wagner, « La justice, pouvoir de la démocratie », *Terra nova*, janvier 2011, p. 85.

Section 2. Les conditions de transmission de l'information juridique au corps médical

543. Le langage juridique crée indéniablement une frontière entre les professionnels du droit et les profanes, parmi lesquels les médecins. Déjà en 1953, Henri Péquignot affirmait que l'ignorance du droit « […] *n'est pas permise au médecin. Un médecin qui commence son exercice professionnel doit savoir avec précision dans quel réseau d'obligations légales et réglementaires il devra exercer sa profession* »[2061]. Il est alors pertinent de s'interroger sur les conditions de connaissance du droit par le corps médical et notamment de porter notre regard sur les outils d'information juridique dont il dispose.

Aussi envisagerons-nous les conditions de transmission de l'information juridique au corps médical. S'il subsiste un monopole de l'information juridique par les professionnels du droit (§1), ce phénomène semble atténué par la volonté du corps médical de s'approprier la diffusion de l'information juridique (§2).

§1. Le constat d'un monopole de l'information juridique par les professionnels du droit

544. Le professeur Danièle Lochak souligne ainsi que « *si chacun de nous se trouve* […] *être un sujet actif ou passif du droit, le savoir juridique, lui, est monopolisé par un groupe de spécialistes : les juristes* »[2062]. L'information juridique destinée au corps médical est indéniablement maîtrisée, dans un premier temps, par les professionnels du droit. Il s'agit, d'une part, des publications issues des juridictions dont l'objectif est d'éclairer le lecteur sur la portée des arrêts (A) et, d'autre part, de publications spécifiques au droit médical (B).

[2061] H. Péquignot, *L'Enseignement clinique, au lit du malade, du droit et de l'éthique médicale à la profession médicale*, rapport, colloque de Genève, avril 1982, cité par G. Mémeteau, *Cours de droit médical, op. cit.*, p. 40.
[2062] D. Lochak, « Les usages du savoir juridique », *op. cit.*, p. 327.

A. DES SUPPORTS DE COMMUNICATION AU SERVICE DE LA CLARIFICATION DES ARRÊTS

545. La diffusion de la jurisprudence constitue une mission de service public, tel que le prévoit le décret du 7 août 2002[2063]. Elle doit répondre aux exigences d'exhaustivité, de neutralité, d'égalité des chances des citoyens dans l'accès au droit, de gratuité d'accès, de fiabilité de l'information et de mise à jour. Le respect de ces critères favorise ainsi la sécurité juridique du citoyen. En effet, « *les jugements et arrêts des cours et tribunaux, que ces tribunaux soient composés d'un juge ou de plusieurs, ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent, ni des plaideurs qui les provoquent. Ils appartiennent au pays tout entier ; leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens* »[2064].

La question de l'accessibilité à la jurisprudence est essentielle puisque plus de 20 000 décisions sont rendues chaque année[2065]. Ainsi, le site internet *Légifrance.fr* permet un accès public et gratuit à la base jurisprudentielle, judiciaire et administrative. Cependant, si l'accessibilité aux décisions de justice est favorisée, il n'en demeure pas moins que subsiste une difficulté d'appréhension des arrêts, par le citoyen profane. La diffusion de la jurisprudence est consubstantielle à la notion de pédagogie qui doit permettre une meilleure lisibilité des décisions de justice. L'analyse et l'explication de la jurisprudence sont des fonctions qui relèvent de la doctrine[2066]. Jean-Luc Aubert souligne, à ce propos, que la doctrine a pour objectif « *l'élaboration d'une vision synthétique et ordonnée de l'ordre juridique qui permette d'en comprendre les mécanismes fondamentaux et les finalités* »[2067]. Mais la doctrine ne peut suffire.

La Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel disposent de sites officiels au sein desquels ils mettent à disposition leur activité jurisprudentielle. Leurs différents supports de communication permettent la clarification des arrêts en vue d'une meilleure lisibilité pour le citoyen. Ils font ainsi œuvre de pédagogie, postérieurement (1) ou concomitamment (2) aux arrêts.

[2063] Décret n°2002-1064 du 7 août 2002, *préc.*
[2064] A.-C. Renouard cité par E. Lesueur de Givry, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », *in Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 236.
[2065] A. Lacabarats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.
[2066] *Ibid.*
[2067] J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 9ème éd., Paris, Armand Colin, 2004, n°182.

1. Les publications *a posteriori*

546. Les publications de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat sont sources d'information et de connaissance. Ils favorisent nécessairement la compréhension des arrêts. Tout d'abord, les rapports publics annuels de ces deux juridictions participent à l'œuvre pédagogique de l'institution judiciaire. A l'instar d'Hafida Berhali-Bernard, nous pouvons entrevoir une triple fonction à ces rapports[2068].

D'une part, ils remplissent une mission informative au travers la présentation du rapport d'activité, révélateur de leur activité contentieuse. Ainsi, chaque année, le Conseil d'Etat remet au Président de la République un rapport. Préparé par la Section du rapport et des études, sous l'autorité de son Président et avec la collaboration du rapporteur général et des autres sections du Conseil d'Etat, ce rapport est ensuite adopté par l'Assemblée générale. Il dresse un bilan de l'activité contentieuse et administrative du Conseil d'Etat au cours de l'année précédente.

D'autre part, ces rapports ont pour vocation d'« *expliquer* », ce qui fait indéniablement écho au rôle du pédagogue. Ainsi, la publication dans ces supports permet au lecteur, même non averti, de mieux comprendre le sens d'une décision jurisprudentielle grâce aux différentes notes explicatives. Dans la partie jurisprudence de son rapport, la Cour de cassation apporte des éclairages sur les arrêts rendus au cours de l'année. Yves Chartier rappelle, à ce titre, que « *le but de son travail n'est pas d'inventorier, mais bien d'expliquer, de faire comprendre et dans une certaine mesure d'expliciter ce (que la Cour de cassation) a voulu dire ou dit* »[2069]. Le rapport annuel de la Cour de cassation en 2007 porte ainsi sur la santé dans la jurisprudence[2070]. De même, le rapport du Conseil d'Etat traite de questions de fond y compris dans le domaine de la santé : son rapport annuel 2009 contient une étude relative à la révision des lois de bioéthique[2071].

Enfin, ces rapports visent à émettre des propositions d'orientations voire de modifications législatives et réglementaires. A ce titre, dans le domaine administratif, il est

---

[2068] H. Berhali-Bernard, « Les rapports publics annuels du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 275-291.
[2069] Y. Chartier, « Le rapport de la Cour de cassation. A propos du rapport pour l'année 1999 », *JCP* 2000, I, 238, n°28.
[2070] C. cass., « Etude sur la santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *in Rapport annuel de la Cour de cassation 2007*, Paris, La Documentation française, avril 2008, p. 43-312.
[2071] C.E., « La révision des lois de bioéthique », *in Rapport public 2009*, Paris, La Documentation française, août 2009, p. 1-122.

établi par le Code de justice administrative que le rapport d'activité préparé par la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat « *peut contenir des propositions nouvelles et signale, en outre, s'il y a lieu, les difficultés rencontrées dans l'exécution des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux et des juridictions administratives* »[2072]. De même, le Code de l'organisation judiciaire prévoit que « *le premier Président et le Procureur général peuvent appeler l'attention du garde des sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui lui paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées* »[2073]. Si ces rapports constituent des « *objets mal identifiés* », il n'en demeure pas moins que « *ces documents constituent un révélateur du discours des juridictions sur le droit ou sur l'Etat, de la conception qu'elles se font de leur rôle et de la manière dont elles s'expriment »*[2074]. Les rapports annuels du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation portent sur une thématique unique dont l'objectif est d'expliquer la politique jurisprudentielle. Qu'ils s'agissent du rapport du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, il ne peut être ignoré l'effort de clarté et de lisibilité qui favorise la lecture du citoyen profane et concourt donc à la thèse de la pédagogie issue de ces rapports. Il est d'ailleurs noté « *l'usage d'un style clair et synthétique* »[2075].

547. Cependant, ces supports présentent une faiblesse majeure. D'une part, si l'effort de lisibilité est incontestable, nous sommes encore loin d'être en présence d'un document vulgarisé. En outre, leur publication intervient tardivement après la publication de l'arrêt[2076]. Les précisions qu'ils apportent manquent donc au lecteur pendant un certain temps. D'autre part, tous les arrêts ne font pas l'objet de commentaires dans les rapports ce qui, selon Yves Chartier, laisse entrevoir « […] *nécessairement dans le choix, une part de subjectivité et quel que soit le mode de sélection des arrêts, aucun ne répondra parfaitement à la sensibilité du lecteur* »[2077].

548. Outre ces rapports, le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (BICC) dont le rythme de publication bimensuel est plus rapide que le rapport annuel constitue un recueil de

---

[2072] Art. R. 123-5 du CJA.
[2073] Art. R. 431-10 du COJ.
[2074] H. Berhali-Bernard, « Les rapports publics annuels du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes », *op. cit.*, p. 277.
[2075] *Id.*, p. 289.
[2076] V. P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *op. cit.* ; A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », *op. cit*., p. 30.
[2077] Y. Chartier, « Le rapport de la Cour de cassation. A propos du rapport pour l'année 1999 », *op. cit*.

communications, de jurisprudences et de doctrines. Des notices accompagnent la plupart des arrêts « *afin d'éclairer, grâce à la publication de brèves synthèses, la portée de certains arrêts souvent rendus en plénière de chambre* »[2078]. Ont ainsi été mis en valeur un arrêt de la chambre criminelle du 8 mars 2011 relatif à l'exercice illégal de la médecine[2079] ou encore un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 juillet 2011 relatif à l'équivalence d'une offre dérisoire d'indemnisation de la victime à une absence d'offre[2080].

Ces publications, aussi intéressantes soient-elles, restent destinées à un public averti. Le citoyen profane, à l'instar du médecin, peut donc difficilement accéder intellectuellement aux informations juridiques qui y sont publiées. D'autres outils permettent une communication immédiate et donc la sensibilisation d'un plus grand public.

2. Le développement d'outils de communication instantanés

549. Tout d'abord, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation utilisent la technique de la chronique dans des revues spécialisées. Ces chroniques présentent un double avantage : « *la rapidité* […] *se conjugue à la richesse des explications* »[2081]. Le *Recueil Dalloz* permet ainsi de prendre connaissance de la jurisprudence judiciaire grâce à la « *Chronique de la Cour de cassation* ». De manière plus approfondie, depuis 1955, la Chronique régulière du Conseil d'Etat présente des commentaires de la jurisprudence administrative dans la revue de l'*Actualité juridique du droit administratif* (AJDA).

550. D'autre part, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation utilisent régulièrement le « *communiqué de presse* », texte court relatif à un événement juridique et destiné à un plus large public. Utilisée de manière plus ponctuelle, la conférence de presse[2082], qui consiste à présenter, devant des journalistes invités, un sujet juridique qui fait ensuite l'objet de questions et le dossier de presse[2083], qui est une synthèse d'informations destinée à présenter un événement, constituent une autre source d'informations pour le grand public.

[2078] C. cass., « L'activité de la Cour », *in Rapport annuel de la Cour de cassation 2000*, Paris, La Documentation française, 2001, partie V.
[2079] V. *BICC*, 15 juillet 2011, n°934, p. 57.
[2080] V. *BICC*, 1er décembre 2011, n°1528, p. 20.
[2081] P. Deumier, *« La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie dans les arrêts, pédagogie hors les arrêts », in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 410.
[2082] V. C.E., « La révision des lois de bioéthique », Conférence de presse, 6 mai 2009. Consulté sur : *http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/la-revision-des-lois-de-bioethique-kh6.html*, le 10 avril 2011.
[2083] *Ibid.*

551. Dans ce développement, nous porterons principalement notre regard sur le communiqué de presse, utilisé de manière plus fréquente. Il a vocation à être moins technique ce qui lui donne l'avantage d'être compris par un plus grand nombre. Le communiqué de presse intéresse principalement les décisions qui ont opéré un revirement de jurisprudence mais également celles qui concernent des sujets dont le retentissement médiatique est important. La spécificité du communiqué de presse est son caractère instantané : il est diffusé le jour de la décision. En ce sens, le communiqué de presse, destiné à faire passer un message est intéressant d'un point de vue pédagogique puisqu'il revêt une fonction explicative et permet donc une appropriation rapide de la décision qui a été rendue.

Depuis 1999, le Conseil d'Etat publie en moyenne vingt communiqués par an[2084]. En 2009, ce chiffre a explosé puisque 47 communiqués ont été dénombrés[2085]. Certains d'entre eux ont même fait l'objet de publications dans des revues juridiques spécialisées[2086]. Les communiqués expliquent le raisonnement du juge, que l'on repère par l'usage de formules didactiques. Olivier Renaudie prend l'exemple d'un communiqué du 26 octobre 2001 : « *la décision de l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat, par laquelle il statue sur le pourvoi en cassation formé par la veuve du patient* […] *comporte un raisonnement en deux temps* »[2087]. De même, c'est au travers du communiqué relatif à la décision du 16 juillet 2007, *Tropic travaux signalisation*[2088], qu'il est possible de mesurer la portée de la décision[2089]. En l'espèce, le communiqué indique que l'Assemblée du contentieux du Conseil a « *profondément modifié l'état du droit* »[2090]. A titre illustratif, dans le domaine de la santé, le Conseil d'Etat a publié plusieurs communiqués visant à présenter « *la portée des dispositions de la loi du 4 mars 2002 relatives à la responsabilité médicale et hospitalière pour des enfants nés handicapés* »[2091], la modification de « *sa jurisprudence en matière de devoir*

[2084] M. Disant, « La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *op. cit.*, p. 147.
[2085] O. Renaudie, « Les communiqués de presse du Conseil d'Etat : outil pédagogique ou support de communication ? », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 294.
[2086] M. Disant, La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *op. cit.* : « *note sous C.E., référé, 11 mai 2005, AJDA, n°133, p. 33* ».
[2087] V. O. Renaudie, « Les communiqués de presse du Conseil d'Etat : outil pédagogique ou support de communication ? », *op. cit.*, p. 305-306 : « *Communiqué relatif à la décision de Section du 26 octobre 2001, Mme X.* ».
[2088] C.E., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation, préc.*
[2089] O. Renaudie, La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *op. cit.*, p. 306-307.
[2090] C.E., « Candidats évincés : possibilité de recours contre un contrat et limitation de l'effet rétroactif de ce changement de jurisprudence », Communiqué, 16 juillet 2007. Consulté sur : *http://www.conseil-etat.fr/fr/communiques-de-presse/communique-de-presse-du-18-juillet-2007.html*, le 12 novembre 2010.
[2091] C.E., « Responsabilité médicale et hospitalière pour des enfants nés handicapés », communiqué, décembre 2002. Consulté sur : *http://www.conseil-etat.fr/fr/communiques-de-presse/-responsabilite-medicale-et-hospitaliere-pour-des-enfants-nes-handicapes.html*, le 12 novembre 2010.

d'information des patients par les médecins » et l'adoption « *de règles semblables à celles retenues récemment par la Cour de cassation* »[2092] ainsi que l'« *illégalité des stipulations de la convention nationale des médecins généralistes définissant les sanctions applicables en cas de méconnaissance des références médicales opposables* »[2093].

La Cour de cassation publie ses premiers communiqués de presse en 2001. Le rapport annuel 2001 de la Cour de cassation souligne les motifs qui sous-tendent cette évolution : « *autant d'exigences d'information auxquelles, progressivement, le Service a pu répondre par les mises en ligne sur le site internet de la Cour de toute l'information nécessaire à la bonne compréhension de la portée des arrêts, au besoin par la diffusion à plusieurs reprises de communiqués aussitôt exploitables par les professionnels de l'information. Dans le cadre de sa rubrique "actualité jurisprudence" sera renforcée cette communication instantanée qui, au-delà du cercle des professionnels du droit, traduit la volonté d'information juridique des citoyens* »[2094]. Pascale Deumier souligne, s'agissant de la Cour de cassation, que « *le communiqué attire l'attention sur une décision importante et la présente sous la forme d'une banale fiche d'arrêt* »[2095]. A titre illustratif, dans le domaine médical, en janvier 2006, le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation publie un communiqué relatif à trois arrêts du 24 janvier 2006 par lesquels la première chambre civile de la Cour de cassation se prononce sur la responsabilité de fabricants de médicaments[2096].

552. La portée de ces communiqués, même si leur qualité pédagogique ne peut être écartée, est toutefois limitée. En effet, aucune valeur normative ne peut leur être conférée. Les communiqués du Conseil d'Etat sont d'ailleurs anonymes. De son côté, la Cour de cassation précise sur son site internet que « *les communiqués du service d'études et de documentation et d'études, relatifs à la portée des arrêts, constituent des documents à l'usage du public qui*

[2092] C.E., « Le Conseil d'Etat modifie sa jurisprudence en matière de devoir d'information des patients par les médecins et fixe des règles semblables à celles retenues récemment par la Cour de cassation », communiqué, janvier 2000. Consulté sur : *http://www.conseil-etat.fr/fr/communiques-de-presse/-k1u.html*, le 12 novembre 2010.

[2093] C.E., « Illégalité des stipulations de la convention nationale des médecins généralistes définissant les sanctions applicables en cas de méconnaissance des références médicales opposables », communiqué, octobre 1999. Consulté sur : *http://www.conseil-etat.fr/fr/communiques-de-presse/illegalite-des-stipulations-de-la-convention.html*, le 12 novembre 2010.

[2094] C. Cass., *Rapport annuel 2001*, 2002, 718 p. ; V. P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *op. cit.*, p. 511.

[2095] P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *op. cit*., p. 512.

[2096] C. cass., « Responsabilité du fait des produits défectueux », communiqué, janvier 2006. Consulté sur : *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/communique_592.html*, le 12 novembre 2010.

n'engagent pas la Cour de cassation ». Enfin, ces communiqués s'adressent davantage à un public averti et ont donc un impact limité sur le corps médical.

B. LE DÉVELOPPEMENT DE PUBLICATIONS SPÉCIFIQUES AU DROIT MÉDICAL

553. L'étude des conditions de transmission de l'information juridique aux médecins nous amène à étudier la question de l'information juridique en droit médical. Force est de constater le développement de publications spécifiques au droit médical au travers, d'une part, les publications des compagnies d'assurance (1) et, d'autre part, les revues juridiques spécialisées (2).

1. Les rapports des compagnies d'assurance

554. Créée en 1927, la SHAM est une société d'assurance mutuelle, destinée à couvrir les risques de l'ensemble des acteurs de la santé et du médicosocial. Le site internet de cette compagnie d'assurance publie de nombreuses informations juridiques, rédigées par des professionnels du droit, qui peuvent intéresser les établissements de santé et les professionnels de santé exerçant en établissement de santé. Ces informations juridiques sont consultables en ligne ou peuvent être reçues, bimensuellement, sous forme de « *newsletter* ». Le site est composé notamment de deux rubriques destinées aux praticiens médicaux : « *Droit et pratiques* » et « *Risques médicaux* ».

555. Dans un premier temps, la rubrique, « *Droit et pratiques* », contient des dossiers juridiques. A titre illustratif, le médecin peut prendre connaissance de dossiers relatifs aux prescriptions hors Autorisation de mise sur le marché[2097], à la prise en charge des patients en fin de vie à l'aune de la loi Léonetti[2098] ou encore aux obligations juridiques du médecin en matière d'annonce d'un dommage associé aux soins[2099]. D'autre part, le médecin est informé de l'actualité jurisprudentielle. Ainsi, le 4 mars 2010, la SHAM[2100] commente une décision du Tribunal administratif de Nîmes relative à la réanimation d'enfants nés en état de mort

---

[2097] V. Vion-Simon, « Nouveau cadre juridique des prescriptions hors AMM », 27 janvier 2012. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.
[2098] A.-S. Mazeirat, « Prise en charge des patients en fin de vie : quel cadre légal ? », 17 janvier 2012. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.
[2099] M. Hudry, « L'annonce d'un dommage associé aux soins : quelles obligations ? », 10 juin 2011. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.
[2100] M. Hudry, « Analyse juridique de la décision du tribunal Administratif de Nîmes, 2 juin 2009, n°0622251 », 4 mars 2010. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.

apparente[2101]. Le 16 novembre 2010, elle publie un commentaire[2102] de la décision du Conseil d'Etat relatif à la qualité du médecin qui établit le certificat médical circonstancié dans le cadre d'un arrêté d'hospitalisation d'office[2103]. Le 7 novembre 2011, elle publie un commentaire[2104] de la décision du Tribunal de grande instance relative au défaut de traçabilité de l'application d'un protocole de soins[2105].

En outre, la SHAM met en ligne les réponses anonymisées aux questions de ses sociétaires. Elles peuvent ainsi constituer une base d'informations juridiques utile aux médecins. Il s'agit notamment des réponses aux interrogations relatives aux conditions de désignation d'une personne de confiance dans le cadre de soins à domicile type HAD ou SSIAD[2106], aux conditions de remise du dossier médical aux services de police[2107] ou encore de l'étendue de l'obligation d'information[2108]. Enfin, une veille législative et réglementaire intéressant la prévention des risques et la sécurité des soins en établissement de santé est mise à disposition des médecins.

Dans un second temps, la rubrique « *risques médicaux* » publie une base de cas juridiques commentés[2109], qui se présentent de la manière suivante : la présentation des faits, la synthèse de la conclusion du rapport d'expertise, l'abstract de la décision du tribunal et les commentaires de la SHAM.

Enfin, la SHAM publie des guides à destination des professionnels des établissements de santé, tels que le *« guide de la gestion des plaintes en établissement de*

[2101] TGI de Nîmes, 2 juin 2009, n°0622251.
[2102] P. Flavin, « Hospitalisation d'office : qualité du médecin signataire du certificat », 16 novembre 2010. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.
[2103] C.E., 9 juin 2010, *Lavalle*, n°321506.
[2104] M. Hudry, « Application d'un protocole : ce qui n'est noté n'est pas fait », 7 novembre 2011. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, consulté le 16 avril 2012.
[2105] TGI Toulouse 6 juillet 2011, n°09/02947.
[2106] M. Broizat-Badin, « Un patient recevant des soins à domicile (HAD, SSIAD ...) peut-il désigner une personne de confiance ? », 11 avril 2012. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.
[2107] M. Broizat-Badin, « Un dossier médical peut-il être remis aux services de police sur simple réquisition ? », 7 novembre 2011. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.
[2108] SHAM, « L'obligation d'information sur les risques exceptionnels », 13 octobre 2009. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.
[2109] SHAM, « Une atteinte au secret professionnel », 7 mars 2012. Consulté sur : http://*www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012 ; SHAM, « La mauvaise tenue du dossier médical induit une présomption de faute », 6 février 2012. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012 ; SHAM, « Un compte-rendu opératoire incomplet », 2 février 2012. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012 ; C. Stephan-Berthier, « Défaut d'organisation et perte de chance de survie d'un patient », 3 mai 2011. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012 ; A. Berthail, « Erreur médicamenteuse et responsabilité pénale », 18 janvier 2010. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.

santé »[2110], outil pratique destiné à « *éclairer les professionnels de santé impliqués dans un contentieux et* […] *accompagner les différents intervenants dans la gestion d'une plainte* » et le « *guide de la réforme des soins en psychiatrie* »[2111], voué à éclairer les professionnels de santé sur les nouvelles dispositions en la matière.

556. Par ailleurs, le site de la MACSF, « *macsf.fr* », met en ligne de nombreux articles utiles à la pratique quotidienne de la médecine. Ces articles sont classés en quatre rubriques : « *responsabilité* », « *actes de soins* », « *organisation des soins* » et « *vie professionnelle - carrière* ». D'une part, le service juridique de la MACSF commente les différents textes législatifs et réglementaires afin de rappeler aux médecins libéraux leurs obligations juridiques. Ainsi, dans un article intitulé « *médecins régulateurs : la première décision doit être la bonne* »[2112], il est présenté aux médecins libéraux l'arrêté du 24 avril 2009[2113] leur permettant de prendre connaissance des critères relatifs à une régulation médicale adaptée. En outre, le 21 janvier 2011, la MACSF publie un article[2114] portant sur le décret d'application de l'article 78 de la loi HPST relatif à la télémédecine[2115]. Y sont notamment présentés les actes médicaux qui constituent la télémédecine. D'autre part, un article[2116] commente le décret du 27 juillet 2006 relatif au certificat de décès[2117] et notamment la possibilité d'un certificat de décès électronique offerte aux médecins libéraux.

D'autre part, il commente l'actualité jurisprudentielle. Ainsi, un article présente la décision du Tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence du 17 mars 2009, qui retient la responsabilité d'un pédiatre au motif d'un retard de diagnostic[2118]. De même, un article

---

[2110] SHAM, *Guide de la gestion des plaintes en établissement de santé*, novembre 2011. Consulté sur : *http://www.SHAM.fr*, le 16 avril 2012.
[2111] SHAM, *Guide de la réforme des soins en psychiatrie*, octobre 2011. Consulté sur : *http://*www.SHAM.fr, le 16 avril 2012.
[2112] D. Charles, « Médecins régulateurs : la première décision doit être la bonne », 23 septembre 2010. Consulté sur : *http://www.macsf.fr*, consulté le 16 avril 2012.
[2113] Arrêté du 24 avril 2009 relatif à la mise en œuvre du référentiel portant sur l'organisation du secours à personne et de l'aide médicale urgente, *JO* n°0098 du 26 avril 2009, p. 7186.
[2114] N. Bernacki, « Télémédecine : nouveau décret », 21 janvier 2011. Consulté sur : *http://www.macsf.fr*, le 16 avril 2012.
[2115] Décret n°2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine, *JO* n°0245 du 21 octobre 2010.
[2116] J.-F. Klein, « Délivrance du certificat de décès par voie électronique », 15 novembre 2007. Consulté sur : *http://www.macsf.fr*, le 16 avril 2012.
[2117] Décret n°2006-938 du 27 juillet 2006 relatif au certificat de décès et modifiant le code général des collectivités territoriales (partie réglementaire), *JO* n°174 du 29 juillet 2006, p. 11329.
[2118] M. Augu, « Retard de diagnostic : responsabilité intégrale du médecin », 15 février 2010. Consulté sur : *http://www.macsf.fr*, le 16 avril 2012.

intitulé « *les suites de l'arrêt perruche et l'après Kouchner* »[2119] commente un arrêt de principe de la Cour de cassation du 8 juillet 2008 relatif à la date de manifestation du dommage de l'enfant, comme critère déterminant de l'application ou non de la loi[2120]. Par ailleurs, un article intitulé « *échographie fœtale : une décision essentielle du Conseil constitutionnel* »[2121] fournit une explication de la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010 relatif à la validation du dispositif anti-Perruche[2122].

Enfin, la MACSF a développé un site d'informations annexe - « *vieliberale.fr* » - qui est une mine d'informations pratiques pour le médecin libéral. Le site est composé de cinq rubriques : « *remplacer ou être remplacé* », « *collaborer* », « *s'installer* », « *exercer en libéral* » et « *sortir de la vie libérale* ».. Le médecin peut ainsi consulter des articles relatifs à sa responsabilité[2123] ou encore à ses obligations juridiques[2124]. Le site est régulièrement enrichi d'articles signés par des juristes spécialisés en droit médical mais qui, il est important de le préciser, exercent la profession d'assureurs.

Outre la documentation juridique fournie par les compagnies d'assurance, des revues spécialisées en droit médical relayent l'information juridique en ce domaine.

[2119] N. Gombault, « Les suites de l'arrêt perruche et l'après Kouchner », 11 juin 2009. Consulté sur : *http://www.macsf.fr*, le 16 avril 2012.

[2120] Cass. 1ère civ., 8 juillet 2008, n°07-12.159, *Bull. civ*. 2008, I, n°190 ; Note S. Porchy-Simon, *D*. 2008, p. 2765 ; Chron. J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat, *D*. 2010, p. 604 ; Note P. Hennion-Jacquet, *RDSS* 2008, p. 975.

[2121] N. Gombault, « Echographie fœtale : une décision essentielle du Conseil constitutionnel », 25 juin 2010. Consulté sur : *http://www.macsf*.fr, le 16 avril 2012.

[2122] Décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"], *JO* du 12 juin 2010, p. 10847, *Rec*. p. 105.

[2123] V. N. Gombault, « La responsabilité civile du médecin libéral », 6 juin 2011. Consulté sur : *http://www.vieliberale.fr*, le 16 avril 2012 ; N. Gombault, « La responsabilité pénale du médecin, 6 juin 2011. Consulté sur : *http://www.vieliberale.fr*, le 16 avril 2012 ; N. Loubry, « La responsabilité ordinale », 6 juin 2011. Consulté sur : *http://www.vieliberale.fr*, le 16 avril 2012.

[2124] V. N. Gombault, « Le devoir d'information du médecin », 6 juin 2011. Consulté sur : *http://www.vieliberale.fr*, le 16 avril 2012 ; S. Tamburini, « Le dossier médical », 9 juin 2011. Consulté sur : *http://www.vieliberale.fr*, le 16 avril 2012.

2. Les publications des revues juridiques spécialisées

557. De nombreuses revues spécialisées en droit médical s'adressent tant aux professionnels du droit qu'au corps médical. Ainsi, la revue *Médecine et droit* se présente comme une revue « *qui informe les médecins sur les différents aspects du droit et de la réglementation rencontrés dans leur profession, et les juristes sur les problèmes spécifiques aux activités médicales et sur les grands débats bioéthiques* ». De même, la *Revue générale de droit médical* tend « *à dégager les tendances et enjeux du droit médical. Elle dresse un état permanent des réflexions juridiques en droit médical et hospitalier, déontologie et bioéthique* »[2125]. En outre, la *Revue de droit sanitaire et social* s'attache à traiter les grands thèmes du droit de la santé et de la protection sociale. Elle présente notamment des dossiers thématiques mais également des chroniques de jurisprudence. Par ailleurs, la revue *Droit, déontologie et soin*, créée en 2001, déclare s'inscrire dans un contexte de juridicisation du monde de la santé. Le projet répond notamment à la conviction que « *le droit n'est pas un obstacle mais un allié dans les pratiques soignantes* »[2126]. La Revue *Droit et santé* délivre des informations juridiques dans les domaines notamment de la responsabilité médicale, du droit pénal de la santé ou encore des contrats. Enfin, la *Gazette du Palais* propose chaque semaine un état de la jurisprudence, de l'actualité juridique et de la doctrine. Si elle se présente comme « *la revue des avocats et du monde judiciaire* », elle offre tout de même chaque année aux lecteurs des numéros spécialisés en droit de la santé dans lesquels sont présentées les actualités de cette matière[2127].

558. D'autre part, les médecins hospitaliers bénéficient spécifiquement d'informations en droit médical dans le cadre de leur exercice dans un établissement de santé. Le *Bulletin juridique du praticien hospitalier* les informe mensuellement sur la déontologie médicale, l'organisation des établissements de santé publics et l'actualité jurisprudentielle. Une étude détaillée porte sur un sujet d'actualité. En outre, la *Gazette de l'hôpital* informe les praticiens hospitaliers sur l'information législative et réglementaire et propose des analyses juridiques. Par ailleurs, depuis 1995, le périodique, *les fiches de la jurisprudence hospitalière*, propose

---

[2125] Consultation du site : *http://rgdm.L.E.H..fr*, le 15 mars 2012.
[2126] Consultation du site : *http://www.elsevier.com*, le 15 mars 2012.
[2127] V. notamment C. Blanchard, « Don du sang : de nouveaux critères de sélection des donneurs définis par l'arrêté du 12 janvier 2009 », *Gaz. Pal.*, 22-24 novembre 2009, n° spécial Droit de la Santé, p. 21 ; A. Chiocarello, « L'absence de statut des prélèvements humains révèle l'impuissance du droit lors de l'utilisation des éléments et produits du corps humain », *Gaz. Pal.*, 15-16 janvier 2010, n° spécial Droit de la santé, p. 40.

mensuellement des décisions de justice commentées. Toutefois, cette revue s'adresse davantage aux établissements qu'aux praticiens médicaux.

559. Enfin, d'autres revues juridiques qui ne sont pas spécialisées en droit médical mais qui s'adressent spécifiquement aux médecins développent des rubriques en droit dont les articles sont signés par des professionnels du droit. A titre d'exemple, la revue, *le Concours médical*, contient une rubrique intitulée « *les consultations médicales et juridiques* » dans laquelle un juriste répond aux questions juridiques des médecins lecteurs[2128] mais également des rubriques relatives à l'actualité de la jurisprudence [2129] et des dossiers juridiques[2130]. De même, la revue « *Le médecin généraliste* » propose aux médecins généralistes, dans sa rubrique « *Gestion du cabinet - Droit* », des informations juridiques[2131]. C'est également le cas du *Quotidien du médecin*, d'*Impact médecine* et du *Panorama du médecin*.

560. L'ensemble de ces supports pédagogiques contribue nécessairement à rendre plus accessible le droit en vigueur. Cependant, il n'est pas toujours aisé au citoyen profane de saisir la portée d'un arrêt ou d'un texte juridique, au travers des explications des professionnels du droit, parfois inaccessibles par le langage juridique qui est utilisé. A l'instar du professeur Danièle Lochak, il est possible de considérer que « *la confiscation du savoir juridique* […] *incite à appréhender le droit comme une terre mystérieuse et inaccessible aux profanes que l'on décourage de s'en approcher* »[2132]. Il peut donc être pertinent de déceler les tentatives qui sont menées pour inciter le corps médical à appréhender le droit.

[2128] V. N. Loubry, « Soigner et prescrire pendant sa retraite : possible sous conditions », *Le Concours médical*, t. 129, 12 juin 2007, n°21-22, p. 708.
[2129] V. C. Lequillerier, « Vaccination obligatoire contre l'hépatite B », *Le Concours médical*, t. 129, 12 juin 2007, n°21-22, p. 707.
[2130] V. N. Loubry, « Remplacement. Importance du contrat : son absence constitue une faute », *Le Concours médical*, t. 129, 26 juin 2007, n°23-24, p. 762-767.
[2131] V. B. Pasquier, « Certificats médicaux. N'en faites pas trop, n'en dites pas trop ! », *Le médecin généraliste*, 6 novembre 2009, n°2503, p. 43-47 ; C. Lachièze, « Alcoolisation *in utero*», *Le médecin généraliste*, 16 mai 2008, n°2451, p. 72.
[2132] D. Lochak, « Les usages du savoir juridique », *op. cit.*

§2. L'atténuation du principe de monopole du droit

561. Le principe de monopole du droit par les professionnels du droit reflète de moins en moins la réalité. Le développement de différentes ressources juridiques destinées au corps médical démontre la diversité des acteurs et structures qui concourent à la démocratisation du droit. L'accessibilité des médecins à la connaissance du droit est protéiforme. Une première tentative d'information juridique est l'œuvre des syndicats médicaux et de l'institution ordinale (A). D'autre part, l'expérimentation d'une cellule d'information juridique destinée aux médecins libéraux révèle la volonté du corps médical de s'emparer de l'information juridique (B).

A. LES TENTATIVES D'INFORMATION JURIDIQUE RELAYÉE PAR LE CORPS MÉDICAL

562. Dans un premier temps, il est possible de constater que l'information juridique est relayée par des structures réunissant des médecins, ce qui ferait naître l'idée d'un certain « *corporatisme médical* » dans la volonté de maîtriser la transmission de l'information juridique diffusée au corps médical. Il s'agit des syndicats médicaux (1) et des Conseils de l'Ordre des médecins (2).

1. Le rôle informatif des syndicats médicaux

563. Les syndicats qui « *détiennent* […] *des fragments du savoir juridique* »[2133] peuvent être source d'information juridique, même si cette information est orientée en fonction de la sensibilité syndicale. Selon une enquête menée par le *Quotidien du médecin*, 29 000 médecins libéraux sont syndiqués soit 25 % de la population médicale[2134]. S'agissant des médecins hospitaliers, une étude plus ancienne met en exergue un taux de syndicalisation de 25,5 %[2135].

Ainsi, les syndicats publient régulièrement des communiqués sur l'actualité juridique relative à l'exercice de la médecine : « *nouvelle réglementation de l'exercice de l'ostéopathie* »[2136], « *DPC : les projets de décrets doivent être revus* »[2137] et « *projet de loi*

[2133] D. Lochak, « Les usages du savoir juridique », *op. cit.*, p. 328.
[2134] C. Gattuso, « Enquête de représentativité. Ce que pèsent vos syndicats », *QDM*, 11 mars 2011.
[2135] T. Amossé, « Mythes et réalités de la syndicalisation en France », *DARES*, Premières informations synthèses, octobre 2004, n°44, p. 3.
[2136] C. Le Sauder, « Nouvelle réglementation de l'exercice de l'ostéopathie », communiqué du 12 février 2012. Consulté sur : *http://www.fmf.fr*, le 17 avril 2012.

HPST »[2138]. Certains communiqués prennent l'appellation de brèves juridiques : « *le décret 2011-258 du 10 mars 2011 modifie la législation concernant les transports sanitaires* »[2139] et « *le médecin traitant et la rédaction de l'avis d'arrêt de travail* »[2140]. Certains titres révèlent les prises de position de ces syndicats qui ne se contentent pas de relayer l'information : « *loi médicament : oui à la transparence, non aux complications administratives* »[2141], « *indus - Députés, responsables mais pas coupables ?* »[2142], « *la fraude sur les indemnités kilométriques par les caisses d'assurance maladie* »[2143], « *permanence des soins : encore une opportunité d'agir non utilisée* »[2144], « *médecins des hôpitaux : les décrets créant le nouveau statut de clinicien hospitalier nient la gravité du problème de recrutement à l'hôpital* »[2145].

D'autre part, les syndicats mettent en ligne des dossiers juridiques élaborés par leur service juridique interne, relatifs notamment à la permanence des soins en établissement de santé[2146], à la responsabilité civile professionnelle[2147] ou encore au contentieux avec les caisses d'assurance maladie[2148]. Certains syndicats, à l'instar du Syndicat national des gynécologues-obstétriciens de France (SYNGOF), publient des commentaires de l'actualité jurisprudentielle, dans différentes rubriques intitulées « *risque médical* »[2149], « *droit et éthique* »[2150], « *jurisprudence* »[2151] et « *juridique* »[2152].

[2137] Intersyndicat national des praticiens hospitaliers, « DPC : les projets de décrets doivent être revus », communiqué du 11 janvier 2010. Consulté sur : *http://www.inph.org*, le 17 avril 2012.
[2138] SNAM-PH, « Projet de loi HPST », communiqué du 12 juin 2009. Consulté sur : *http://www.snph.fr*, le 17 avril 2012.
[2139] M. Garrigou-Grandchamp, « Le décret 2011-258 du 10 mars 2011 modifie la législation concernant les transports sanitaires », brève juridique du 13 mai 2011. Consulté sur : *http://www.fmf.fr*, le 17 avril 2012.
[2140] M. Garrigou-Grandchamp, « Le médecin traitant et la rédaction de l'avis d'arrêt de travail », brève juridique du 10 janvier 2012. Consulté sur : *http://www.fmf.fr*, le 17 avril 2012.
[2141] CSMF, « Loi médicament : oui à la transparence, non aux complications administratives », communiqué du 30 mars 2012. Consulté sur : *http://www.csmf.fr*, le 17 avril 2012.
[2142] J.-P. Hamon, « Indus - Députés, responsables mais pas coupables ? », communiqué du 19 octobre 2011. Consulté sur : *http://www.fmf.fr*, le 17 avril 2012.
[2143] J. Marlein, « La fraude sur les indemnités kilométriques par les caisses d'assurance maladie », communiqué du 25 janvier 2012. Consulté sur : *http://www.fmf.fr*, le 17 avril 2012.
[2144] Intersyndicat national des praticiens hospitaliers, « Permanence des soins : encore une opportunité d'agir non utilisée », communiqué du 5 mars 2012. Consulté sur : *http://www.inph.org*, le 17 avril 2012.
[2145] Coordination médicale hospitalière (CMH), « Médecins des hôpitaux : les décrets créant le nouveau statut de clinicien hospitalier nient la gravité du problème de recrutement à l'hôpital », 30 septembre 2010. Consulté sur : *http://www.cmh.fr*, le 17 avril 2012.
[2146] CSMF, « La permanence des soins en établissement de santé…pour les nuls», janvier 2012. Consulté sur : *http://www.csmf.fr*, le 17 avril 2012.
[2147] CSMF, « La RCP…pour les nuls », janvier 2012. Consulté sur : *http://www.csmf.fr*, le 17 avril 2012.
[2148] CSMF, « Le contentieux avec les caisses d'assurance maladie », mars 2011. Consulté sur : *http://www.csmf.fr*, le 17 avril 2012.
[2149] V. M-A Rozan, « Le médecin qui ne propose pas le test par marqueurs sériques dans le cadre d'un suivi de grossesse commet une faute caractérisée », *SYNGOF*, 19 octobre 2011, n°86 ; M-A Rozan, « La patiente qui dissimule sa séropositivité au cours d'une grossesse ne peut pas reprocher aux professionnels de santé l'absence de prise en charge et d'informations adaptées à ce risque », *SYNGOF*, 19 octobre 2011, n°86 ; M-A Rozan,

Enfin, certains syndicats, à l'instar de la Coordination médicale hospitalière (CMH), établissent sur leur site internet des liens d'accès vers la veille juridique de l'*Institut droit et santé* mais également vers les sites du *Sénat* ou de l'*Assemblée nationale* afin que les médecins puissent prendre connaissance de rapports tels que le rapport Fourcade[2153].

2. Le rôle informatif des Conseils de l'ordre

564. Les Conseils de l'Ordre des médecins diffusent de l'information juridique à destination du corps médical. Tout d'abord, le Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) publie sur son site internet des communiqués relatifs à l'actualité juridique : « *explantations des prothèses PIP : le CNOM recommande aux praticiens le respect du tact et de la mesure dans la pratique de leurs honoraires* »[2154], « *l'affaire du Docteur Bonnemaison* »[2155], « *réaction du CNOM suite au présumé refus de soins d'un médecin d'Aix-en-Provence* »[2156], « *une bonne nouvelle dans l'examen du PLFSS : le Sénat rétablit les compétences médicales* »[2157] et « *à propos du projet de décret visant à réglementer la pratique de l'ostéopathie* »[2158].

En outre, il met en ligne une base de données reprenant les décisions de la Chambre disciplinaire, de la Section des assurances sociales et du Conseil d'Etat. Par ailleurs, il est possible de consulter en ligne le Code de déontologie médicale ainsi que ses commentaires. Enfin, il est mis à disposition une veille juridique relative au droit médical. Toutefois, nous avons pu nous étonner que ces différentes informations, aussi riches en enseignements soient-

---

« Faute en néonatalogie : inadaptation des règles de l'art aux circonstances », *SYNGOF*, 30 juin 2011, n°85 ; M-A Rozan, « Infection nosocomiale : indemnisation intégrale par l'ONIAM », *SYNGOF*, 30 juin 2011, n°85.

[2150] C. Gerschel, K. Pater, « Opposabilité du secret médical », *SYNGOF*, mars 2005, n°61 ; P. Mathurin, N. Dupuy-Loup, Responsabilité du personnel médical, *SYNGOF*, mars 2005, n°61.

[2151] R. Pellet, « La décision QPC du Conseil constitutionnel et l'assurance des praticiens et établissements de santé (1ère partie) », *SYNGOF*, 21 décembre 2010, n°83 ; R. Pellet, « La décision QPC du Conseil constitutionnel et l'assurance des praticiens et établissements de santé (2ème partie) », *SYNGOF*, 4 avril 2011, n°84.

[2152] R. Belaiche, « Prévenir le risque juridique », *SYNGOF*, 1er octobre 2009, n°78.

[2153] J.-P. Fourcade, *Comité d'évaluation de la réforme de la gouvernance des établissements publics de santé*, Paris, La Documentation française, juillet 2011, 75 p.

[2154] CNOM, « Explantations des prothèses PIP : le CNOM recommande aux praticiens respect du tact et de la mesure dans la pratique de leurs honoraires », communiqué du 9 janvier 2012. Consulté sur : *http://www.cnom.fr*, le 17 avril 2012.

[2155] CNOM, « Affaire du Docteur Bonnemaison », communiqué du 8 septembre 2011. Consulté sur : *http://www.cnom.fr*, le 17 avril 2012.

[2156] CNOM, « *Réaction du CNOM suite au présumé refus de soins d'un médecin d'Aix-en-Provence* », communiqué du 8 octobre 2010. Consulté sur : *http://www.cnom.fr*, le 17 avril 2012.

[2157] CNOM, « Une bonne nouvelle dans l'examen du PLFSS : le Sénat rétablit les compétences médicales », communiqué du 20 novembre 2008. Consulté sur : *http://www.cnom.fr*, le 17 avril 2012.

[2158] CNOM, « A propos du projet de décret visant à réglementer la pratique de l'ostéopathie », communiqué du 5 décembre 2006. Consulté sur : *http://www.cnom.fr*, le 17 avril 2012.

elles, furent longtemps intégrées dans une rubrique intitulée « *professionnels du droit* », ce qui excluait de fait les médecins[2159]. Désormais, ces informations sont accessibles depuis une rubrique intitulée « *juridique* »[2160].

D'autre part, le CNOM publie, depuis 2008, un bulletin d'information disponible en version électronique et en format papier. Le médecin peut y retrouver des dossiers juridiques[2161] et des articles juridiques dans le cahier jurispratique[2162].

Enfin, le CNOM publie régulièrement des rapports qui traduisent son positionnement sur des questions juridiques liées à l'exercice de la médecine : « *la personne de confiance* »[2163], « *les coopérations entre professionnels de santé* »[2164], « *éducation thérapeutique : préconisations du CNOM* »[2165], « *les soins et les injonctions de soins en milieu pénitentiaire et leurs conséquences pénales sur la situation de l'intéressé* »[2166], « *formulaires médicaux et assurances* »[2167]. Dans ces rapports, le CNOM informe les médecins de la législation et de la réglementation en vigueur. Il émet également des recommandations aux médecins, eu égard à la déontologie médicale.

565. Certains Conseils départementaux publient régulièrement un bulletin, source d'informations notamment juridiques. La majorité des articles sont rédigés par des médecins conseillers ordinaux. A titre d'exemples, les bulletins de ces conseils délivrent des informations juridiques sur les prescriptions hors AMM[2168], les modifications législatives

---

[2159] Consultation du site : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 10 mars 2012.
[2160] Consultation du site : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 28 novembre 2012.
[2161] V. CNOM, « HPST : ce qui vous attend », *BONM*, novembre-décembre 2009, n°8, p. 22-27.
[2162] V. F. Jornet, « Rédiger les statuts d'une SELARL : suivez », *BONM*, Septembre-octobre 2008, n°1, p. 18-19 ; R. Beyssac, « Les frais irrépétibles devant la chambre disciplinaire de première instance », *BONM*, juillet-août 2009, n°6, p. 14 ; I. Kahn-Bensaude, « Signalement maltraitance infantile : quels sont les devoirs des médecins », *BONM*, janvier-février 2010, n°9, p. 16-19 ; S. Breton, « Tutelle ou curatelle renforcée : le consentement aux actes médicaux », *BONM*, juillet-août 2010, n°12, p. 14.
[2163] I. Kahn-Bensaude, « La personne de confiance », rapport du CNOM, 8 octobre 2010. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 17 avril 2012.
[2164] J. Lucas, « Les coopérations entre professionnels de santé », rapport du CNOM, 19 juin 2010. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, consulté le 17 avril 2012.
[2165] J.-M. Faroudja, « Education thérapeutique : préconisations du CNOM », rapport du CNOM, 17 juin 2011. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 17 avril 2012.
[2166] P. Cressard, « Les soins et les injonctions de soins en milieu pénitentiaire et leurs conséquences pénales sur la situation de l'intéressé », rapport du CNOM, 7 février 2008. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 17 avril 2012.
[2167] F. Stéfani, « Formulaires médicaux et assurances », rapport du CNOM, 20 septembre 2007. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 17 avril 2012.
[2168] J.-P. Micolle, « Prescription hors AMM », *Ordre.com*, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Rhône, septembre 2011, n°20, p. 14.

dans le domaine de la santé[2169], le cadre juridique des relations entre les médecins et l'industrie pharmaceutique[2170], les règles juridiques de la collaboration libérale[2171] et le renouvellement du certificat médical pour un majeur vulnérable[2172].

L'information juridique des médecins par les médecins trouve son paroxysme dans un projet de cellule juridique destinée aux médecins libéraux.

B. L'EXPÉRIMENTATION D'UNE CELLULE JURIDIQUE DESTINÉE AUX MÉDECINS LIBÉRAUX

566. Les Unions régionales des médecins exerçant à titre libéral (URMEL) ont été créées par la loi du 4 janvier 1993[2173] et le décret d'application du 14 décembre 1993[2174]. A l'origine, chaque union, au nombre de 26 en France contribue à « […] *l'amélioration de la gestion du système de santé et à la promotion de la qualité des soins, aux analyses et études relatives au fonctionnement du système de santé, à l'exercice libéral de la médecine, à l'épidémiologie ainsi qu'à l'évaluation des besoins médicaux, à l'évaluation des comportements et des pratiques professionnelles en vue de la qualité des soins, à l'organisation et la régulation du système de santé, à la prévention et aux actions de santé publique, à la coordination avec les autres professionnels de santé et à l'information et la formation des médecins et usagers* ».

Depuis la loi « HPST », en 2009, les URML sont devenues des Unions régionales des professionnels de santé Médecins libéraux (URPS ML). Leurs missions sont définies par l'article R. 4031-2 du Code de la santé publique. Elles participent notamment « *à l'analyse des besoins de santé et de l'offre de soins en vue notamment de l'élaboration du schéma régional d'organisation des soins ambulatoires, à l'organisation de l'exercice professionnel, notamment de la permanence des soins mais aussi de nouveaux modes d'exercice, à l'élaboration et la mise en œuvre des mesures destinées à améliorer l'aménagement de l'offre*

[2169] B. Mazenod, « Rappel des modifications législatives récentes, concernant la santé », *Ordre.com*, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Rhône, septembre 2011, n°20, p. 13.
[2170] M. Bret, B. Louis, V. Libourel *et al*., « Relations médecins-industries », *Ordre.com*, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Rhône, janvier 2008, n°11, p. 6.
[2171] P. Finet, « Le médecin collaborateur libéral », *Revue des médecins de l'Isère*, juillet 2010, p. 7 ; B. Decanter, « Le collaborateur libéral », *Bulletin du Conseil départemental du Nord de l'ordre des médecins*, n°114, p. 6.
[2172] P. Leroux, « Renouvellement des certificats médicaux pour les majeurs vulnérables : que faut-il faire ? », *Bulletin du Conseil départemental du Nord de l'ordre des médecins*, n°114, p. 4-5.
[2173] Loi n°93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie, *JO* n°3 du 4 janvier 1993, p. 251.
[2174] Décret n°93-1302 du 14 décembre 1993 relatif aux unions régionales des médecins exerçant à titre libéral, *JO* du 15 décembre 1993, p. 17399.

de soins sur le territoire et l'accès aux soins des patient, aux actions de prévention, de veille sanitaire, de gestion de crises sanitaires, de promotion de la santé et d'éducation thérapeutique, à la mise en œuvre des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens avec les réseaux, les centres de santé, les maisons de santé et les pôles de santé, ou des contrats ayant pour objet d'améliorer la qualité et la coordination des soins mentionnés à l'article L. 1435-4, au déploiement des systèmes de communication et d'information partagés, au programme régional de gestion du risque, à la mise en œuvre du développement professionnel continu ».

A la lecture de ces missions, aucune obligation d'informer les médecins sur le droit ne semble incomber aux URPS. La création d'une cellule juridique destinée aux médecins libéraux résulte donc d'une démarche volontaire de l'URPS Médecins libéraux Nord-Pas de Calais dont il s'agit de présenter, d'une part, l'historique (1) et d'autre part, le déploiement, régional et national (2).

1. L'anamnèse

567. Dans un premier temps, une étude d'opportunité a été menée auprès des 6 700 médecins libéraux de la région Nord-Pas-de-Calais aux fins de connaître leurs besoins et leurs attentes en matière d'informations juridiques. Cette enquête a permis d'établir une photographie de l'existant mais également de dresser, à partir de cet état des lieux, un inventaire des thématiques juridiques sur lesquelles les médecins libéraux souhaitent être informés. 850 médecins libéraux ont répondu à notre enquête soit un taux de retour de 12,8 %. 64 % des médecins répondants sont des omnipraticiens. 41 % ont déjà été confrontés à un problème juridique. 86 % accordent une haute importance à la création d'une cellule juridique destinée à leur fournir des informations juridiques et, parmi eux, 64% sont des médecins généralistes.

En outre, nous avons souhaité connaître leurs centres d'intérêt juridique. Nous leur avons donc proposé cinq sujets juridiques. Dans l'ordre décroissant, les médecins répondants souhaitent être informés sur « *les certificats médicaux* » (36 %), « *le pouvoir disciplinaire des caisses* » (17 %), « *les soins psychiatriques* » (17 %), « *la cessation d'activité : le devenir du cabinet et du personnel* » (14 %) et « *les réquisitions pour des gardes à vue* » (7 %). Nous

leur avons également donné la possibilité d'exprimer leurs souhaits sur les informations juridiques qu'ils souhaiteraient recevoir[2175].

568. A la lecture des résultats de cette enquête et de leur analyse, la création d'une cellule juridique est donc apparue nécessaire. Sa mise en œuvre s'inscrit dans une démarche de proximité et d'accompagnement des médecins libéraux. Pour le médecin profane, c'est l'opportunité d'appréhender les rudiments du monde juridique par des outils simples et accessibles à tous. Partant de l'idée que l'ignorance est la source de toute crainte, une information juridique simplifiée peut lever les appréhensions et procurer un enrichissement dans la pratique quotidienne[2176]. Dans cette tentative de rapprocher de manière constructive le droit et la médecine, cette cellule juridique apparaît novatrice puisqu'elle est l'émanation du corps médical. Elle repose sur une collaboration étroite entre un médecin et un professionnel du droit, ce qui fait la force de ce dispositif.

2. <u>Une information juridique protéiforme</u>

569. L'information juridique que reçoit le médecin libéral est double. D'une part, il reçoit passivement des informations juridiques sans qu'il ait besoin de manifester une quelconque volonté (a). D'autre part, c'est au travers d'une démarche volontaire qu'il peut accéder à certaines informations juridiques (b).

a. Une information juridique passive

570. Dans un premier temps, le médecin libéral reçoit une information juridique de manière passive, c'est-à-dire sans que cela nécessite un acte d'adhésion. La lettre juridique, « *JURIDIC'URMEL* », devenue « *JURIDIC'URPS* » en 2011, délivre des informations juridiques bimestriellement. Elle est distribuée à l'ensemble des médecins libéraux de la région Nord-Pas de Calais, et ce quelle que soit leur spécialité, le seul critère étant d'exercer une activité libérale. Les sujets sont choisis par le professionnel du droit, responsable de la cellule juridique, en collaboration étroite avec un médecin ce qui permet de cibler au mieux les préoccupations des médecins libéraux.

[2175] Annexe I, *Liste non exhaustive des sujets juridiques sollicités par les médecins libéraux de la région Nord-Pas de Calais*, 2006.
[2176] V. M. Goedert, *L'image du procès dans les yeux du médecin*, mémoire de DEA, sous la direction de B. Py, Nancy, 2004, p. 79.

L'objectif de cette revue est de délivrer des informations juridiques accessibles à tous. Le document juridique se présente de la manière suivante : des actualités juridiques, un point sur un sujet juridique, une analyse de la jurisprudence et des informations pratiques. Depuis le lancement de la revue, en juillet 2007, 113 articles juridiques ont été publiés[2177], sur des thèmes aussi variés que « *les directives anticipées* »[2178], « *la personne de confiance* »[2179], « *la responsabilité d'une société civile de moyens en matière d'infections nosocomiales* »[2180], « *le statut du fœtus né sans vie* »[2181], « *l'usage du titre de psychothérapeute* »[2182], « *le fonctionnement des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI)* »[2183], « *l'observance thérapeutique : contours juridiques et limites* »[2184] ou encore « *la maternité pour autrui* »[2185]. En outre, deux hors-séries, l'un relatif aux démarches liées au décès du médecin[2186], et l'autre relatif aux dix commandements pour rédiger un certificat médical[2187] ont été publiés.

571. Puisque l'adhésion n'est pas nécessaire, il demeure impossible de mesurer le taux de lecture de la lettre juridique au regard du nombre d'adhérents. Cependant, en 2009, la cellule juridique a mené une enquête par un questionnaire transmis à l'ensemble des médecins libéraux de la région Nord-Pas de Calais. Le taux de retour est assez faible (3,5 %) puisque seuls 220 médecins ont répondu à cette enquête. Cependant, certains résultats méritent d'être soulignés. 86,8 % des médecins répondants déclarent lire la lettre juridique. 68 % des répondants indiquent conserver l'intégralité ou au moins une partie de la lettre juridique. Concernant le contenu des numéros, 60,3 % trouvent les articles plutôt satisfaisants et 34,2 % les trouvent très satisfaisants. 47,9 % des médecins ayant répondu déclarent avoir assez souvent l'utilité des informations publiées dans leur exercice professionnel et 30,6 % déclarent en avoir l'utilité de temps en temps.

[2177] Annexe II, *Sommaire des lettres juridiques de l'URPS Médecins libéraux Nord-Pas de Calais*.
[2178] N. Boughriet, « Les directives anticipées », *JURIDIC'URMEL*, septembre-octobre 2010, n°20.
[2179] N. Boughriet, « La personne de confiance », *JURIDIC'URMEL*, juillet-août 2010, n°19.
[2180] N. Boughriet, « Infections nosocomiales : responsabilité d'une société civile de moyens ? », *JURIDIC'URPS*, janvier-février 2011, n°1.
[2181] N. Boughriet, « le statut du fœtus né sans vie », *JURIDIC'URMEL*, mars-avril 2008, n°5.
[2182] N. Boughriet, « L'usage du titre de psychothérapeute », *JURIDIC'URPS*, mai-juin 2011, n°3.
[2183] N. Boughriet, « Le fonctionnement des CRCI », *JURIDIC'URMEL*, septembre-octobre 2007, n°2.
[2184] N. Boughriet, « L'observance thérapeutique : contours juridiques et limites », *JURIDIC'URMEL*, juillet-août 2008, n°7.
[2185] N. Boughriet, « La maternité pour autrui », *JURIDIC'URMEL*, novembre-décembre 2008, n°9.
[2186] N. Boughriet, P. Leroux, « Le décès du médecin : et si demain ? », *JURIDIC'URMEL*, septembre-octobre 2008, hors-série, n°8.
[2187] N. Boughriet, P. Leroux, « Les certificats médicaux : les dix commandements », *JURIDIC'URMEL*, novembre-décembre 2009, hors-série, n°15.

572. Force est de constater que la lettre juridique favorise l'accessibilité du médecin à la connaissance juridique. Sans dénaturer le droit, la cellule juridique s'efforce d'en favoriser la lisibilité et l'intelligibilité. La publication de la lettre juridique connaît un réel succès. Depuis son lancement, huit URPS en 2009 et 2010[2188], puis sept URPS en 2011 et 2012[2189] ont adhéré à cette revue ce qui permet aux médecins libéraux des régions adhérentes d'accéder à des informations juridiques relatives à leur exercice professionnel. Ce sont donc près de 80 000 médecins libéraux répartis sur le territoire national, qui reçoivent la lettre juridique tous les deux mois. Enfin, quinze bibliothèques universitaires ont sollicité la cellule juridique afin de mettre à disposition de leurs étudiants en médecine et/ou en droit de la santé la lettre juridique[2190].

b. Une information juridique active

573. La cellule juridique a également mis en place différents outils juridiques à disposition du médecin. A la différence de la lettre juridique, le médecin doit se manifester pour bénéficier des informations juridiques dont il nécessite.

574. Dans un premier temps, depuis septembre 2007, la cellule juridique met à disposition des médecins libéraux un service d'Ecoute, de Conseil et d'Orientation (*E.C.O'URPS*) pour tout problème juridique auquel pourrait être confronté un médecin lors de son exercice professionnel. La cellule juridique ne se substitue ni aux cabinets juridiques privés, ni aux systèmes assuranciels en cours, ni aux syndicats ni à l'Ordre des médecins. De même, il n'est pas question d'empiéter sur le travail des juridictions en place, qu'elles soient administratives, ordinales ou civiles.

Le service *E.C.O'URPS* tend à garantir la délivrance d'informations juridiques adaptées aux besoins exprimés par les médecins libéraux. Au-delà de cette mission principale, il s'agit d'écouter et d'orienter le médecin vers la structure experte en la matière et ce dans un contexte où le médecin est entouré de pléthores administrations. Chaque année, la cellule juridique fournit, dans son rapport d'activité annuel, une visibilité sur les problèmes juridiques médicaux de la région dont elle a eu connaissance. Les interrogations des médecins

---

[2188] URPS Bretagne, URPS Provence Alpes Côte d'Azur, URPS Picardie, URPS Ile-de-France, URPS Bourgogne, URPS Rhône-Alpes, URPS Languedoc-Roussillon, URPS Basse-Normandie.
[2189] URPS Picardie, URPS Ile-de-France, URPS Bourgogne, URPS Rhône-Alpes, URPS Languedoc-Roussillon, URPS Basse-Normandie, URPS Aquitaine.
[2190] Lille, Limoges, Strasbourg, Paris XII, Paris II, Paris XIII, Rouen, Bordeaux, Reims, Amiens, Douai, Pointe à Pitre, Rennes, Marseille et Créteil.

libéraux, depuis 2007, ont été classées par catégories. Elles concernent, par ordre décroissant, l'exercice de la médecine, les procédures juridiques et la responsabilité médicale, les relations avec les administrations, l'organisation du cabinet médical, l'organisation des soins, les contrats d'exercice libéral, l'éthique et la déontologie et le cadre juridique des nouvelles technologies de l'information et de la communication. La cellule juridique apporte donc une valeur ajoutée par rapport à l'existant.

L'URPS Picardie et l'URPS Ile-de-France ont adhéré à ce dispositif depuis 2009. Ce sont donc près de 32 500 médecins libéraux qui bénéficient de ce service juridique. Force est de constater que le service *E.C.O'URPS* connaît un véritable essor depuis sa création. En 2007, le service *E.C.O'URPS* a traité 24 dossiers juridiques contre 65 dossiers en 2008, 128 dossiers en 2009, 235 dossiers en 2010, 155 dossiers en 2011 et 140 dossiers au 30 juin 2012. Ce nombre de dossiers juridiques, 725 depuis sa création, traduit une véritable volonté des médecins libéraux de s'informer sur les problématiques juridiques auxquelles ils sont confrontés dans leur exercice médical quotidien. Au regard de la nature des questions, il s'agit majoritairement de demandes d'informations juridiques afin de prévenir tout contentieux avec les patients ou avec les administrations mais également en vue d'améliorer l'organisation du cabinet médical. Ce service E.C.O'URPS revêt donc, au delà de sa dimension informative, une dimension préventive.

La cellule juridique a mené une enquête de satisfaction auprès des médecins libéraux des régions Nord-Pas de Calais, Picardie et Ile-de-France qui ont contacté au moins une fois le dispositif *E.C.O'URPS*, depuis 2009, pour laquelle nous avons recueilli un taux de réponse de 38 %. 88 % des médecins répondants sont satisfaits du délai de moyen de réponse, soit 2,7 jours. D'autre part, 88 % des médecins répondants sont satisfaits de la qualité de l'information juridique qu'ils ont reçue. 86 % des médecins répondants estiment que l'information juridique reçue est claire. Enfin, 89 % des médecins répondants déclarent qu'ils feront de nouveau appel à la cellule juridique s'ils requièrent des informations juridiques[2191].

575. Dans un second temps, la cellule juridique offre la possibilité aux médecins libéraux d'accéder à une bibliothèque de fiches juridiques disponibles sur le site internet de l'URPS Nord-Pas de Calais[2192]. En 2012, 220 fiches juridiques ont été publiées dans les domaines

---

[2191] URPS Médecins libéraux NPDC, *Rapport d'activité ECO'URPS pour les années 2009, 2010 et 2011*, mars 2012.
[2192] Consultation du site : *http://www.urps5962ml.fr*

suivants : « éthique et de la déontologie », « organisation du cabinet médical », « relations avec les administrations », « exercice médical », « le médecin et les administrations » et « responsabilité médicale »[2193]. L'accès à ces fiches juridiques est subordonné à une inscription préalable ce qui suppose donc un acte d'adhésion du médecin. Depuis sa création en 2008, 400 médecins libéraux sont inscrits.

576. Enfin, en 2010, la cellule juridique a développé un outil, « *le droit en questions* », qui consiste en l'organisation de soirées débats juridiques destinées aux médecins libéraux. L'objectif est de susciter une rencontre entre le professionnel du droit qui détient le savoir juridique et le médecin qui nécessite une connaissance juridique pour sa pratique médicale quotidienne. Ainsi, deux soirées débats ont été organisées. Une première soirée relative aux « *certificats médicaux : les dix commandements* » a permis d'informer les médecins sur les règles de rédaction des certificats médicaux et de les sensibiliser aux risques judiciaires liés à cet acte médico-légal. Cette soirée informative a permis d'évoquer le cadre juridique relatif aux certificats médicaux, illustré de jurisprudences ordinales. Une seconde soirée débat relative au *« signalement de la maltraitance à enfant : quels risques juridiques ? »* a permis d'informer les médecins de la législation en vigueur, de connaître le dispositif d' « *information préoccupante* » issu de la loi du 5 mars 2007[2194] et d'appréhender les risques judiciaires liés au signalement et au non signalement d'une maltraitance à enfant.

Les soirées débats ont rencontré un réel succès puisque chacune a réuni cinquante médecins libéraux. Elles ont permis de confronter le droit médical à la pratique professionnelle. A la fin de chacune de ces soirées débats, les médecins présents ont pu juger de la qualité de ce dispositif. D'une part, ils considèrent que les informations juridiques reçues pourront leur être utiles et donc majoritairement transférées sur le terrain[2195]. D'autre part, ils ont manifesté le souhait de renouveler ce type de soirées débats en proposant des sujets juridiques qui pourraient faire l'objet de telles rencontres : « *les différents types d'associations de médecins et leurs conséquences juridiques* », « *le secret médical et les relations familiales* » ou encore « *les majeurs vulnérables depuis la loi du 5 mars 2007* ».

[2193] Annexe III, *Sommaire des fiches juridiques BIBLIO'URPS de l'URPS Médecins Nord-Pas de Calais*.
[2194] Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* n°56 du 7 mars 2007, p. 4325.
[2195] URPS Médecins libéraux NPDC, *Rapport d'activité 2010*, 2011 : « *en moyenne, 82 % des médecins interrogés estiment que les informations juridiques reçues pourront être transférées sur le terrain* ».

577. La création d'une cellule juridique revêt donc un caractère pédagogique pour le médecin libéral. D'une part, elle permet de le sensibiliser au droit. D'autre part, elle favorise l'accès à une information juridique simplifiée. Cette cellule juridique présente toutefois quelques faiblesses. En effet, sa pérennité est mise en difficulté par le fonctionnement de l'URPS : ce sont les organisations syndicales de la profession, reconnues représentatives au niveau national, qui désignent les membres des unions régionales[2196]. Par conséquent, le maintien de la cellule juridique ne peut être garanti à chaque nouvelle élection, au terme de cinq ans, puisqu'il dépend du projet politique de chaque organisation syndicale. Il est ainsi possible de déceler que, pour certaines organisations syndicales qui disposent d'un service juridique organisé, la mise en œuvre d'une cellule juridique n'est pas nécessaire voire concurrencerait leur propre service juridique. D'autre part, cette cellule juridique ne s'adresse qu'aux médecins libéraux puisqu'elle émane de l'URPS, instance représentative des médecins libéraux. Nous pouvons alors nous interroger sur la possibilité de transposer cette cellule juridique dans une instance qui représenterait autant les médecins libéraux que les médecins salariés et qui pourrait faire vivre ce projet.

Nous avions pour ambition de déterminer les conditions de transmission de l'information juridique au médecin, profane en cette matière. Cette information juridique est monopolisée par les professionnels ce qui constitue une entrave à l'accessibilité du médecin au droit. Cependant, nous avons atténué notre propos par la présentation de différentes ressources juridiques relayées par le corps médical.

Conclusion du second chapitre

578. Nous avons envisagé la voie de la pédagogie comme une voie de guérison face aux maux dont souffre le médecin. Dans un premier temps, nous avons mis en évidence l'action pédagogique menée autour de la norme juridique. Ainsi, le renforcement de l'accessibilité physique à la production normative et la codification sont des outils qui permettent une meilleure accessibilité au droit en vigueur. D'autre part, le juge contribue également à l'action pédagogique. L'obligation de motivation des arrêts mais également l'usage des *obiter dicta* des opinions séparées constituent des instruments qui facilitent la compréhension du droit par le citoyen.

[2196] Art. D. 4031-16 du CSP.

Mais ces procédés ne peuvent suffire, eu égard à leur caractère éminemment juridique et leur spécificité technique. Partant de l'idée que la connaissance profane du médecin en matière de droit exige la création d'outils spécifiques, nous avons alors recherché les conditions de transmission de l'information juridique au corps médical. Nous avons ainsi relevé que l'information juridique destinée au médecin est monopolisée par les professionnels du droit, au travers de publications issues des juridictions et de publications spécifiques au droit médical. Toutefois, nous sommes parvenus à démontrer que l'information juridique est de plus en plus relayée par le corps médical, par les syndicats médicaux et l'institution ordinale, à l'échelon national ou départemental. L'expérience de l'URPS médecins libéraux du Nord-Pas de Calais a particulièrement retenu notre attention. Elle contraste avec la thèse d'une monopolisation de l'information juridique par les professionnels du droit et illustre la transmission du droit, à l'initiative de médecins, à destination des médecins.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

579. La réflexion engagée sur l'alternative au conflit et la pédagogie comme voies de guérison a permis de présenter les remèdes dont dispose le médecin face à l'invocation d'une juridicisation et d'une judiciarisation de la médecine, toutes deux appréhendées comme des contraintes dans l'exercice quotidien.

Nous avons pu déterminer que les modes alternatifs de règlement des conflits constituent une échappatoire au procès en favorisant l'équilibre des parties, source de paix sociale. La résolution amiable du conflit est un puissant rempart contre le règlement judiciaire du conflit qui, lorsqu'elle est appliquée au domaine médical, protège le médecin du procès. Dans ces conditions, la résolution amiable représente une voie de guérison, en tant qu'alternative à une judiciarisation de la médecine que le médecin redoute. Cette voie ne pouvant suffire, la « *pédagogie au service du droit* » nous est apparue comme une voie de guérison à une juridicisation de l'activité médicale. Notre regard sur l'action pédagogique menée autour de la norme juridique et sur les conditions de transmission de l'information juridique au corps médical a permis d'entrevoir différentes techniques qui émanent des institutions judiciaires et des praticiens du droit mais également, de façon évolutive, du corps médical.

Toutefois, ces deux voies de guérison ne permettent pas de se détacher définitivement d'une vision contraignante du droit, comme nous en avions l'ambition. En effet, l'ignorance du médecin en cette matière juridique ne lui permet pas d'entrevoir le droit autrement que sous un angle coercitif.

TITRE SECOND

LE DROIT, RESSOURCE NÉCESSAIRE À LA PRATIQUE MÉDICALE

580. Dans diverses circonstances, le médecin est confronté à des situations médicales, qui interpellent le droit en vigueur, telles que le refus de soins exprimé par un patient ou encore la prise en charge de la fin de vie d'un patient. Mais détient-il les outils nécessaires pour appréhender ce droit qui l'entoure, alors même que la réglementation juridique intervient dans des domaines de l'activité médicale où elle n'existait pas auparavant et que les règles juridiques préexistantes se densifient dans leur contenu ? De manière paradoxale, si le droit fait partie intégrante de l'exercice de la médecine, il n'en demeure pas moins que le médecin connaît peu ou prou les règles juridiques applicables à son exercice professionnel. Or, le constat de cette ignorance du droit n'est pas anodin. Cette ignorance est à l'origine d'une crainte, ce que met en exergue le professeur Gérard Mémeteau lorsqu'il souligne une « *médecine effrayée par le droit* »[2197].

581. Loin de constituer une entrave à l'exercice médical, il apparaît que le droit peut constituer une ressource dans l'action, à intégrer à l'exercice professionnel quotidien. C'est à cette condition que le médecin ne sera plus sous la sujétion du droit. A l'instar d'Antoine Jeammaud, il convient donc de « *se libérer d'une définition ressassée de la règle de droit et de reconnaître qu'elle n'est pas toujours la prescription d'une conduite, que ses objets peuvent être forts divers et très variés dans ses rapports aux comportements des acteurs. Bref, qu'elle n'est pas toujours et pour tous synonyme de contrainte* »[2198]. En d'autres termes, notre démarche vise à substituer une vision libératrice du droit à une vision coercitive. Il apparaît pertinent, dans un premier temps, d'évaluer la place du droit dans la formation actuelle du corps médical (chapitre 1) afin, dans un second temps, de contribuer à la définition d'un paradigme d'accompagnement juridique du médecin (chapitre 2).

[2197] G. Mémeteau, « Des médecins qui avaient peur du droit », *op. cit.*, p. 3.
[2198] A. Jeammaud, « Droit du travail 1998 : des retournements plus qu'une crise », *op. cit.*

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT MÉDICAL, OUBLIÉ DE LA FORMATION DU CORPS MÉDICAL

582. Dans un contexte d'hyperspécialisation et d'interdisciplinarité, le médecin doit adapter ses connaissances et ses compétences au cours de sa vie professionnelle. Parmi elles, il nous semble que le droit médical doive tenir une place particulière tant le droit fait partie intégrante de l'exercice médical. A ce titre, il paraît pertinent de porter notre regard sur la « *formation* » qui permet d'acquérir ou de perfectionner une qualification professionnelle[2199]. Cela soulève un certain nombre de questions : que doit connaître le médecin, au terme de ses études de médecine, pour être préparé à l'exercice de ses fonctions ? Que doit-il connaître pour remplir ses obligations professionnelles auprès du patient ? Comment doit-il maintenir et perfectionner ses connaissances, tout au long de son exercice professionnel ? En d'autres termes, s'intéresser à la formation du médecin revient à se poser la question du « *niveau minimum de formation médicale* »[2200] nécessaire à un exercice serein de la médecine.

583. Au-delà, la formation médicale est le reflet de la médecine que la société souhaite. La part d'enseignement juridique introduite dans la formation médicale est révélatrice de la sensibilité au droit ou encore de la conscience des responsabilités juridiques que la société souhaite éveiller chez le médecin. Partant du principe que la connaissance des règles juridiques, qui s'appliquent à son exercice professionnel, peut libérer le médecin de sa vision contraignante du droit, dès lors, il nous semble important de déterminer la place allouée au droit médical dans la formation du médecin. Aussi envisagerons-nous successivement de dresser un état des lieux de la formation médicale initiale (section 1) puis de la formation médicale continue (section 2).

[2199] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Formation », *op. cit.*

[2200] OMS, *Normes minimums admissibles sur le plan international pour la formation des médecins*, Rapport d'un groupe d'étude, Genève, 1962, p. 7. Consulté sur : *whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_239_fre.pdf*, le 12 mars 2012.

Section 1. Etat des lieux de la formation initiale

584. Le principe de l'exercice de la médecine en France est posé par la loi Chevandier du 30 novembre 1892 : « *nul ne peut exercer la médecine en France s'il n'est pas muni d'un diplôme de docteur en médecine, délivré par un gouvernement français à la suite d'examens subis dans un établissement supérieur* »[2201].

Toutefois, le droit d'exercice de la médecine n'a pas toujours été l'apanage des Docteurs, titulaires d'un titre. Dans un premier temps, la loi du 18 août 1790 a supprimé les facultés de médecine et donc l'enseignement médical. D'autre part, la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 est à l'origine de « *l'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et professions* »[2202]. Les corporations supprimées, la médecine pouvait être exercée sans justificatif d'une formation ni d'un titre : « *ceux qui ont appris leur art se trouvent confondus avec ceux qui n'en ont pas la moindre notion* […]. *La vie des citoyens est entre les mains d'hommes avides qu'autant ignorants. L'inexpérience la plus dangereuse, le charlatanisme le plus éhonté, abusent partout de la crédulité et de la bonne foi. Aucune preuve de savoir et d'habileté n'est exigée* »[2203].

La loi du 10 mars 1803 rétablit l'encadrement de l'exercice des médecins, qui œuvrent, à compter de cette date, aux côtés des officiers de santé dont l'exercice est restreint au département du lieu de formation[2204]. La loi Chevandier du 30 novembre 1892 établit le monopole légal de l'exercice de la médecine par le corps médical, titulaire d'un diplôme de Docteur en médecine, acquis au terme d'un enseignement médical. Dès lors, l'étude de la formation initiale du médecin, comme étape obligatoire, prend tout son sens. Aussi envisagerons-nous la qualification comme clef de voûte de l'exercice de la médecine (§1). Puis nous présenterons le modèle de formation initiale proposé au médecin (§2).

[2201] Art. 1 de la loi du 30 novembre 1892.
[2202] B. Hoerni, « La loi du 30 novembre 1892 », *Histoire des sciences médicales*, t. 32, 1998, n°1, p. 63.
[2203] A.-F. Fourcroy cité par B. Lavaud-Legendre, « Charlatanisme et droit pénal », *Les Tribunes de la santé*, 2008, vol. 3, n°20, p. 67.
[2204] V. notamment J. Léonard, *La France médicale au 19ème siècle*, Paris, Gallimard, 1978, 287 p. ; J. Léonard, *La vie quotidienne du médecin de province au 19ème siècle*, Paris, Hachette, 1977, 285 p.

§1. La qualification, clef de voûte de l'exercice de la médecine

585. La formation médicale initiale est consacrée par l'obtention d'une qualification qui doit être entendue comme « *une habilitation du professionnel à exercer un certain nombre d'actes du fait de sa possession d'un diplôme ou d'un titre équivalent* »[2205]. La qualification représente un enjeu majeur pour le corps médical. Clef de voûte de l'exercice médical (A), elle protège également le médecin dans son exercice par le monopole qu'elle lui confère (B).

A. LA PROTECTION DU MONOPOLE LÉGAL D'EXERCICE DE LA MÉDECINE

586. La qualification est au cœur de l'exercice de la médecine. Elle représente une des conditions légales d'exercice de la médecine (1) et confère au médecin une omnivalence (2).

1. La qualification, une des conditions légales d'exercice de la médecine

587. L'article L. 4111-1 du Code de la santé publique définit les conditions cumulatives qui autorisent un individu à exercer la médecine en France. D'une part, le Code de la santé publique pose l'obligation d'être « *titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre* » mentionné à l'article L. 4131-1 de ce même Code. Ainsi, dans l'hypothèse d'un ressortissant français, le diplôme français d'Etat de Docteur en médecine constitue une des conditions à l'exercice de la médecine. D'autre part, il est exigé d'être « *de nationalité française, de citoyenneté andorrane ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, du Maroc ou de la Tunisie* […] ». Enfin, le Code de la santé publique subordonne l'exercice de la médecine à une inscription au tableau de l'Ordre des médecins. Il convient de rappeler la possibilité de dérogation légale à l'inscription au tableau de l'Ordre des médecins. Ainsi, sont dispensés de cette obligation d'inscription les médecins cadres actifs du service de santé des armées, les médecins fonctionnaires de l'Etat ou agents titulaires d'une collectivité qui ne pratiquent pas la médecine dans le cadre de leurs fonctions et les médecins ressortissants d'un Etat, membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen qui effectuent une prestation de service, temporairement et occasionnellement[2206].

[2205] HAS, *Les nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé : les aspects juridiques*, Service évaluation médico-économique et santé publique, octobre 2007, p. 10.
[2206] Art. L. 4112-6 et L. 4112-7 du CSP.

588. Le médecin tire son pouvoir d'intervenir sur le corps humain de manière licite, d'une part, dans le diplôme de Docteur en médecine, délivré au terme d'une formation initiale et, d'autre part, dans son inscription au tableau de l'Ordre des médecins[2207]. C'est parce que l'activité médicale porte sur la vie et la mort de l'être humain que « *cette activité* […] *(est) réservée à des individus dont le savoir est officiellement reconnu et dont la moralité est soumise à la discrète vigilance ordinale* »[2208]. Il est admis depuis de longue date qu'« *administrativement, en effet, c'est dans une réglementation antérieure et générale que trouve sa source légitime le "ministère" privilégié délégué par la Société au médecin. A ce point de vue, le chirurgien tient, de plein droit, le permis d'opérer de son diplôme, de son inscription au tableau de l'ordre des médecins, avec, s'il y a lieu, la spécialisation requise* »[2209].

589. Le Code civil protège particulièrement le respect du corps humain. Ainsi, l'article 16-1 dispose que « *chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». L'article 16-2 ajoute que « *le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci* ». Ces dispositions sont d'ordre public[2210]. Faut-il donc considérer un acte de soins comme une agression contre l'intégrité corporelle ?

La qualification de médecin, symbolisée par l'obtention d'un diplôme, permet de légitimer légalement une intervention sur le corps humain. Loin de considérer le médecin comme un délinquant, l'article 122-4 du Code pénal définit, parmi les « *causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité* », les circonstances exceptionnelles qui excluent la responsabilité pénale d'une personne commettant un acte de soins : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ». Dès lors, le respect des conditions légales d'exercice de la médecine, parmi

---

[2207] Art. L. 4111-1 du CSP.
[2208] G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, *op. cit.*, p. 127.
[2209] CNRS, *Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du 19ème siècle et du 20ème siècle*, V° « Médecin », t. 11, Paris, Gallimard, 1985, p. 558 ; V. également B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 39.
[2210] Art. 16-9 du C. civ.

lesquelles le titre professionnel, véritable « *permission légale de soigner* »[2211], permet de « *bénéficier du fait justificatif de permission de la loi* »[2212].

2. La qualification, symbole d'omnivalence

590. Selon Bruno Py, « *le diplôme crée un droit individuel d'exercice monopolistique de la médecine* »[2213]. A ce titre, l'auteur ajoute que le titre professionnel constitue une « *protection de la confiance publique* »[2214]. Par conséquent, l'article L. 4162-1 du Code de la santé publique réprime l'usurpation du titre de Docteur en médecine qui consiste à faire « *usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession, d'un diplôme officiel ou d'une qualité attribuée conformément à la loi* »[2215]. D'autre part, l'exercice de la médecine, sans le titre de Docteur en médecine, notamment, est considéré comme de l'exercice illégal de la médecine. Selon le même auteur, « *il existe* […] *des traces de longs combats menés par le corps médical pour préserver ses prérogatives légales* »[2216]. A maintes reprises, des professionnels de santé ont été condamnés sur le fondement de l'exercice illégal de la médecine[2217]. Il ajoute qu'« *un médecin qui délègue à une infirmière et à une aide-soignante, en toute autonomie, des actes de rééducation abdominale et périnéo-sphinctérienne relevant de la compétence médicale se rend complice d'exercice illégal de la médecine* »[2218].

591. Le diplôme de Docteur en médecine est omnivalent puisque « *tout médecin est, en principe, habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement* »[2219]. D'emblée, nous remarquons que, contrairement à la profession d'infirmière, il n'existe pas de décret de compétences listant les seuls actes autorisés par la profession de médecin. L'Ordre national des médecins considère que « *le diplôme de docteur en médecine confère le droit d'exercer la médecine et par conséquent de pratiquer tous les actes médicaux* […]. *En droit, il n'y a pas d'actes réservés réglementairement aux spécialistes. Il existe seulement, pour certains actes, un remboursement différencié par la Sécurité sociale. En conscience, c'est une*

[2211] B. Py, « Le droit pénal », *in Les nouvelles formes de coopérations entre professions de santé : les aspects juridiques*, Service évaluation médico-économique et santé publique de la HAS, octobre 2007, p. 79.
[2212] *Ibid.*
[2213] *Id.*, p. 46.
[2214] *Id.*, p. 80.
[2215] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Usurpation », *op. cit.*
[2216] B. Py, « Le droit pénal », *op. cit.*, p. 80.
[2217] Cass. crim, 22 février 1990, n°89-82.728, *Bull. crim.* 1990, n°91, p. 236 ; Chron. P. Bouzat, *RTD com.* 1990, p. 653 ; Cass. crim., 5 avril 1995, n°94-80.938 ; Cass. crim., 21 septembre 2004, n°04-80.056.
[2218] B. Py, « Le droit pénal », *op. cit.* ; V. Cass. crim., 13 mai 2003, n°02-84.037.
[2219] Art. R. 4127-70 du CSP.

faute de sortir de ses compétences. Mais il n'est pas nécessaire d'être officiellement spécialiste pour exécuter un acte ou se charger d'un traitement dont on a la capacité »[2220]. De même, la Cour de cassation rappelle que « […] *la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non médecins* » définie par l'arrêté du 6 janvier 1962[2221], n'est pas limitative[2222]. Il en résulte qu'un acte qui ne figure pas dans cette liste, à l'instar de la mesure de la pression intraoculaire, peut toutefois être reconnu comme réservé au corps médical[2223]. Par conséquent, quel que soit l'acte pratiqué par le médecin, compte tenu de l'omnivalence de son diplôme, il ne peut lui être reproché d'exercer illégalement la médecine, au sens de l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique.

592. Qu'adviendrait-il alors d'un médecin qui exercerait en dehors de sa spécialité ? Le 8 mars 2011, la Cour de cassation a du se prononcer sur cette question[2224]. L'article L. 4161-1 du Code de la santé publique prévoit, d'une part, qu'exerce illégalement la médecine « *toute personne qui prend part habituellement à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, ou qui pratique l'un des actes professionnels prévus dans la nomenclature des actes médicaux sans être titulaire d'un titre exigé pour l'exercice de la profession de médecin* ». D'autre part, la pratique d'actes médicaux par une personne titulaire d'un titre exigé légalement, sans être inscrit préalablement sur le tableau de l'Ordre des médecins, est un exercice illégal de la médecine. Ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende[2225].

En l'espèce, un Docteur en médecine, inscrit au Conseil de l'Ordre depuis le 10 juin 1991, est spécialiste en stomatologie et compétent en chirurgie maxillo-faciale. En 1997, il établit une demande auprès de l'Ordre des médecins pour une mention de spécialisation en chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique pour laquelle il reçoit un avis défavorable, compte tenu de son insuffisance de formation en ce domaine. Bien que cette spécialisation lui

---

[2220] ONM, Commentaires du code de déontologie médicale, 1987, p. 61.
[2221] Arrêté du 6 janvier 1962 fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non médecins, *JO* du 1er février 1962, p. 1111.
[2222] Cass. crim., 11 janvier 2012, n°10-88.908, JurisData n°2012-000218 ; Comm. P.-L. Vidal, *RDS* 2012, n°47, p. 389-391 ; V. également Cass. crim. 17 mai 1983, n°81-92.333, *Bull. crim.* n°145.
[2223] Cass. crim., 11 janvier 2012, *préc.*
[2224] Cass. crim., 8 mars 2011, n°10-83.330, *Bull. crim*. 2011, n°50.
[2225] Art. L. 4161-5 du CSP.

soit interdite, le médecin pratique des actes de chirurgie plastique du corps et du visage de 2001 à 2004. Si en première instance, les juridictions ont considéré que le délit d'exercice illégal de la médecine était établi compte tenu de l'absence d'autorisation de l'Ordre des médecins, la Cour de cassation adopte une solution différente puisqu'elle considère que « *ne commet pas une infraction pénale, une personne titulaire du diplôme de docteur en médecine et inscrite au Conseil de l'ordre, qui sort des limites de sa spécialité ou de sa compétence* ».

593. Si l'infraction pénale d'exercice illégal de la médecine est donc exclue lorsqu'il s'agit de l'usage d'une autre spécialité par un médecin, des sanctions déontologiques peuvent néanmoins être envisagées. En effet, le diplôme de Docteur en médecine ne confère pas une omnicompétence au médecin. Selon le cursus universitaire suivi, les connaissances diffèrent d'une spécialité à l'autre, eu égard notamment au développement rapide de nouvelles techniques médicales. Par conséquent, « *il ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose* »[2226]. Toute action du médecin qui dépasserait ses compétences, à l'origine d'un dommage pour le patient, constitue une faute d'imprudence[2227]. Le médecin est donc tenu de refuser de pratiquer un acte qui excède sa compétence et de recourir à un tiers compétent, au sens de l'article R. 4127-32 du Code de la santé publique[2228].

Toutefois, certains cas dérogent à la condition d'être titulaire d'un titre de Docteur en médecine.

[2226] Art. R. 4127-70 du CSP.
[2227] V. Cass. 1ère civ., 9 juillet 1963, n°62-11.630 ; Cass. 1ère civ., 25 novembre 2010, n°09-68.631.
[2228] Art. R. 4127-32 du CSP : « *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* ».

B. LES DÉROGATIONS LÉGALES

594. Certaines situations, bien qu'elles ne remplissent pas les conditions légales d'exercice de la médecine, sont néanmoins autorisées. En premier lieu, dans certaines conditions, l'exercice de la médecine est autorisé, même si la personne ne peut justifier d'un diplôme ni d'une inscription au tableau de l'Ordre des médecins. Ainsi l'article L. 4131-2 du Code de la santé publique autorise les étudiants qui ont validé dans le cadre d'un troisième cycle des études médicales un certain nombre de semestres, à exercer la médecine, de manière temporaire, en tant que remplaçant d'un médecin ou adjoint d'un médecin, en cas d'afflux exceptionnel de population. En outre, l'article R. 6153-3 du Code de la santé publique dispose que « *l'interne en médecine exerce des fonctions de prévention, de diagnostic et de soins par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relève* ». Par ailleurs, l'article L. 4131-6 du Code de la santé publique autorise les étudiants de troisième cycle en médecine générale à effectuer un semestre de formation pratique dans un cabinet libéral. Dans le cadre de ce stage, il est prévu « *une phase d'observation au cours de laquelle l'étudiant se familiarise avec son environnement, une phase semi-active durant laquelle il exécute des actes en présence du maître de stage et une phase active pendant laquelle il effectue seul des actes, le maître de stage pouvant intervenir tant que de besoin* »[2229]. Enfin, l'article L. 4111-2 alinéa 1 du Code de la santé publique prévoit que « *le ministre chargé de la santé peut, après avis d'une commission comprenant notamment des délégués des conseils nationaux des ordres et des organisations nationales des professions intéressées, choisis par ces organismes, autoriser individuellement à exercer les personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre permettant l'exercice de la profession de médecin,* […] *dans le pays d'obtention de ce diplôme, certificat ou titre* ». Ces autorisations individuelles sont notamment conditionnées par la satisfaction à des épreuves de vérification des connaissances médicales et la maîtrise de la langue française.

595. Par ailleurs, l'analyse du système d'organisation des professions de santé permet de déceler que les compétences des autres professions de santé sont construites comme des dérogations au monopole médical. En effet, l'autorisation de porter atteinte à l'intégrité corporelle du corps humain conférée au médecin ne peut être ni transférée ni déléguée à un autre professionnel de santé. Par conséquent, l'article 51 de la loi HPST relatif à la

---

[2229] ONM, « Les conditions d'exercice de la médecine en France », 15 mai 2008. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, le 25 juin 2012.

coopération entre professionnels de santé, codifié à l'article L. 4011-1 du Code de la santé publique, dispose que par dérogation aux règles d'exercice[2230], « *les professionnels de santé peuvent s'engager, à leur initiative, dans une démarche de coopération ayant pour objet d'opérer entre eux des transferts d'activités ou d'actes de soins ou de réorganiser leurs modes d'intervention auprès du patient. Ils interviennent dans les limites de leurs connaissances et de leur expérience ainsi que dans le cadre des protocoles définis aux articles L. 4011-2 et L. 4011-3* ». Le protocole de coopération décrit « *les activités ou les actes de soins pouvant être transférés d'un professionnel de santé à un autre, de titre et de formation différents ou la façon dont les professionnels de santé vont réorganiser leur mode d'intervention auprès du patient dans le but d'optimiser sa prise en charge* »[2231]. En d'autres termes, cette disposition autorise un professionnel de santé à effectuer un acte, exclu des compétences qui lui sont *a priori* reconnues par la loi ou par un décret de compétences. Cette coopération est ouverte aux professionnels de santé, quels que soient leur mode et leur lieu d'exercice. Elle peut ainsi concerner la « *réalisation de l'échographie transcutanée de la glande thyroïdienne pour exploration par un manipulateur en électroradiologie en lieu et place d'un médecin radiologue* » ou encore la « *pose de cathéter ombilical chez des nouveaux nés par une puéricultrice en lieu et place d'un médecin* »[2232]. Le 8 mars 2012, la Haute autorité de santé (HAS) a émis un avis favorable à l'autorisation d'un protocole de coopération entre un ophtalmologiste et un orthoptiste[2233]. La coopération permet ainsi la réalisation de certains actes sans que la condition de diplôme ne puisse être opposée.

La qualification, clef de voûte de l'exercice de la médecine, s'acquiert au terme d'une formation initiale universitaire. Au regard des enjeux que représente cette qualification, il semble pertinent d'étudier le contenu des enseignements intégrés dans le cursus des études de médecine.

[2230] Art. L. 1132-1, L. 4111-1, L. 4161-1, L. 4161-3, L. 4161-5, L. 4221-1, L. 4311-1, L. 4321-1, L. 4322-1, L. 4331-1, L. 4332-1, L. 4341-1, L. 4342-1, L. 4351-1, L. 4361-1, L. 4362-1, L. 4364-1 et L. 4371-1 du CSP.
[2231] HAS, *Coopération entre professionnels de santé*, Guide méthodologique, t. 2, juillet 2010, p. 12.
[2232] *Id.*, p. 14.
[2233] HAS, *Avis n°2012.0008/AC/SEVAM du Collège de la Haute autorité de santé relatif au protocole de coopération n°020 : « Protocole de coopération entre ophtalmologiste et orthoptiste : transfert par l'ophtalmologiste de la prescription médicale des actes dispensés par l'orthoptiste*, 8 mars 2012.

§2. Le choix du type de formation initiale, standard du futur médecin en exercice

596. Le choix du contenu de la formation initiale du futur médecin n'est pas un acte anodin. Déjà en 1953, la Conférence mondiale sur l'enseignement de la médecine soulignait toutes les difficultés à établir un programme d'études de médecine : « *les cours préparant au doctorat ne sauraient englober l'ensemble de la théorie et de la pratique de la médecine* […] *l'objet de l'enseignement doit être, non pas de présenter une foule de données de fait, mais bien d'indiquer les possibilités d'intervention et les responsabilités du médecin en ce qui concerne à la fois le traitement et la prévention ; il faut illustrer par des exemples frappants les principes fondamentaux de la pratique médicale sous toutes ses formes* »[2234]. Aussi semble-t-il pertinent d'envisager, d'une part, les modalités d'organisation des études de médecine (A) et, d'autre part, le contenu des programmes de formation initiale proposés par les différentes universités de médecine (B).

A. L'ORGANISATION DE LA FORMATION MÉDICALE INITIALE

597. Seule la voie universitaire conduit à la délivrance du diplôme de médecin. Selon Guy Lazorthes, l'université remplit deux missions[2235]. D'une part, elle doit « *être une école professionnelle qui apprend un savoir et un savoir-faire* »[2236]. A ce titre, elle doit proposer une cohérence dans les programmes de formations qu'elle dispense : « *l'université doit donner une vision ordonnée du savoir ; l'université ne doit pas être une juxtaposition de matières sans liens* »[2237]. D'autre part, l'université a pour objectif de « *former des esprits ayant des connaissances générales et se comportant de façon intelligente et adaptée, bref un savoir être et un savoir penser* »[2238]. S'intéresser à l'organisation de la formation initiale des médecins implique, d'une part, d'étudier la gouvernance des études de médecine (1) et, d'autre part, de porter notre regard sur le déroulement de la formation initiale (2).

1. <u>L'Université, garante de la délivrance du diplôme</u>

[2234] Sir H. Cohen, « The balanced curriculum », *Proceedings of the First World Conference on Medical Education, London*, Londres, Oxford University Press, 1954, p. 384.
[2235] G. Lazorthes, *L'homme, la société et la médecine*, 6ème éd., Paris, Masson, 2000, p. 3.
[2236] *Ibid*.
[2237] *Ibid*.
[2238] *Ibid*.

598. L' « *université* » ou « *école* » constitue le haut lieu de la formation initiale du médecin[2239]. L'étude des lieux d'enseignement de la médecine nous amène en 846, à l'école de Salerne dite *Civitas hippocratica* au sein de laquelle les médecins enseignants étaient payés par leurs étudiants[2240]. En 1225, l'école est reconnue institution d'Etat et, à ce titre, peut délivrer des diplômes[2241]. Le 18 août 1792, le législateur révolutionnaire supprime les universités, puis le 8 août 1793, toute forme de groupement : « *l'Assemblée nationale considérant qu'un Etat vraiment libre ne doit souffrir dans son sein aucune corporation, pas même celles qui vouées à l'enseignement public, ont bien mérité de la patrie* »[2242].

Le 10 mars 1803, des écoles de médecine sont instaurées. Il est alors établi une distinction entre « *le médecin de plein exercice, docteur en médecine issu des écoles réouvertes* » et « *l'officier de santé* »[2243]. La période postrévolutionnaire est propice à l'harmonisation du régime de formation des médecins. Ainsi, la loi du 10 mai 1806[2244], suivie du décret du 17 mars 1808[2245], crée l' « *Université impériale* », université d'Etat, qui détient le monopole de la formation théorique et notamment celle des médecins[2246]. Les écoles de médecine sont nommées « *facultés* ». L'expression « *Université d'Etat* », devenue « *Université de France* », disparaît notamment avec la loi du 10 juillet 1896 qui confère aux « *corps de facultés* », formés dans chaque académie, une personnalité juridique et les qualifie d'« *universités* »[2247]. En 2012, trente-sept universités françaises[2248] sont habilitées, par arrêté conjoint du ministre chargé de l'enseignement supérieur et du ministre chargé de la santé, à délivrer le diplôme d'Etat de docteur en médecine.

[2239] V.-P. Comiti, « Histoire des universités de médecine : quelques jalons », *Les Tribunes de la santé*, 2007, vol. 3, n°16, p. 19.
[2240] *Ibid.*
[2241] *Ibid.*
[2242] Décret du 18 août 1792 cité par H. Deloupy, *Le collège royal de chirurgie de Nancy 1771-1793*, Nancy, 1938, p. 152-153. Thèse de doctorat en médecine ; V. B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 40.
[2243] J. Penneau, *J.-Cl. Pénal*, annexes, V° « médecine », fasc. 1, n°1, 9-990.
[2244] Loi du 10 mai 1806 relative à la formation d'un corps enseignant, sous le nom d'*Université impériale.*
[2245] Décret impérial n°3179 du 17 mars 1808 portant organisation de l'université, *Bull. des lois*, n°185, 17 mars 1808.
[2246] V. B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*
[2247] Loi Louis Liard du 10 juillet 1896 citée par A. Léon, *Histoire de l'enseignement en France*, Paris, P.U.F, 2005, 128 p.
[2248] Cismed, *annuaire des facultés*. Consulté sur : *http://www.cidmef.u-bordeaux2.fr*, le 20 juin 2012.

599. En outre, les CHU détiennent « *un rôle majeur* […] *dans la formation des professionnels de santé* »[2249] puisque l'enseignement et la formation des médecins, aux côtés de la recherche et des soins, représentent une des trois missions qui incombent aux CHU. La constitution des centres hospitaliers universitaires (CHU), créés par l'ordonnance n°58-1373 du 30 décembre 1958[2250], découle de la signature d'une convention entre le centre hospitalier régional et l'université[2251], révisable tous les cinq ans. 29 centres hospitaliers universitaires ont ainsi été recensés sur le territoire français. L'article 1er de l'ordonnance précitée dispose que « *dans les villes sièges de facultés de médecine, de facultés mixtes de médecine et de pharmacie ou d'écoles nationales de médecine et de pharmacie, les facultés ou écoles et les centres hospitaliers organisent conjointement l'ensemble de leurs services en centres de soins, d'enseignement et de recherche, conformément aux dispositions de la présente ordonnance* ».

L'article L. 6142-1 du Code de la santé publique prévoit que les Centres hospitaliers universitaires (CHU), centres de soins, organisent notamment l'enseignement public médical et pharmaceutique des étudiants en troisième cycle de médecine, reconnus « *internes en médecine* », et postuniversitaire. La formation médicale pratique, notamment celle des internes en médecine, est assimilée à du compagnonnage. L'article R. 4127-68 du Code de la santé publique, depuis sa modification du 7 mai 2012[2252], intègre désormais cette idée : « *le médecin partage ses connaissances et son expérience avec les étudiants et internes en médecine durant leur formation dans un esprit de compagnonnage, de considération et de respect mutuel* ». Si actuellement six étudiants internes en médecine sur dix sont accueillis par les CHU[2253], il reste à préciser que la réalisation de la formation pratique en troisième cycle peut également s'effectuer en dehors du centre hospitalier de rattachement, à l'instar d'un cabinet libéral ou d'un établissement de santé privé d'intérêt collectif (ESPIC)[2254].

[2249] J. Marescaux, *Rapport de la Commission sur l'avenir des Centres Hospitaliers Universitaires*, Paris, La Documentation française, mai 2009, p. 17.
[2250] Ordonnance n°58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la création de centres hospitaliers universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, *JO* du 31 décembre 1958, p. 12070.
[2251] Art. L. 6142-3 du CSP.
[2252] Décret n°2012-694 du 7 mai 2012, *préc.*
[2253] J. Marescaux, *Rapport de la Commission sur l'avenir des Centres Hospitaliers Universitaires, op. cit.*, p. 18.
[2254] Arrêté du 4 février 2011 relatif à l'agrément, à l'organisation, au déroulement et à la validation des stages des étudiants en troisième cycle des études médicales, *JO* du 9 février 2011, p. 2511 ; Arrêté du 24 mai 2011 relatif aux conventions permettant l'accueil d'internes effectuant des stages en dehors de leur centre hospitalier universitaire de rattachement, *JO* n°0127 du 1er juin 2011, p. 9483 ; Instruction DGOS/RH1/2011/141 du 13 avril 2011 relative à la réforme de l'organisation du troisième cycle des études médicales, *BO* n°2011-05 du 15 juin 2011.

L'université tient donc une place prépondérante dans la formation initiale des futurs médecins. Garante de la délivrance du diplôme de Docteur en médecine, il semble pertinent de porter notre regard sur les différentes étapes de cette formation.

2. Le déroulement des études de médecine

600. En France, le système actuel d'études de médecine comprend trois cycles. Il est conforme à la directive 2005-36 du 7 septembre 2005 qui prévoit dans son article 24 que « *la formation médicale de base (avant la spécialisation) comprend au total au moins six années d'études ou 5 500 heures d'enseignement théorique ou pratique dispensées dans une université ou sous le contrôle d'une université* »[2255].

601. Dans un premier temps, le premier cycle de deux années est composé d'une première année commune aux études de santé (PACES) pour les filières de médecine, odontologie, pharmacie et sage-femme[2256]. A l'issue de cette première année théorique et pratique organisée en deux semestres, des épreuves sont organisées. L'admission en deuxième année d'études de médecine est limitée par un *numerus clausus*, créé en 1971 et inscrit dans la loi en 1979[2257], qui fixe chaque année le nombre d'étudiants à admettre en seconde année[2258]. En fonction du classement obtenu, le candidat peut être réorienté ou continuer une seconde année appelée « PCEM2 », « P2 » ou « L2 ».

D'autre part, le deuxième cycle des études de médecine, appelé « DCEM », dure quatre ans. La première année de ce cycle, qui correspond à la troisième année de médecine est intégrée, à compter de la rentrée universitaire 2012, dans le dispositif de Licence-Master-Doctorat (LMD). En effet, conformément à l'arrêté du 22 mars 2011, la première partie des études de médecine, correspondant aux trois premières années soit six semestres

---

[2255] Directive 2005/36/CE du parlement européen et du conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *JOUE* 30 septembre 2002.

[2256] Loi n°2009-833 du 7 juillet 2009 portant création d'une première année commune aux études de santé et facilitant la réorientation des étudiants, *JO* n°0156 du 8 juillet 2009, p. 11472 ; Art. 631-1 du C. de l'éduc. ; Arrêté du 28 octobre 2009 relatif à la première année commune aux études de santé, *JO* n°0266 du 17 novembre 2009, p. 19838.

[2257] Loi n°79-565 du 6 juillet 1979 relative aux études médicales et pharmaceutiques, *JO* du 7 juillet 1979, p. 1644.

[2258] Pour l'année 2011-2012, 7 500 étudiants sont admis en seconde année ; V. M.-C. Viez, « Les études de médecine en France, Allemagne et Italie », *FHP* 2011, p. 1.

d'enseignement, est désormais sanctionnée par un diplôme de formation générale en sciences médicales[2259].

Les trois années dites DCEM2, DCEM3 et DCEM4 constituent l'externat. Ce deuxième cycle s'achève par des épreuves classantes nationales (ECN)[2260] qui déterminent la spécialisation que suivra l'étudiant en médecine.

Enfin, le troisième cycle prépare au diplôme d'études de spécialité (DES) pour une durée de trois à cinq années[2261]. Un diplôme d'études de spécialités complémentaires (DESC) de deux à trois ans peut être préparé en complément[2262].

602. Les commissions pédagogiques nationales des études de médecine, odontologie, pharmacie et le Conseil de perfectionnement des sages-femmes ont laissé place à la commission pédagogique nationale des études de santé, créée par décret du 7 juillet 2010[2263]. Cette commission pédagogique est établie pour une durée de quatre ans, suite à la mise en œuvre de la première année commune des études de santé (PACES) en 2009. Elle a pour mission de « *formuler des avis et de faire des propositions sur les orientations et le déroulement des études de santé* »[2264]. Elle est divisée en quatre sous-commissions spécialisées qui « *préparent notamment l'élaboration et la révision régulière des maquettes de formation conduisant aux diplômes entrant dans leur champ de compétences respectif* »[2265].

Ainsi, la sous-commission des études de médecine est composée des personnalités suivantes : « *le président de la conférence des directeurs d'unités de formation et de recherche de médecine ou son représentant ; le président du conseil scientifique en médecine ou son représentant ; un directeur d'unité de formation et de recherche de médecine ; un professeur des universités-praticien hospitalier relevant du groupe des disciplines médicales du Conseil national des universités pour les disciplines médicales, odontologiques et*

[2259] Arrêté du 22 mars 2011 relatif au régime des études en vue du diplôme de formation générale en sciences médicales, *JO* n°0087 du 13 avril 2011, p. 6514.
[2260] Depuis 2004, le concours de l'internat est devenue épreuves classantes nationales (ECN).
[2261] Décret n°2010-700 du 25 juin 2010 modifiant le décret n°2004-67 du 16 janvier 2004 relatif à l'organisation du troisième cycle des études médicales, *JO* n°0147 du 27 juin 2010, p. 11580.
[2262] Arrêté du 3 mai 2011 modifiant l'arrêté du 22 septembre 2004 fixant la liste et la réglementation des diplômes d'études spécialisées complémentaires de médecine, *JO* n°0116 du 19 mai 2011, p. 8733.
[2263] Décret n°2010-762 du 7 juillet 2010 relatif à la commission pédagogique nationale des études de santé, *JO* n°0156 du 8 juillet 2010.
[2264] Art. 1er du décret n°2010-762 du 7 juillet 2010, *préc.*
[2265] Art. 3 du décret n°2010-762 du 7 juillet 2010, *préc.*

pharmaceutiques ; un enseignant de médecine générale ; un praticien hospitalier exerçant dans un hôpital autre qu'un centre hospitalier régional faisant partie d'un centre hospitalier et universitaire ; deux étudiants inscrits en premier ou deuxième cycle des études de médecine, proposés par les organisations représentant ces étudiants ; deux internes dont un de médecine générale, proposés par les organisations représentant les internes en médecine »[2266]. La composition de cette commission révèle indéniablement la place prépondérante des médecins dans la détermination de leurs besoins en matière de formation initiale.

Malgré ces propositions de plaquette de formation, chaque université demeure libre du contenu de son programme de formation.

B. DES PROGRAMMES DE FORMATION FAIBLEMENT ORIENTÉS VERS LE DROIT MÉDICAL

603. En 1992, Louis René suggérait l'opportunité d'un élargissement des enseignements : « *les médecins ne doivent-ils pas compenser par leur qualité humaine l'agressivité de certains actes ? Ne doivent-ils pas développer, à côté des indispensables connaissances techniques et scientifiques, les sciences humaines, la psychologie, le sens de la relation ? Actuellement, se développent des enseignements en ce sens* […]. *Je me réjouis d'y participer et d'y apporter, dans la mesure de mes moyens, ma contribution au retour d'une médecine humaniste* »[2267]. Considérant que la formation en droit médical pourrait être introduite dans la formation médicale initiale, nous pouvons alors nous interroger sur la part d'enseignement juridique, et notamment de droit médical, contenue dans l'ensemble du programme de formation suivi par l'étudiant en médecine, en France (1) mais également au sein d'universités à l'étranger (2).

1. <u>L'expérience de la France</u>

604. Dans un premier temps, il semble pertinent d'étudier le contenu des plaquettes de formation des trente-sept facultés de médecine françaises. La première partie des études de médecine, soit six semestres de formation validés par l'obtention de 180 crédits européens, est sanctionnée par un diplôme intitulé « *licence de formation générale en sciences*

[2266] Art. 5 du décret n°2010-762 du 7 juillet 2010, *préc.*
[2267] Pr. L. René, « La confiance à l'épreuve des faits…divers », *BONM*, 1992, n°2, p. 1.

médicales »[2268]. Cette formation a notamment pour objectif « *l'apprentissage de la pluridisciplinarité* » qui se concrétise par le recours à des intervenants spécialisés dans des domaines différents[2269]. Le programme de formation, annexé à l'arrêté du 22 mars 2011, constitue une simple « *trame destinée à faciliter la réflexion des enseignants ainsi qu'une certaine harmonisation des programmes entre les universités* »[2270].

605. Dans le cadre du Premier cycle des Etudes de Médecine (PCEM1), depuis 1992, un enseignement de « *Sciences humaines et sociales* » était dispensé dans les facultés de médecine[2271]. En vertu de l'arrêté du 28 octobre 2009, dans le cadre de la réforme de la première année commune des Etudes de santé (PACES), depuis la rentrée universitaire 2010, le programme, paru au Bulletin officiel n°45 du 3 décembre 2009, compte, à présent, une unité d'enseignement (UE7) intitulée « *santé, société, humanité* ». Cette unité a notamment pour objectif de « *développer les capacités d'analyse et de synthèse* » mais également, ce qui nous intéresse particulièrement dans ce développement, d'« *apprendre les bases élémentaires du droit et des sciences politiques (organisation de la justice en France, les principales institutions)* »[2272]. Toutefois, chaque université choisit les thématiques qu'elle souhaite inclure dans ce module. Elle peut ainsi privilégier l'histoire et la philosophie de la santé, la santé publique ou encore la formation à la démarche scientifique et à l'épistémologie. Les enseignements varient donc d'une université à l'autre.

Neuf universités, telles que l'Université de Bordeaux ou l'Université de Saint-Etienne, ne disposent d'aucun enseignement juridique[2273]. D'autres universités, à l'instar de l'Université de Caen et de l'Université de Lyon 1, donnent la priorité à l'éthique médicale sans étudier les aspects juridiques[2274]. En revanche, quinze universités ont choisi d'intégrer dans cette unité d'enseignement des cours relatifs aux aspects juridiques de la relation soignés-soignants ou encore l'enseignement du droit de la santé (organisation de la justice,

---

[2268] Arrêté du 22 mars 2011 relatif au régime des études en vue du diplôme de formation générale en sciences médicales, *JO* n°0087, 13 avril 2011, p. 6514.
[2269] Annexe de l'arrêté du 22 mars 2011, Diplôme de formation générale en sciences médicales, *BO* n°17 du 28 avril 2011.
[2270] Annexe de l'arrêté du 22 mars 2011, *préc.*
[2271] Arrêté du 18 mars 1992 relatif à l'organisation du premier cycle et de la première année du deuxième cycle des études médicales, *JO* n°74 du 27 mars 1992 (abrogé).
[2272] Première année commune aux études de santé, *BO* n°45 du 3 décembre 2009.
[2273] Annexe IV, *Enquête sur le programme de la PACES dans les Universités de médecine dans le cadre de l'unité d'enseignement 7 « Santé, Société et Humanité »*, France, juin 2012.
[2274] Annexe IV, *préc.*

responsabilité médicale, secret médical)[2275]. A titre d'exemples, l'Université de Montpellier 1 propose, lors du second semestre, des enseignements intitulés « *aspects éthiques et juridiques* » et « *droit et santé* »[2276]. De même, l'Université de Reims propose, dans le cadre d'un enseignement de sciences humaines et sociales, deux modules de deux heures intitulés « *éléments de responsabilité médicale* » et « *organisation de la justice en France* »[2277]. L'Université d'Auvergne dispose d'un enseignement de « *droit, éthique et déontologie* »[2278]. Le programme de l'Université de Nice-Sophia Antipolis fait apparaître, dans un module de « *droit de la santé et éthique* », un enseignement d'une heure relatif au secret médical et aux responsabilités médicales[2279] ainsi que dans un module « *l'homme et son environnement* », un enseignement de deux heures d'« *environnement juridique* » comprenant « *l'organisation de la justice en France* » et *« les principales institutions françaises et européennes* ». L'Université de Lyon-sud Charles Mérieux dispose, dans un item « *éthique, droit et santé* », d'un module d'une durée d'une heure et demi intitulé « *éléments de droit médical* »[2280]. La Faculté de médecine de Marseille a intégré dans son programme de première année, dans le cadre de l'UE7, deux cours d'une durée de deux heures relatifs à « *la responsabilité médicale* »[2281] et à « *l'introduction au droit des personnes et les lois de bioéthique* »[2282]. L'Université des Antilles et de la Guyane prévoit un enseignement de trente heures relatif aux « *aspects éthiques et juridiques, droit et santé (organisation de la justice, responsabilité médicale, secret médical)* ». L'Université de Paris-Bobigny dispose d'un cours d'« *introduction au droit et au droit de la santé »* de quinze heures. Nous pouvons donc constater que si 40 % des Universités ont choisi d'intégrer dans l'unité d'enseignement (UE7) du droit médical, le volume horaire reste très faible.

[2275] Annexe IV, *préc.*

[2276] Université de Montpellier 1, « Programme PACES 2011-2012 ». Consulté sur : *http://www.med.univ-montp1.fr*, le 24 juin 2012.

[2277] Pr. M. H. Bernard, « Eléments de responsabilité médicale », « Organisation de la justice en France », Programme PACES 2011-2012. Consulté sur : *http://www.univ-reims.fr*, le 24 juin 2012.

[2278] Université d'Auvergne, « Droit, éthique et déontologie », programme PACES 2011-2012. Consulté sur : *http://medecine.u-clermont1.fr*, le 24 juin 2012.

[2279] Dr Alunni, « Le secret médical, les responsabilités médicales », Programme PACES 2011-2012. Consulté sur *http://unice.fr*, le 24 juin 2012.

[2280] M. Girer, G. Kirkorian, « Eléments de droit médical », séance du mardi 20 mars 2012, Programme PACES 2011-2012. Consulté sur : *http://lyon-sud.univ-lyon1.fr*, le 24 juin 2012.

[2281] M. D. Piercecchi, « Législation et déontologie. La responsabilité médicale », séance du vendredi 27 janvier 2012, Programme PACES 2011-2012. Consulté sur : *http://www.timone.univ-mrs.fr*, le 24 juin 2012.

[2282] D. Giocanti, « Législation et déontologie. Introduction au droit des personnes, Les lois de bioéthique », séance du mardi 31 janvier 2012, Programme PACES 2011-2012. Consulté sur : *http://www.timone.univ-mrs.fr*, le 24 juin 2012.

606. D'autre part, dans le cadre de la deuxième année dite « PCEM2 » ou « L2 », il existe très peu d'enseignements en droit puisque seules trois Universités proposent un cours de droit. L'Université de Lille 2 dispose d'un enseignement de deux heures relatif à la « *responsabilité médicale dans l'éthique* », l'Université d'Aix –Marseille un enseignement de deux heures sur « *l'obstination déraisonnable, le refus de soins. Les aspects juridiques* »[2283] et enfin, l'Université de Bretagne occidentale un cours optionnel sur « *l'encadrement juridique de l'activité médicale et biotechnologies* »[2284].

607. La troisième année de la licence en sciences médicales dite « *DCEM1* » comprend des enseignements juridiques pour seulement trois universités : l'Université de Bretagne occidentale dans le cadre d'un enseignement optionnel, l'Université catholique de Lille et l'université de Paris VII-Diderot. Un constat similaire peut être effectué pour les trois dernières années du deuxième cycle des études de médecine c'est-à-dire le « *DCEM2* », « *DCEM3* » et « *DCEM4* »[2285]. Il peut être noté toutefois l'apparition, lors du DCEM2, d'une unité d'enseignement intitulée « *apprentissage de l'exercice médical* » qui comprend notamment un cours relatif à la responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire et au droit du malade[2286].

608. Le constat de Bruno Py, établi en 1992, semble donc toujours d'actualité : « *nous ne nous permettrons qu'une seule observation liée au contenu des enseignements : le futur médecin ne bénéficie quasiment d'aucune formation à caractère juridique. Quelques heures de législation médicale, d'organisation hospitalière et de responsabilité juridique, dans le cadre de l'unité de valeur de "médecine légale" au cours du deuxième cycle, forment le seul bagage juridique du futur praticien* »[2287]. Les enseignements cliniques et techniques prédominent dans la formation initiale des étudiants en médecine, laissant une place minoritaire aux cours de droit médical. Il semble alors intéressant d'établir une étude comparative en portant notre regard sur la formation initiale du médecin à l'étranger.

[2283] C. Berland, « L'obstination déraisonnable, le refus de soin. Les aspects juridiques », séance du mardi 20 décembre 2011, programme L2. Consulté sur : *http://www.timone.univ-mrs.fr*, le 24 juin 2012.
[2284] A. B. Caire, « Encadrement juridique de l'activité médicale et biotechnologique ». Consulté sur : *http://www.faculte-medecine-brest.fr*, le 24 juin 2012.
[2285] Annexe VII, *Enquête sur le programme de la DCEM2 dans les Universités de médecine*, en France, juin 2012 ; Annexe VIII, *Enquête sur le programme de la DCEM3 dans les Universités de médecine*, en France, juin 2012 ; Annexe IX, *Enquête sur le programme de la DCEM4 dans les Universités de médecine*, en France, juin 2012.
[2286] Annexe VII, *préc.* : « *Université Diderot Paris VII, Université le Kremlin-Bicêtre-Paris IX, Université Purpan-Toulouse III et Université Rangueil-Toulouse III* ».
[2287] B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, op. cit.*, p. 41.

2. Les expériences étrangères

609. Sans poursuivre un objectif d'exhaustivité, il semble pertinent d'étudier les programmes d'études de médecine à l'étranger. Les études de médecine en Suisse sont organisées en trois années permettant d'accéder au titre de Bachelor puis en trois années de Master. A l'instar de la première année en études de médecine en France, des enseignements de psychologie, de sciences humaines et sociales, d'éthique et de communication sont dispensés en parallèle des enseignements de sciences médicales. L'enseignement du droit médical reste néanmoins minoritaire puisqu'il est uniquement prévu un enseignement de deux heures de « *droit et déontologie médicale* » relatif aux thématiques suivantes : *« ordre juridique, droit médical, droits des patients : différentes normes composant l'ordre juridique suisse ; principales procédures juridiques et le rôle du médecin ; évolution des bases légales de la relation médecin-malade* »[2288].

610. En Belgique, le titre de médecin est obtenu au terme de trois années de Bachelier en médecine et de quatre années de Master en médecine. A l'Université de Liège, seule la première année de Master propose dans son module « *santé et société* », un enseignement de quinze heures relatif aux « *notions de déontologie et organisation juridique de la médecine* »[2289].

611. Au Japon, les études de médecine sont organisées sur six années. L'Université de Tokyo prévoit un enseignement de droit médical, « *Medical laws* », lors de la troisième et de la quatrième année. Le volume horaire n'est pas indiqué mais cet enseignement juridique figure parmi les cours fondamentaux au même titre que l'oncologie ou l'histologie[2290]. De la même manière, l'Université de Buckingham, en Grande-Bretagne, propose un enseignement d'éthique et de droit appliqué à la médecine, « *Ethics and law in medicine* », qui figure parmi les enseignements obligatoires des trois premières années de médecine correspondant au « *clinical MD in general internal medicine* »[2291].

[2288] Programme Personne, santé, société (PSS), « Droit et déontologie médicale ». Consulté sur : *http://www.unige.ch/medecine*, le 24 juin 2012.
[2289] Université de Liège, Première année Master I, module « santé et société ». Consulté sur : *http://progcours.ulg.ac.be*, le 24 juin 2012.
[2290] Tokyo medical and dental University, Faculty of médicine. Consulté sur : *http://www.tmd.ac.jp*, le 24 juin 2012.
[2291] University of Buckingham, Clinical MD in general internal médicine. Consulté sur : *http://www.buckingham.ac.uk*, le 24 juin 2012.

612. Enfin, l'Université de médecine de Montréal se démarque en proposant aux étudiants en médecine des enseignements optionnels parmi lesquels des enseignements juridiques dont le volume horaire n'est pas négligeable. D'une part, il est proposé un cours d'« *introduction au droit* » dispensé pendant un trimestre portant sur les notions suivantes : *« droit, règle de droit, sources de la règle de droit, pouvoir législatif, exécutifs et judiciaire : composition et compétence, éléments fondamentaux de droit civil et de Common law* »[2292]. Ce premier enseignement optionnel est généraliste. D'autre part, il est prévu un enseignement de « *droit pour les professionnels de la santé* » pendant un trimestre qui évoque les éléments de droit suivants : « *contrat, obligations, responsabilité civile, assurances, organisation professionnelle, déontologie, droit disciplinaire, responsabilité pénale, droit administratif de la santé* »[2293].

613. En France, les enseignements juridiques restent donc très faibles lors de la formation initiale du médecin. Toutefois, la lisibilité des compétences du médecin ne peut se résumer à la seule prise en compte de sa formation initiale. En effet, il est admis que 50 % des connaissances acquises en formation initiale sont obsolètes au terme de 7 ans[2294]. Bruno Py souligne, à ce titre, que « *la rapidité de péremption des connaissances scientifiques incline à penser qu'il n'est pas satisfaisant que le praticien ne soit évalué qu'une fois dans sa vie, à l'occasion de la délivrance du diplôme sanctionnant la formation initiale. Il existe un réel besoin de formation continue pour maintenir un niveau scientifique et donc thérapeutique* »[2295]. Les compétences d'un médecin étant liées à la mise à jour de ses connaissances par la formation continue, il semble opportun d'établir un état des lieux de la formation continue du médecin et de dresser, à l'instar de notre état des lieux de la formation initiale, la proportion d'enseignements juridiques, notamment de droit médical, qui y est proposée.

[2292] Université de Montréal, DRT1002S, « Introduction au droit ». Consulté sur : *http://www.etudes.umontreal.ca*, le 24 juin 2012.
[2293] Université de Montréal, DRT1810S, « Droit pour professionnels de la santé ». Consulté sur : *http://www.etudes.umontreal.ca*, le 24 juin 2012.
[2294] CNFMCH, « L'obligation de formation médicale continue (FMC). Historique, état des lieux et perspectives », Diaporama, juin 2005, p. 3. Consulté sur : *http://www.sante.gouv.fr*, le 24 juin 2012 ; V. également J. le Bonniec, *La formation médicale continue : enjeu stratégique et levier pour l'optimisation de la gestion des compétences médicales*, Mémoire de l'ENSP, Rennes, décembre 2007, p. 2.
[2295] B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 44.

Section 2. Etat des lieux de la formation continue

614. La qualification ne peut suffire à l'exercice de la médecine. En effet, « *la "diplomation" est* […] *une reconnaissance sociétale que l'on peine à remettre en question* […] *il faut apprendre à concilier la pérennité du diplôme et la nécessaire remise en question* »[2296]. L'évolution des techniques et des connaissances médicales nécessite la maîtrise par le médecin de nouvelles acquisitions. Au-delà de la qualification professionnelle, critère légal de l'exercice de la médecine[2297], doit être prise en considération la notion de « *compétence* », définie par le professeur Yves Matillon comme l'« *ensemble des caractéristiques individuelles (connaissances, aptitudes, attitudes) qui permettent à une personne d'exercer son activité de manière autonome, de perfectionner sans cesse sa pratique et de s'adapter à un environnement en mutation rapide* »[2298]. D'autres auteurs la définissent comme « *la mise en œuvre d'une combinaison de savoirs (connaissance, savoir-faire, comportement et expérience) en situation* »[2299].

615. La question de la compétence demeure centrale dans un contexte d'amélioration de la qualité des soins. A ce titre, l'Ordre des médecins est une institution chargée de veiller à la compétence des praticiens en exercice, en vertu de l'article L. 4121-2 du Code de la santé publique. Bernard Glorion souligne d'ailleurs que la mission de l'Ordre des médecins « […] *consiste à promouvoir et à exiger des médecins les qualités indispensables à leur pratique professionnelle dans l'intérêt des patients* »[2300]. En effet, selon le Conseil national de l'Ordre des médecins, la compétence « *suppose non seulement un savoir aussi large que possible mais elle doit englober une bonne adaptation à l'exercice de l'activité médicale* […]. *En effet, il n'est pas pertinent de ne concevoir la compétence que comme une somme de savoirs. Si l'exercice de la médecine ne peut se faire sans une connaissance exhaustive des "données acquises de la science", il ne peut se concevoir sans certaines aptitudes humaines et*

[2296] Conférence des doyens de médecine, « A propos du rapport du Pr Matillon sur l'évaluation des compétences professionnelles des métiers de la santé », 6 juillet 2006. Consulté sur : *http://www.conference-doyens-medecine.com*, le 24 juin 2012.
[2297] Art. L. 4111-1 du CSP.
[2298] Y. Matillon, *Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles des métiers de la santé*, Paris, La Documentation française, novembre 2003, p. 10.
[2299] C. Guitton, Y. Lichtenberger, P. Zarifian *et al*., « Journées internationales de la formation. Objectifs compétences : synthèse des travaux », *La Revue des entreprises : MEDEF*, décembre 1998, n°606, p. 55-66 ; G. le Boterf, *Compétence et navigation professionnelle*, Paris, éd. d'Organisation, 1997, 295 p. ; P. Zarifian, *Le modèle de la compétence*, Paris, Liaisons, 2001, 130 p. ; V. également Y. Matillon, *Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles des métiers de la santé*, *op. cit*.
[2300] B. Glorion cité par J. Pouillard, *L'ordre des médecins*, Paris, Glyphe, 2011, p. 203.

organisationnelles. Cette conjonction de "savoir-faire" et de "savoir-être" est tout aussi indispensable à un exercice médical de qualité que les connaissances cliniques ». En 2005, le Collège national des généralistes enseignants (CNGE) définit ainsi la compétence : « […] *savoir agir complexe, en lien avec le contexte d'apprentissage ou de l'exercice, qui intègre plusieurs connaissances et qui permet à travers une famille de situations, non seulement l'identification de problèmes mais également leur résolution par une action efficace et adaptée à un moment donné* »[2301].

616. La formation continue du médecin implique que la connaissance acquise soit transformée en connaissance pratique qui s'intègre dans son exercice professionnel quotidien. A cet effet, ce sont de nouveaux outils pédagogiques et de nouvelles méthodes qui sont utilisés pour permettre une adéquation parfaite entre l'apprentissage de connaissances et l'identification de besoins. La réflexion et la législation sur la formation des médecins sont le reflet de la volonté de diminuer le risque médico-judiciaire et de garantir aux patients une amélioration de la qualité des soins (§1). Dans ces conditions, il semble pertinent d'établir un état des lieux de la formation continue et d'évaluer les programmes de formation, au regard des enseignements qu'ils considèrent comme nécessaires à un exercice sécurisé de la médecine (§2).

§1. Le développement des compétences du médecin, garant de la qualité des soins

617. Depuis la loi dite « *Delors* » de 1971 sur la formation permanente[2302], la question de la promotion de l'individu par la formation est devenue centrale. Le Code du travail donne un cadre juridique à la formation continue : « *elle a pour objet de permettre l'adaptation des travailleurs aux changements des techniques et des conditions de travail, de favoriser leur promotion sociale par l'accès aux différents niveaux de culture et de qualification professionnelle, et leur contribution au développement culturel, économique et social* »[2303].

[2301] Collège national des généralistes enseignants, « Les compétences du médecin généraliste », Groupe de travail, *Exercer*, 2005, p. 74-114.
[2302] Loi n°71-575 du 16 juillet 1971 prtant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, *JO* du 17 juillet 1971, p. 7035.
[2303] Ancien art. L. 900-1 et s. du CT.

618. L'obligation de formation continue s'impose depuis de longues dates. En atteste, au 12ème siècle, la prière de Maïmonide : « *fais que je sois modéré en tout, mais insatiable dans mon amour de la science. Eloigne de moi, Ô dieu, l'idée que je peux tout. Donne-moi la force, la volonté et l'occasion d'élargir de plus en plus mes connaissances* ». En outre, le Serment d'Hippocrate intégrait déjà cette idée de formation : « *je n'entreprendrai rien qui dépasse mes compétences. Je les entretiendrai et les perfectionnerai pour assurer au mieux les services qui me seront demandés* ».

619. Des premières initiatives d'actualisation des connaissances du médecin voient le jour sous le nom d'« *enseignement post-universitaire* » (EPU), à l'instar des Assises de médecine en 1930, puis des « *Entretiens de Bichat* » en 1947. En 1949, l'Ordre des médecins souligne son intérêt pour ce type d'enseignement[2304]. D'autres initiatives suivront. A la fin des années 1970, un mouvement militant, l'Association de médecine rurale décide de promouvoir des formations adaptées à la médecine générale[2305]. D'autre part, des projets émanent de syndicats médicaux, à l'instar de l'Association pour la formation continue du médecin (ASFORMED) créée en 1973. A la même date, est instaurée une association rivale, le Groupement des organismes de formation médicale continue (GOFIMEC). En 1978, ces deux associations se réunissent, donnant naissance à l'Union nationale des associations de formation médicale continue (UNAFORMEC). Le sigle FMC, signifiant « *formation médicale continue* », se substitue à celui d'EPU. Le 16 juillet 1981, cette nouvelle Union définit, avec l'Ordre et les syndicats médicaux, les objectifs de la formation médicale continue.

La formation continue est le résultat d'un long processus qui s'est imposé comme nécessaire à l'adaptation du médecin à son exercice médical (A). Son organisation est au service de la compétence du médecin (B).

[2304] BONM cité par J. Pouillard, *L'ordre des médecins, op. cit.*, p. 204.

[2305] P. Gallois, « Historique de la FMC en France », *in La formation médicale continue : principes, organisation, objectifs, méthodes et évaluation*, Paris, Flammarion, 1997, p. 3 ; V. également : P.-L. Bras, G. Duhamel, *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins*, Paris, La Documentation française, décembre 2008, p. 10.

A. LA FORMATION CONTINUE COMME CONDITION D'ADAPTATION À L'EXERCICE MÉDICAL

620. La substitution du terme « *formation médicale continue* » à celui d'« *Enseignement postuniversitaire* », en 1981, n'est pas négligeable. Ce changement « *a voulu montrer qu'il ne s'agissait plus d'un enseignement universitaire traditionnel mais d'une formation de professionnels, privilégiant l'adaptation des compétences plutôt que l'acquisition de connaissances* »[2306]. Aussi envisagerons-nous successivement la nécessité pour le corps médical d'entretenir ses connaissances dans le cadre de son exercice professionnel (1) et le contrôle ordinal de l'actualisation des connaissances du praticien (2).

1. De l'obligation à la nécessité d'une formation continue des médecins

621. Depuis 1979, le devoir de formation continue est inscrit dans le Code de déontologie médicale. Il a été repris en 1995, l'article R. 4127-11 du Code de la santé publique disposant que « *tout médecin doit entretenir et perfectionner ses connaissances ; il doit prendre toutes dispositions nécessaires pour participer à des actions de formation continue* ». Le Conseil national de l'Ordre des médecins précise que « *la compétence médicale est la première exigence de la morale professionnelle. Elle suppose non seulement un savoir aussi large que possible, mais elle doit englober une bonne adaptation à l'exercice de l'activité médicale* »[2307].

L'obligation de formation continue entre en résonance avec l'article R. 4217-32 du Code de la santé publique qui prévoit 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* […] ». Les commentaires du Code de déontologie médicale précisent que « *la conscience professionnelle du médecin implique attention minutieuse, disponibilité et compétence, ainsi qu'une juste appréciation des limites de cette compétence* »[2308].

622. En 1995, les Assises nationales de l'Ordre des médecins affirment que « *le médecin ne peut rester compétent tout au long d'une carrière avec la seule formation initiale de ses*

[2306] P. Gallois, « Historique de la FMC en France », *op. cit*.
[2307] ONM, Commentaires de l'art. 11 du CDM.
[2308] ONM, Commentaires de l'art. 32 du CDM.

études médicales, c'est dire l'obligation absolue d'une formation médicale continue »[2309]. Ce devoir déontologique est alors renforcé par l'ordonnance n°96-345 du 24 avril 1996 qui, dans son article 11, prévoit que les médecins sont tenus légalement de se soumettre à une formation médicale continue[2310]. Dans un premier temps, cette ordonnance rend obligatoire la formation médicale continue (FMC) pour les médecins libéraux. Puis, en 1997, elle est étendue aux médecins hospitaliers[2311]. Initialement, le dispositif de formation médicale continue (FMC) avait pour objectif d'« *entretenir, actualiser, améliorer les connaissances et les comportements* »[2312]. D'autre part, il devait « *permettre l'adaptation des praticiens à tout objectif particulier du système de santé* »[2313]. En outre, il permettait de « *participer à l'élaboration et à l'évaluation de connaissances de filières de soins* »[2314]. Enfin, il avait pour mission de « *former le praticien à l'exercice de ses responsabilités individuelles et collectives* »[2315].

623. D'autre part, la loi du 4 mars 2002[2316], qui relance le dispositif de FMC, dispose que « *la FMC a pour objectif le perfectionnement des connaissances et l'amélioration de la qualité des soins et du mieux-être des patients, notamment dans le domaine de la prévention, ainsi que l'amélioration de la prise en compte des priorités de santé publique* ». Un décret du 14 novembre 2003 vient préciser cet article[2317]. Cette obligation légale de formation est articulée à une nouvelle obligation : l'évaluation des pratiques professionnelles, instaurée par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie[2318]. Les formations médicales continues « *sont censées permettre l'amélioration des savoir, des savoir-faire et/ou des savoir-être des médecins. De cette amélioration, il est attendu un progrès dans la qualité et/ou l'efficience*

[2309] J. Pouillard, *L'ordre des médecins, op. cit.*, p. 204.
[2310] Ordonnance n°96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, *JO* n°98 du 25 avril 1996, p. 6311.
[2311] Décret n°97-629 du 31 mai 1997 modifiant le décret no 93-701 du 27 mars 1993 modifié relatif aux praticiens contractuels des établissements publics de santé, *JO* n°126 du 1er juin 1997, p. 8637 ; Arrêté du 6 mai 1997 portant création du Conseil national de la formation médicale continue hospitalière, *JO* n°110 du 13 mai 1997, p. 7185.
[2312] P. Gallois, « Historique de la FMC en France », *op. cit.*, p. 4.
[2313] *Ibid.*
[2314] *Ibid.*
[2315] *Ibid.* ; V. également, P. Gallois, A. Taib, *De l'organisation du système de soins*, rapport au ministre de la santé, Paris, La Documentation française, 1981, 286 p.
[2316] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc.*
[2317] Décret n°2003-1077 du 14 novembre 2003 relatif aux conseils nationaux et au comité de coordination de la formation médicale continue prévus aux articles L. 4133-3 et L. 6155-2 du code de la santé publique, *JO* n°265 du 16 novembre 2003, p. 19484.
[2318] Loi n°2004-810 du 13 août 2004, *préc.*

des pratiques des médecins »[2319]. Plus récemment, le développement professionnel continu (DPC) est présenté comme « *l'évaluation des pratiques professionnelles, le perfectionnement des connaissances, l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins ainsi que la prise en compte des priorités de santé publique et de la maîtrise des dépenses de santé* ».

La formation médicale fait partie intégrante de l'exercice du médecin. Le respect de cette obligation de formation est contrôlé.

2. Le contrôle ordinal de l'actualisation des connaissances

624. L'Ordre national des médecins a pour mission d'évaluer les compétences et les insuffisances professionnelles des praticiens inscrits au tableau de l'Ordre des médecins. Ainsi, l'article L. 4112-1 du Code de la santé publique indique que « *nul ne peut être inscrit sur ce tableau s'il ne remplit pas les conditions requises par le présent titre et notamment les conditions nécessaires de moralité, d'indépendance et de compétence* ». En outre, ce même article que « *les modalités selon lesquelles le conseil départemental vérifie que l'intéressé ne présente pas d'insuffisance professionnelle* […] *rendant dangereux l'exercice de la profession sont prévues par décret en Conseil d'Etat* »[2320]. Enfin, l'article L. 4124-6 du Code précité dispose que « *lorsque les faits reprochés à un médecin* […] *ont révélé une insuffisance de compétence professionnelle, la Chambre disciplinaire de première instance peut* […] *enjoindre à l'intéressé de suivre une formation* ». Dès lors, si le médecin dispose d'une totale liberté pour organiser sa formation continue et qu'aucune ingérence n'est permise dans le programme qu'il doit suivre, les conseils départementaux de l'ordre des médecins sont tenus de veiller au respect de l'article R. 4127-11 du Code de la santé publique relatif à l'obligation de formation continue. Le non respect de l'obligation d'actualisation des connaissances peut être sanctionné disciplinairement.

625. A maintes reprises, le Conseil national de l'Ordre des médecins s'est prononcé sur les prérogatives de l'Ordre, au regard de l'actualisation des connaissances d'un médecin. Le 29 octobre 2007, la formation restreinte du Conseil national de l'Ordre des médecins décide qu'est illégale la décision de refus d'inscription d'un praticien, au tableau de l'Ordre des médecins, au motif d'une incompétence médicale. En revanche, le Conseil départemental de l'Ordre des médecins est tenu de rappeler au médecin concerné « *un certain nombre de règles*

[2319] P.-L. Bras, G. Duhamel, *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins, op. cit.*, p. 30.
[2320] Art. L. 4112-3 du CSP.

déontologiques et de prendre, sous sa responsabilité, toutes les dispositions nécessaires pour, le cas échéant, actualiser ses connaissances médicales »[2321]. Le 30 janvier 2012, la chambre disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins rappelle « *qu'en cas de refus ou de formation insuffisante, il peut engager une procédure disciplinaire pour méconnaissance de l'article R. 4127-11 du Code de la santé publique* »[2322]. A ce titre, il appartient au Conseil départemental de l'ordre des médecins de demander expressément au médecin de suivre une formation appropriée, s'il estime comme dans cette affaire, que le simple fait de s'informer de l'évolution de sa spécialité par la consultation régulière de cinq revues ne suffit pas à actualiser ses connaissances[2323].

626. Par ailleurs, dans le cadre du nouveau dispositif de développement professionnel continu (DPC), le Conseil départemental de l'ordre des médecins vérifie, sur la base des attestations de DPC reçues, au moins une fois tous les cinq ans que les médecins relevant de son Ordre ont rempli leur obligation de développement professionnel continu[2324]. Dans le cas contraire, le médecin doit justifier les motifs du non respect de cette obligation. En fonction des éléments de réponse apportés, le Conseil de l'ordre peut mettre en place pour ce médecin un plan annuel personnalisé de DPC[2325]. Le non respect de ce plan par le médecin peut constituer un cas d'insuffisance professionnelle, prévu à l'article L. 4113-14 du Code de la santé publique.

La formation continue du médecin est encadrée par un nouveau dispositif, le développement professionnel continu (DPC) qui s'est substitué au dispositif de formation médicale continue (FMC).

[2321] Formation restreinte du CNOM, 29 octobre 2007, dossier fr29 ; V. également Section disciplinaire du CNOM, dossier sd9148, 25 mai 2005.
[2322] Chambre disciplinaire nationale, 30 janvier 2012, dossier cdn11029 ; V. également Formation restreinte du CNOM, 13 avril 2010, dossier fr127.
[2323] Chambre disciplinaire nationale, 30 janvier 2012, *préc.*
[2324] Art. R. 4133-11 du CSP.
[2325] Art. R. 4133-13 du CSP.

B. DE LA FORMATION MÉDICALE CONTINUE AU DÉVELOPPEMENT PROFESSIONNEL CONTINU

627. Le dispositif de formation continue a subi des évolutions. La Formation médicale continue (1) a laissé place à un nouveau dispositif de développement professionnel continu issu de la loi « HPST » (2).

1. Autopsie de l'ancien dispositif de formation médicale continue

628. La gouvernance de la formation médicale continue était assurée au travers la création de trois conseils nationaux représentant les médecins libéraux (CNFMC-L), les médecins salariés (CNFMC-S) et les médecins exerçant en établissement de santé public ou participant au service public hospitalier (CNFMC-H). Ces trois conseils avaient pour objectifs, d'une part, de fixer les orientations nationales de FMC[2326] et les thèmes prioritaires de formation[2327], d'autre part, de délivrer un agrément aux organismes formateurs et évaluateurs et, enfin, d'évaluer la FMC. Un comité de coordination avait pour mission « *d'assurer la cohérence des missions des trois conseils nationaux* »[2328].

629. En pratique, chaque médecin devait totaliser 250 crédits, au terme de cinq années, afin de recevoir une attestation parmi lesquels 100 crédits dans le cadre de l'évaluation des pratiques professionnelles (EPP) et 150 crédits au titre du perfectionnement des connaissances, au travers de formations présentielles, de formations individuelles ou à distance, de situations professionnelles formatrices et de dispositifs d'évaluation[2329]. Si la formation continue concerne l'ensemble des médecins, quels que soient leur spécialité ou leur mode d'exercice, des dispositions sont en faveur de la médecine libérale. En effet, certaines formations peuvent être financées au titre de la Formation professionnelle conventionnelle (FPC), instituée lors de la signature de la convention médicale des médecins libéraux en 1990[2330]. Le Comité paritaire national de formation professionnelle conventionnelle (CPN-FPC), composé de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et des représentants des syndicats médicaux signataires, était chargé de piloter ce dispositif. La gestion administrative

---

[2326] Anciens art. L. 4132-2 et L. 6155-2 du CSP.
[2327] Ancien art. R. 433-1 du CSP.
[2328] Ancien art. L. 4133-3 du CSP.
[2329] Arrêté du 13 juillet 2006 portant homologation des règles de validation de la formation médicale continue, *JO* n°183 du 9 août 2006, p. 11840.
[2330] Arrêté du 27 mars 1990 portant approbation de la convention médicale des médecins libéraux, *JO* n°76 du 30 mars 1990, p. 3882.

et financière incombait à l'organisme gestionnaire conventionnel (OGC)[2331]. Les médecins libéraux percevaient une indemnisation pour perte de fonctions à hauteur de quinze consultations par jour. D'autre part, le fonds d'assurance formation de la profession médicale (FAF-PM), agréé en 1974, est destiné à gérer des fonds divers dans le cadre de la formation continue des médecins libéraux. Depuis 1993, il est habilité à mobiliser les fonds de la formation professionnelle continue, qui ont été collectés par l'URSSAF. A ce titre, il finance les formations collectives et les actions individuelles de formation des médecins libéraux.

Par ailleurs, certaines dispositions s'appliquent spécifiquement aux médecins qui exercent au sein d'établissements publics de santé. Ainsi, selon l'article R. 6144-1 du Code de la santé publique, la CME est notamment chargée du plan de formation des médecins hospitaliers[2332]. D'autre part, afin de mettre à jour ses connaissances, le médecin dispose d'un droit à congé de formation de quinze jours ouvrables par année civile rémunéré par l'hôpital[2333].

630. En 2006, puis en 2008, l'IGAS publie deux études qui remettent en cause la séparation de la Formation médicale continue (FMC) et de l'Evaluation des pratiques professionnelles (EPP) et prônent ainsi leur complémentarité[2334]. En outre, il est démontré que le système de formation continue « *semble trop administré aux yeux des professionnels* », la FMC et l'EPP étant appréhendées par les praticiens « *comme un moyen supplémentaire de contrôler leur activité* »[2335]. En septembre 2010, les trois conseils de la FMC cessent alors leurs fonctions. Sur la base de ces études, l'article 59 de la loi « HPST » instaure un nouveau dispositif qui regroupe l'EPP, la FMC et la FPC : « *le développement professionnel continu* » (DPC).

[2331] Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *JO* n°172 du 28 juillet 1999, p. 11229.

[2332] Ancienne rédaction de l'art. R. 6144-1 du CSP : la Commission médicale d'établissement « *organise la formation médicale continue en préparant avec le directeur dans les hôpitaux locaux et avec le conseil exécutif dans les autres établissements de santé les plans de formation des praticiens* ».

[2333] Art. 6152-49 du CSP.

[2334] C. d'Autume, D. Postel-Vinay, *Mission relative à l'organisation juridique, administrative et financière de la formation continue des professions médicales et paramédicales*, Paris, La Documentation française, février 2006, 116 p. ; P.-L. Bras, G. Duhamel, *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins*, *op. cit.*, 58 p.

[2335] E. Hubert, *La médecine de proximité*, novembre 2010, p. 161. Consulté sur : *http://www.elysee.fr*, le 24 juin 2012.

2. Le nouveau dispositif de développement professionnel continu

631. Le développement professionnel continu (DPC) est présenté comme « *plus ambitieux que la seule formation continue mais se voulant aussi concret que l'évaluation des pratiques professionnelles* »[2336]. Ce nouveau dispositif constitue une obligation individuelle pour l'ensemble des médecins, quel que soit leur mode d'exercice, ainsi que pour les autres professionnels de santé. Les objectifs du DPC sont ainsi définis : « *l'évaluation des pratiques professionnelles, le perfectionnement des connaissances, l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins ainsi que la prise en compte des priorités de santé publique et de la maîtrise des dépenses de santé* ». L'article R. 4133-1 du Code de la santé publique précise que « *le DPC comporte l'analyse par tous les professionnels de santé de leurs pratiques professionnelles ainsi que l'acquisition ou l'approfondissement de connaissances ou de compétences* ». Le Code de déontologie a donc été modifié[2337]. L'article R. 4127-11 du Code de la santé publique dispose désormais que « *tout médecin entretient et perfectionne ses connaissances dans le respect de son obligation de développement professionnel continu* ».

632. Afin de satisfaire à son obligation de formation, le médecin doit participer chaque année à un programme de DPC qui, d'une part, est conforme à une orientation nationale ou régionale de DPC et, d'autre part, comporte une des méthodes et des modalités préalablement validées par la Haute autorité de santé (HAS), après avis d'une Commission scientifique indépendante (CSI) des médecins[2338]. La HAS a ainsi défini comme critères d'un programme DPC, la « *capacité de bien traduire ce qu'il importe d'analyser et d'évaluer* », l'« *intégration à l'exercice quotidien, simple, facile à mettre en place et à utiliser* » et la « *capacité à améliorer la qualité et la sécurité des soins* »[2339]. En outre, le programme de DPC doit être mis en œuvre par un organisme enregistré auprès de l'Organisme gestionnaire du développement professionnel continu (OGDPC), groupement d'intérêt public[2340]. Dans un contexte de coopération des professionnels de santé, les programmes de DPC peuvent prévoir de réunir des médecins de même spécialité, de spécialité différentes ou d'autres professionnels de santé[2341].

[2336] *Id.*, p. 160.
[2337] Décret n°2012-694 du 7 mai 2012, *préc.*
[2338] Art. R. 4133-2 du CSP.
[2339] HAS, *Développement professionnel continu*, Journées de la Fédération française des maisons et pôles de santé, Diaporama, 30 mars 2012. Consulté sur : *http://www.has-sante.fr*, le 30 juin 2012.
[2340] Décret n°2011-2113 du 30 décembre 2011 relatif à l'organisme gestionnaire du développement professionnel continu, *JO* n°001 du 1er janvier 2012, p. 24.
[2341] Art. R. 4133-6 du CSP.

633. Les orientations du DPC sont le reflet de la liste des orientations nationales, arrêtée chaque année par le ministre, après avis de la commission scientifique indépendante et qui contribuent à la mise en œuvre des actions indiquées dans les conventions[2342]. Elles peuvent également émaner du groupe composé au sein du Conseil de surveillance de l'OGDPC, qui a la possibilité d'effectuer des propositions d'orientations nationales. Enfin, les Agences régionales de santé (ARS), au regard de leur projet régional de santé, peuvent apporter des compléments aux orientations nationales, après avis de la commission scientifique indépendante.[2343]

634. La promotion des programmes de DPC est assurée par différentes instances : les conseils départementaux de l'Ordre des médecins, les conseils nationaux professionnels, les commissions et les conférences médicales d'établissements, les instances représentant les autres catégories de médecins salariés et les unions régionales des professionnels de santé représentant les médecins[2344]. D'autre part, l'obtention d'un diplôme universitaire au cours de l'année civile écoulée, qui a reçu une évaluation favorable par la commission scientifique indépendante des médecins en tant que programme de DPC, permet au médecin de satisfaire à son obligation de DPC[2345].

635. Trois structures sont au cœur de ce nouveau dispositif. Il est créé, en premier lieu, un organisme gestionnaire relatif au DPC (OGDPC), groupement d'intérêt public, composé de représentants de l'Etat et de l'Assurance maladie, de professionnels et d'employeurs. Cet organisme est chargé d'organiser le financement du DPC pour les professionnels de santé libéraux et ceux qui exercent en centres de santé. Il assure l'enregistrement des organismes de formation, procédure qui remplace l'ancienne procédure d'agrément. Il veille à proposer des orientations nationales de DPC et fournit une vue d'ensemble sur l'offre de DPC. D'autre part, la loi met en place une Commission scientifique indépendante (CSI) pour chaque profession médicale qui est notamment chargée d'évaluer les organismes de DPC, de délivrer un avis sur les orientations et les méthodes de DPC et d'établir la liste des diplômes, universitaires ou interuniversitaires, qui permettent de satisfaire à l'obligation de DPC. Enfin, les organismes de DPC mettent en œuvre les programmes de DPC qui ont été définis préalablement. Il reste à préciser la place prépondérante de la Haute autorité de santé (HAS)

[2342] Art. R. 4133-3 du CSP ; Art. L. 162-5, L. 162-14 et L. 162-32-1 du CSS.
[2343] Art. R. 4133-3 du CSP.
[2344] Art. R. 4133-6 du CSP.
[2345] Art. R. 4133-5 du CSP.

qui détient « *un rôle d'impulsion et de surveillance de la liste des typologies de programmes de DPC* »[2346], suite à une concertation avec la Fédération des spécialités médicales, et après avis délivré par la commission scientifique indépendante.

636. Le financement du dispositif de développement professionnel continu diffère selon le mode d'exercice. Pour les médecins libéraux et les médecins des centres de santé conventionnés, le financement est assuré par l'OGDPC, sous la forme d'un forfait individuel[2347]. En d'autres termes, chaque médecin libéral disposera d'un montant forfaitaire, défini par décret, aux fins de couvrir ses frais pédagogiques et matériels et de l'indemniser au titre de la perte de ressources[2348]. Pour les médecins hospitaliers, il est prévu que les Centres hospitaliers universitaires (CHU) consacrent au financement du DPC un pourcentage au minimum de 0,50 % du montant des rémunérations de leurs médecins et les autres établissements un pourcentage au minimum de 0,75 %[2349]. Enfin, le financement des actions de développement professionnel continu des médecins fonctionnaires et contractuels est assuré par les crédits prévus par les fonctions publiques dont ils relèvent[2350]. Le financement des actions de développement professionnel continu des médecins salariés est prévu à l'article L. 6331-1 du Code du travail[2351].

637. Chaque année, le médecin reçoit, par l'organisme organisateur, une attestation de participation à un programme de DPC. Ce dernier transmet un double au Conseil départemental de l'ordre des médecins dont le praticien relève[2352]. Sur la base des attestations reçues, le Conseil départemental de l'ordre des médecins vérifie, au moins une fois tous les cinq ans, que les médecins relevant de son Ordre ont rempli leur obligation de développement professionnel continu[2353].

[2346] M.-T. Hermange, *Rapport d'information n° 675 (2010-2011) fait au nom de la Mission commune d'information sur le MEDIATOR*, déposé le 28 juin 2011.
[2347] Art. R. 4133-8 du CSP.
[2348] Art. R. 4021-9 du CSP.
[2349] Art. R. 4133-9 du CSP.
[2350] Art. R. 4133-9 du CSP.
[2351] Art. L. 6331-1 du CSP : « *Tout employeur concourt au développement de la formation professionnelle continue en participant, chaque année, au financement des actions mentionnées aux articles L. 6313-1 et L. 6314-1. Ces dispositions ne s'appliquent pas à l'Etat, aux collectivités locales et à leurs établissements publics à caractère administratif* ».
[2352] Art. R. 4133-10 du CSP.
[2353] Art. R. 4133-11 du CSP.

§2. Radiographie de la formation continue des médecins

638. Il semble opportun que la formation continue du médecin ne soit pas uniquement centrée sur les aspects techniques de la pratique médicale[2354]. D'ailleurs, la définition du DPC, dans la déclaration de Bâle de l'Union européenne des médecins spécialistes (UEMS), semble plus large : le DPC désigne « *les moyens éducatifs qui permettent aux médecins de mettre à jour, développer et améliorer les connaissances, aptitudes et attitudes requises par leur activité professionnelle. L'objectif du DPC est d'améliorer tous les aspects de la performance professionnelle du médecin* »[2355].

639. Jean Pouillard affirme ainsi que la formation continue doit permettre de « […] *maîtriser les questions du droit de la personne, de la confidentialité, de la responsabilité du soignant* » mais également d'accéder à « *un enseignement sur la santé publique, l'éducation sanitaire, la prévention…la gestion du cabinet, les assurances, la prévoyance, la jurisprudence* »[2356]. En effet, d'autres facteurs, parmi lesquels la connaissance des règles juridiques en vigueur, comptent parmi les critères de la qualité des soins. A titre d'exemple, une meilleure appréhension par le médecin des conditions d'accès au dossier médical telles que prévues par le Code de la santé publique[2357] limite le risque de procédure judiciaire, né d'une méconnaissance des règles juridiques en vigueur. A ce titre, il peut être pertinent d'établir un état des lieux de la formation continue des médecins. Aussi envisagerons-nous d'une part, de porter notre regard sur les pratiques de formation continue des médecins (A) et, d'autre part, d'étudier l'offre de formation continue disponible (B).

A. LES PRATIQUES DE FORMATION CONTINUE DES MÉDECINS

640. Nous pouvons entrevoir les pratiques de formation continue des médecins au travers d'une part, le taux de participation du corps médical à des sessions de formation continue (1) et, d'autre part, leur capacité à identifier objectivement les besoins en formation dont ils nécessitent (2).

[2354] Ch. Honorat, P. Gallois, « Objectifs généraux de la formation continue des médecins », *in La formation médicale continue : principes, organisation, objectifs, méthodes et évaluation*, Paris, Flammarion, 1997, p. 24.
[2355] UEMS, *Politique de l'UEMS sur le Développement Professionnel Continu*, Déclaration de Bâle, 2001. Consulté sur : *http://www.uems.net*, le 18 mai 2012.
[2356] J. Pouillard, *L'ordre des médecins, op. cit.*, p. 208-209.
[2357] Art. L. 1111-1 et suiv. du CSP.

1. La formation continue, délaissée des médecins ?

641. Dans le cadre du dispositif de formation médicale continue, chaque organisme de formation agréé avait pour obligation de transmettre annuellement aux conseils nationaux un bilan pédagogique et financier de son activité. En 2008, le rapport des Conseils nationaux de formation médicale continue (CNFMC) indique, pour l'année 2007, que 86 769 médecins, toutes spécialités confondues, soit 41 % de la population médicale à cette date, ont suivi une formation par un organisme de formation agréé. Le rapport indique également que ces médecins ont participé en moyenne à 1,5 formation par an et acquis 13 crédits par an[2358].

642. Nous pouvons analyser l'intérêt porté par les médecins libéraux à la formation professionnelle conventionnelle (FPC). En 2009, l'OGC publie les résultats d'une étude chiffrée qui met en exergue le nombre insuffisant de médecins qui ont participé à une action de formation : 18 800 médecins soit 15 % de la population médicale libérale[2359]. En 2010, l'OGC enregistre une baisse de 7,3 % du nombre de médecins formés. Ainsi, 2 247 sessions de FPC ont été organisées, réunissant au total 17 521 médecins libéraux dont 18,5 % de nouveaux arrivants. 75 % des médecins étaient des médecins généralistes. Les autres spécialités qui présentent un taux de FPC élevé sont, par ordre décroissant, la gynécologie-obstétrique, la pédiatrie, la gastro-entérologie, la rhumatologie et l'oto-rhino-laryngologie. Depuis 2001, 46 216 médecins libéraux différents ont donc participé à une ou plusieurs formations agréées FPC. Le profil type du médecin généraliste participant est un homme de 50 ans, exerçant depuis 20 ans en cabinet de groupe, relevant du secteur 1 et se formant dans sa région d'exercice. Le profil type du médecin spécialiste participant est un homme de 54 ans, exerçant depuis 20 ans, en cabinet individuel, relevant du secteur 1 et se formant dans sa région d'exercice[2360].

643. Par ailleurs, s'agissant de la médecine hospitalière, le rapport du Conseil National de la Formation Médicale Continue des Hospitaliers (CNFMCH) souligne une tendance différente : en 2003, les médecins hospitaliers consacraient 6,4 jours de formations par an[2361].

[2358] P.-L. Bras, G. Duhamel, *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins, op. cit.*, p. 12.

[2359] M.-T. Hermange, *Rapport d'information n° 675 (2010-2011) fait au nom de la Mission commune d'information sur le MEDIATOR, op. cit.*

[2360] Organisme gestionnaire conventionnel de la FPC, « L'essentiel FPC 2010 », 2011. Consulté sur : *http://www.ogc.fr*, le 30 juin 2012.

[2361] CNFMCH, *La formation médicale continue (FMC) des praticiens hospitaliers*, janvier 2005, p. 77-81. Consulté sur : *http://www.sante.gouv.fr/la-formation-medicale-continue-fmc.html*, le 12 février 2011.

En revanche, en 2008, une synthèse effectuée par la Direction de l'hospitalisation et de l'offre de soins indique que les médecins hospitaliers ont participé en 2005 à 4,4 jours de formation en moyenne[2362].

644. Le taux de participation à la formation continue apparaît donc faible, quel que soit le mode d'exercice du médecin. L'étude des pratiques de formation continue des médecins ne peut toutefois consister en une seule analyse du taux de participation. Il convient également de porter notre regard sur l'aptitude des médecins à établir des choix de formation en adéquation avec leurs besoins. La faiblesse de ces taux de participation trouve sa source dans les difficultés organisationnelles engendrées par la mobilisation d'une ou plusieurs journées de formation. Qu'il s'agisse d'un médecin salarié ou hospitalier, assister à une session de formation nécessite une réorganisation du service pour les salariés et le recours à un médecin remplaçant pour les libéraux[2363].

2. Le problème d'identification des besoins en formation continue

645. Nous pouvons nous interroger sur la disposition des médecins à évaluer la formation dont ils nécessitent. Nous pouvons émettre l'hypothèse qu'ils se dirigent principalement vers des formations dont ils maîtrisent partiellement le contenu. Dans le cadre de la Formation professionnelle conventionnelle (FPC), les praticiens choisissent majoritairement des thèmes médicaux, en lien direct avec leur spécialité médicale d'exercice et parfois transversaux[2364]. Par ailleurs, s'agissant des médecins hospitaliers, le CNFMCH a relevé que les praticiens se forment majoritairement sans l'aide financière de l'hôpital, au travers de sociétés savantes ou encore de fédérations de spécialités, sur les aspects techniques de leur spécialité médicale[2365]. Lorsque les médecins hospitaliers se forment dans des domaines éloignés de leur spécialité médicale, il s'agit de domaines liés au fonctionnement de leur

---

[2362] DHOS, *Synthèse annuelle des données sociales hospitalières 2005*, mars 2008, p. 126-134.
[2363] V. P.-L. Bras, G. Duhamel, *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins, op. cit.*, p. 15.
[2364] *Id*., p. 14 : « *le suivi de l'enfant et de l'adolescent, le suivi de la femme / pathologies gynécologiques et obstétriques, le patient en perte d'autonomie / suivi e la personne âgée ou dépendante, la prescription du médicament, le patient en situation d'urgence, le patient diabétique de type 2 / diabète – pathologie endocriniennes, l'outil informatique, le patient anxieux et/ou dépressif et/ou insomniaque, le patient à risque cardiovasculaire, la prise en charge de la douleur, la prévention des cancers et les outils de coordination et de continuité des soins* ».
[2365] CNFMCH, *La formation médicale continue (FMC) des praticiens hospitaliers, op. cit.*, p. 8.

établissement tels que la gestion des finances, les ressources humaines et le management ou encore la qualité[2366].

Les médecins ne choisissent pas spontanément certaines formations, eu égard aux difficultés qu'elles présentent. Il a ainsi pu être « *admis que les médecins, lorsqu'ils effectuent des choix de formation, privilégient la consolidation de connaissances déjà acquises et évaluent mal leurs besoins réels* »[2367]. Le médecin ne parviendrait donc pas à identifier la nature de son « *scotome* », entendu comme « *un manque de compétence identifié à partir de l'analyse de sa pratique individuelle mais également de l'évaluation de ses besoins* »[2368].

646. Le problème de l'identification des besoins de formation a suscité la réflexion de nombreux organismes de formation. Afin que les médecins puissent identifier leur manque de compétences et les besoins de formation qui en découlent, différents outils ont été développés. A titre illustratif, depuis 1999, l'UNAFORMEC propose aux médecins le « *Bilan professionnel personnalisé* » qui consiste à identifier ses besoins d'amélioration, au travers de trois questionnements : « *que fais-je ?* », « *qui suis-je* ? » et « *que sais-je ?* ». D'autres outils sont mis à disposition des médecins, à l'instar du « *bilan de compétences* » de MG-Form et des « *situations et tests d'évaluation et de performance* » (SPEP) de l'ACFM. Ces différents outils entrent en résonance avec le « *bilan de compétences* », prévu par le Code du travail[2369]. Ces méthodes d'audit continuent d'exister dans le cadre du nouveau dispositif de développement professionnel. A titre d'exemples, MG-Form propose une formation de deux jours intitulée « *pour mettre en cohérence évaluation et formation* » dont les objectifs sont notamment d'« *identifier ses besoins de formation et (de) les hiérarchiser* » et de « *repérer ses points forts et ses points à développer dans sa pratique professionnelle* ». Par ailleurs, la Société française de documentation et de recherche en médecine générale (SFDRMG) dispense une formation sur une durée de neuf mois - « *construire et réaliser son plan personnel de DPC, à partir d'une analyse continue de sa pratique* » - qui consiste à *« centrer*

[2366] CNFMCH, « L'obligation de formation médicale continue (FMC). Historique, état des lieux et perspectives », Diaporama, juin 2005, p. 8. Consulté sur : *http://www.sante.gouv.fr*, le 24 juin 2012.
[2367] P.-L. Bras, G. Duhamel, *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins, op. cit.*, p. 32 ; V. J. Tracey, B. Arrol, P. Barham, D. Richmond, « The validity of general practitioners'self assessment of knowledge : cross sectional study », *BMJ*, 1997, 315, p. 1426-1428.
[2368] G. Schénowitz, « La FMC en 2002 », *Acta endoscopica*, CREGG, 2002, vol. 32, n° spécial.
[2369] Articles L. 6313-1, L. 6313-10, L. 6322-42 à L. 6322-51 et R. 6322-32 à R. 6322-63 du CT.

le processus sur le médecin lui-même, qui identifie ses besoins de DPC pour construire un plan d'amélioration »[2370].

Il semble donc que le médecin se forme peu et mal. Il paraît alors pertinent de confronter les choix de formation des médecins à l'offre de formation qui leur est présentée.

B. L'OFFRE DE FORMATION

647. L'offre de formation se caractérise, d'une part, par une pluralité d'acteurs qui organisent la formation continue (1) et d'autre part, une prédominance des sujets médicaux (2).

1. Un foisonnement d'acteurs

648. Les premiers acteurs de la formation médicale continue, très diversifiés, sont les organismes de formation continue. Dans le cadre de cet ancien dispositif (FMC), la procédure consistait à agréer les organismes qui en faisaient la demande, au regard de critères préétablis[2371].

649. Désormais, la mise en œuvre du développement professionnel continu (DPC) prévoit que tout organisme professionnel dispensant de la formation continue peut être « *enregistré* » organisme de DPC sous réserve de respecter certaines conditions. Dans le cadre de dispositions transitoires, les organismes de FMC agréés sont réputés enregistrés et évalués favorablement jusqu'au 30 juin 2013. A compter du 1er juillet 2013, les organismes de formation qui interviennent dans le cadre du DPC doivent, outre la déclaration de leur activité, déposer une demande d'enregistrement auprès de l'Organisme gestionnaire du développement professionnel continu (OGDPC). L'organisme déclarant est réputé enregistré, à défaut de décision explicite à l'issue d'un délai de trois mois à compter de la réception du dossier complet. En outre, un dossier d'évaluation est joint à la demande d'enregistrement.

[2370] UNAFORMEC, SFDRMG, *Programme de FPC et de DPC*, 5 janvier 2012, p. 42. Consulté sur : *http://www.unaformec.org*, le 30 juin 2012.

[2371] Ancien art. R. 4133-2 du CSP : « *Le cahier des charges prend en compte les critères suivants : 1° Qualité scientifique et pédagogique des programmes proposés ; 2° Conformité aux référentiels et aux bonnes pratiques de la profession dans tous les thèmes abordés ; 3° Transparence des financements ; 4° Engagement relatif à l'absence de toute promotion en faveur d'un produit de santé et à l'utilisation de la dénomination commune des médicaments ; 5° Respect des orientations nationales définies par le conseil national ; 6° Acceptation du principe d'une évaluation externe du fonctionnement de l'organisme de formation et de la qualité des formations* ».

Dans un délai de quinze jours, suite à la date de clôture de présentation des dossiers d'enregistrement, la commission scientifique indépendante (CSI) compétente ou la commission scientifique (CS) est saisie par le directeur de l'OGDPC, aux fins d'évaluer favorablement ou défavorablement l'organisme déclarant. Cette évaluation prend en considération la capacité pédagogique et méthodologique de l'organisme déclarant, les qualités et références des intervenants et l'indépendance financière, notamment au regard des entreprises fabriquant ou distribuant les produits de santé. Au plus tard le 31 mars de chaque année, l'organisme de DPC enregistré transmet un bilan annuel de son activité au cours de l'année civile écoulée. L'organisme peut cesser d'être enregistré, notamment s'il n'est pas en mesure de justifier de son activité au cours de deux années précédentes.

650. D'autre part, les syndicats, qui représentent la profession médicale auprès des instances de santé, jouent un rôle prépondérant dans la formation médicale continue puisque « […] *la FMC est considérée comme un élément de régulation du système de soins* »[2372]. Les premières initiatives de formation continue résultent de deux syndicats de médecins libéraux, la Confédération syndicale des médecins de France (CSMF) et la Fédération des médecins de France (FMF) qui, en 1973, créent l'Association pour la formation continue du médecin (ASFORMED). Réunis en 1978, ces deux structures deviennent l'UNAFORMEC. En 1983, le Ministre de la santé, Jack Ralite, décide le transfert des conventions de financement de la Formation médicale continue aux instances syndicales, par le biais du fonds d'assurance formation (FAF) dont la composition du conseil de gestion est majoritairement syndicale. D'autres associations de formations sont créées par les syndicats représentatifs de la formation médicale. A titre d'exemple, en 1983, l'Association confédérale pour la formation médicale (ACFM) est créée par la CSMF et la Fédération française des Médecins Généralistes (MG-France), reconnue syndicat représentatif de la profession en 1989, crée son propre organisme de formation, MG-Form.

651. Enfin, les industries pharmaceutiques concourent à la formation médicale continue. D'une part, elles peuvent financer leurs propres soirées de formation ou financer la tenue de réunions de formations organisées par des associations. Le professeur Guy Vallencien souligne d'ailleurs que « *la formation des médecins doit s'effectuer en collaboration avec les industriels qui créent les matériels et médicaments que nous utilisons. Comment pourrait-il en*

[2372] P. Gallois (dir.), *La formation médicale continue : principes, organisation, objectifs, méthodes et évaluation*, Paris, Flammarion, 1997, p. 1-280.

être autrement puisque ce sont eux qui connaissent le mieux les produits qu'ils développent ? ».

Toutefois, ce financement est conditionné par le respect de l'article L. 4113-6 du Code de la santé publique au terme duquel « *est interdit le fait, pour les étudiants se destinant aux professions relevant de la quatrième partie du présent code et pour les membres des professions médicales mentionnées au présent livre, ainsi que les associations les représentant, de recevoir des avantages en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale. Est également interdit le fait, pour ces entreprises, de proposer ou de procurer ces avantages* ». L'industrie pharmaceutique est donc tenue d'observer le respect de l'indépendance scientifique et pédagogique des organismes de formation dont elles financent les actions de formation[2373]. Cependant, en 2007, le rapport relatif à l'information des médecins généralistes sur le médicament soulignait que « *l'implication promotionnelle de l'industrie pharmaceutique en matière de formation / information des médecins par d'autres canaux que la visite médicale et la presse médicale est difficilement mesurable tant elle est diluée : financement ou cofinancement avec les financeurs publics de sessions, de journées de FMC, de groupes locaux de FMC ou encore de matériels ou de documents étiquetés de formation ; mais aussi congrès, séminaires, soirées thématiques, rencontres avec les laboratoires (dîners, labos…), réunions avec des leaders d'opinion ou des universitaires liés aux laboratoires* »[2374]. Cette obligation d'indépendance de la formation est d'ailleurs renforcée dans le cadre de la mise en œuvre du développement professionnel continu. En effet, les organismes qui effectuent une demande d'enregistrement doivent joindre un dossier d'évaluation à destination de la Commission scientifique indépendante et de la commission scientifique. Cette évaluation porte sur « *la capacité pédagogique et méthodologique de l'organisme* », « *les qualités et références des intervenants* » mais également sur « *l'indépendance financière* » de l'organisme, au regard de l'industrie pharmaceutique[2375].

[2373] V. J.-J. Zambrowski, *Ethique des relations laboratoires, médecins, patients*, LEEM, p. 1-110. Consulté sur : *http://leem.org*, le 30 juin 2012 ; CNFMC, LEEM, *Code de bonnes pratiques*, novembre 2006. Consulté sur : *http://www.formindep.org*, consulté le 30 juin 2012 ; LEEM, CNOM, SNITEM, *Document d'orientation, d'interprétation et d'application de l'article L. 4113-6 du Code de la santé publique*, juin 2007, p. 1-13. Consulté sur : *http://www.conseil-national.medecin.fr*, consulté le 30 juin 2012.

[2374] P.-L. Bras, P. Ricordeau, B. Roussille, V. Saintoyant, *L'information des médecins généralistes sur le médicament*, rapport n°RM2007-136P, septembre 2007, p. 101.

[2375] Art. R. 4021-4 du CSP.

652. Enfin, la formation continue des médecins, notamment hospitaliers, peut être assurée par des Collèges de spécialité, à l'instar du Collège de médecine d'urgence, de la Société française de médecine générale, de sociétés savantes et de fédérations de spécialités.

Le constat de la pluralité d'acteurs de la formation continue des médecins nous amène alors à nous interroger sur la nature des formations auxquelles le corps médical peut accéder.

2. La prédominance d'une offre de formation médicale au détriment du droit médical

653. D'emblée, il est possible d'affirmer que les formations sont centrées sur les aspects cliniques et les aspects médico-économiques, eu égard aux sources de financement qui proviennent principalement de l'industrie pharmaceutique, de l'Assurance maladie et de l'Etat. Dans le cadre du dispositif antérieur, les programmes de formation médicale continue étaient le reflet d'orientations de santé. En effet, l'article R. 4133-1 du Code de la santé publique disposait que les Conseils nationaux de la formation médicale continue devaient définir, en concertation avec le ministère de la santé, cinq orientations nationales de santé à promouvoir pour la période quinquennale de formation médicale continue obligatoire. Les cinq orientations retenues étaient les suivantes : « *rôle et place des praticiens en situation de crise sanitaire* », « *iatrogénèse* », « *prévention vaccinale* », « *prévention et dépistage des cancers* » et « *prévention et réduction des risques environnementaux, comportementaux et professionnels* ». Ces orientations étaient communes à l'ensemble des médecins, quels que soient leurs spécialités et leurs modes d'exercice. Elles étaient d'autant plus importantes que, dès lors que le praticien participait à une formation qui s'inscrivait dans une des orientations nationales de santé, les crédits qui lui étaient attribués étaient bonifiés de 20 %[2376].

654. D'autre part, la Formation professionnelle conventionnelle (FPC) propose un nombre conséquent de formations aux médecins libéraux, soit en moyenne 65 formations. En 2006, 71 % des actions financées par le FAF-PM concernaient des sujets médicaux versus 45 % en 2007. Toutefois, il peut être admis que le programme de formations financées par le FAF-PM s'élargit à d'autres domaines ayant attrait au développement personnel tels que l'informatique ou encore l'apprentissage ou le perfectionnement de l'anglais[2377].

[2376] Arrêté du 13 juillet 2006 portant homologation des règles de validation de la formation médicale continue, *JO* n°183 du 9 août 2006, p. 11840.

[2377] P.-L. Bras, G. Duhamel, *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins, op. cit.*, p. 15.

655. Qu'en est-il des modules de formation sur des sujets de droit médical ? Il est possible de constater une légère introduction de formations médicales continues axées sur des problématiques juridiques. Cela entre parfaitement en résonance avec l'ambition de la formation continue, reprise par le développement professionnel continu, de réduire le risque médical en améliorant la qualité des soins. Dans un premier temps, il convient de porter notre regard sur l'ensemble des organismes agréés de formation médicale continue, répertoriés sur le site de la CNFMC. Afin de pouvoir évaluer la part de formation juridique qu'ils proposent, nous avons mené une enquête par téléphone, notamment quand une consultation du site internet de l'organisme de formation n'était pas possible, auprès de 400 organismes agréés qui proposent des formations aux médecins hospitaliers, libéraux et salariés. Seuls 7,8 % des organismes proposent des thèmes juridiques[2378]. A titre d'exemples, le médecin peut se former sur des thématiques générales en droit telles que la responsabilité médicale[2379]. D'autres formations sont axées sur la protection juridique de la personne vulnérable, eu égard à la loi du 5 mars 2007[2380]. En outre, certaines formations naissent suite à une actualité juridique, à l'instar de la loi Léonetti[2381] ou encore de la loi « HPST »[2382].

D'autre part, la consultation du site internet de la FAF-PM révèle la prise en charge, en 2012, d'un certain nombre de formations juridiques pour les médecins libéraux ce qui démontre une évolution dans la prise en compte des problématiques juridiques liées à l'exercice professionnel du médecin : « *certificat médical et responsabilité* », « *responsabilité du médecin libéral* », « *obligation d'information* », « *aspects juridiques du dossier médical* », « *certificat de non contre-indication du sport et responsabilité* », « *éviter le dépôt d'une plainte d'un patient* », « *gestion de la réclamation du patient* », « *initiation au droit*

[2378] Annexe X, *Enquête auprès de 400 organismes agréés FMC*, septembre 2010.

[2379] Annexe *préc.* : Association de FMC Bandiat-Tadoire, « La responsabilité médicale » ; Association de formation continue des médecins du Vexin-Normand, « La responsabilité du médecin » ; Association médicale creusoise « La responsabilité médicale » ; Association régionale de formation et d'évaluation des médecins de famille PACA, « La responsabilité médicale » ; Santé service Formation, « La responsabilité du médecin » ;

[2380] Annexe *préc.* : Analys-santé, « réforme de la protection juridique des personnes majeures », « la prise en charge des personnes vulnérables : aspects juridiques » ; Association de santé mentale dans le XIIIème arrondissement, « La protection juridique des majeurs ».

[2381] Annexe *préc.* : Association confédérale pour la formation médicale, « Le médecin face à la législation de fin de vie » ; Association régionale de formation et d'évaluation des médecins de famille PACA, « La loi Léonetti » ; Les S-Sentiels de Breteché, « Les directives anticipées » ; Réseau de santé Ville-hôpital Soins palliatifs Essonne Sud « Les directives anticipées » ; Réseau de soins palliatifs et de soins de support du nord de l'Essonne, « Les directives anticipées ».

[2382] Annexe *préc.* : Association de FMC des Oncologues-radiothérapeutes, « Loi HPST ».

médical », « *cabinet médical et la loi : organisation et contrats* », « *l'information du patient* » et « *responsabilité médicale* »[2383].

656. Par ailleurs, les programmes de Formation professionnelle conventionnelle (FPC) et de Développement professionnel continu (DPC) sont faiblement orientés vers des thématiques juridiques. En 2012, 1 186 programmes de formation professionnelle conventionnelle (FPC) et 631 programmes de développement professionnel continu sont proposés aux médecins libéraux. Ces 1 817 programmes couvrent 68 thématiques différentes. Il est possible d'identifier un nombre relativement faible de sujets juridiques : « *signaler et protéger un incapable majeur : curatelle et tutelle* »[2384], « *Protection de l'enfance : préciser le rôle du médecin et les procédures* »[2385], « *Harcèlement au travail d'un patient : prévention, suivi, réparation, législation* »[2386], « *Le dossier médical : quelles informations le médecin libéral peut-il transmettre et à qui ?* »[2387], « *Certificats et signalements autour de deux situations fréquentes : maltraitance à enfant et violences conjugales* »[2388], « *Erreurs médicales : les analyser pour les éviter à l'avenir* »[2389] et « *le médecin mis en cause par son patient* »[2390].

Une formation intitulée « *Judiciarisation et exercice médical : deux jours pour prévenir et faire face* »[2391] doit être particulièrement signalée. Elle est dispensée par un avocat spécialisé dans le domaine médical et a pour objectif de « *mieux appréhender, tant en termes de prévention que de gestion, le procès qui va du désarmorçage du conflit à une éventuelle procédure* »[2392].

657. Par ailleurs, il convient d'indiquer que les conférences, congrès et symposium médicaux, qui entrent dans le cadre de la formation médicale continue, intègrent de plus en

---

[2383] FAF-PM, « Formations collectives ». Consulté sur : *http://www.fafpm.org*, le 30 juin 2012.
[2384] MG-Form, « Signaler et protéger un incapable majeur », 2012. Consulté sur : *http://www.fafpm.org*, le 30 juin 2012.
[2385] M.A FORM, « Protection de l'enfance : préciser le rôle du médecin et les procédures », 2012. Consulté sur : *http://www.fafpm.org*, consulté le 30 juin 2012.
[2386] FMC-ActioN, « Harcèlement au travail d'un patient : prévention, suivi, réparation, législation », 2012. Consulté sur : *http://www.fafpm.org*, le 30 juin 2012.
[2387] AFML, « Le dossier médical : quelles informations le médecin libéral peut-il transmettre et à qui ? », 2012. Consulté sur : *http://www.fafpm.org*, le 30 juin 2012.
[2388] AFML, « Certificats et signalements autour de deux situations fréquentes : maltraitance à enfant et violences conjugales », 2012. Consulté sur : *http://www.fafpm.org*, le 30 juin 2012.
[2389] FMC-ActioN, « Erreurs médicales : les analyser pour les éviter à l'avenir », 2012. Consulté sur : *http://www.fafpm.org*, le 30 juin 2012.
[2390] MG-Form Midi-Pyrénées, « Le médecin mis en cause par son patient », 2012. Consulté sur : *http://www.fafpm.org*, le 30 juin 2012.
[2391] UNAFORMEC, « Programme de DPC », 2012. Consulté sur : *http://www.unaformec.org*, le 30 juin 2012.
[2392] *Ibid.*

plus des sujets juridiques, même si leur part dans l'ensemble du programme reste minoritaire. A titre d'exemples, le *Formathon*, congrès de médecine générale de la région Nord-Pas de Calais propose, hormis des thèmes cliniques, des thèmes juridiques, à l'instar de « *la rédaction du certificat médical* »[2393], « *des directives anticipées* »[2394] ou encore « *des mesures de protection juridique* »[2395]. En outre, le Département Universitaire de Formation Médicale Continue et d'Evaluation des Pratiques Professionnelles de la Faculté de médecine de Lille organise un congrès de formation intitulé les *Journées régionales de médecine* (JRM). Au-delà des ateliers portant sur des sujets médicaux, le médecin peut également assister à des sessions de formation sur « *la délivrance des certificats médicaux* »[2396], « *la réforme de la protection juridique des majeurs vulnérables* »[2397] et « *les soins psychiatriques depuis la loi du 5 juillet 2011* »[2398].

658. En outre, dans le cadre de la formation continue du médecin, il semble opportun de porter notre regard sur les diplômes de troisième cycle spécialisés en droit médical et auxquels le corps médical peut accéder. En effet, les universités proposent des diplômes universitaires (DU), des diplômes inter universitaires (DIU) et des Master en droit médical ouverts aux juristes mais également à d'autres professionnels parmi lesquels les médecins[2399].

659. Par ailleurs, l'industrie pharmaceutique, dans le cadre de l'organisation de soirées de FMC, a recours à des experts juridiques. Ainsi, des soirées de formation médicale continue sont organisées sur des thèmes juridiques, à l'instar de la « *responsabilité médicale du remplaçant* »[2400].

[2393] P. Leroux, « Certificats médicaux et responsabilité du médecin. Les dix commandements », FORMATHON, Marcq-en-Baroeul, 15 mars 2010. Consulté sur : *http://formathon.fr*, le 30 juin 2012.
[2394] D. de Broucker, « Les directives anticipées : fin de vie et droits des malades. Quand la loi est difficile », FORMATHON, Marcq-en-Baroeul, 15 mars 2011. Consulté sur : *http://formathon.fr*, le 30 juin 2012.
[2395] F. Richir, « Le médecin, le certificat médical et les mesures de protection », FORMATHON, Marcq-en-Baroeul, 17 mars 2012. Consulté sur : *http://formathon.fr*, le 30 juin 2012.
[2396] N. Boughriet, « Délivrance des certificats médicaux. Aspect médico-légal », JRM, Lille, 1er octobre 2011. Consulté sur : *http://medecine.univ-lille2.fr*, le 30 juin 2012.
[2397] M. Durocher, « La réforme de la protection juridique », Lille, 6 octobre 2012. Consulté sur : *http://medecine.univ-lille2.fr*, le 30 juin 2012.
[2398] G. Vaiva, « Les nouvelles lois sur l'internement », Lille, 6 octobre 2012. Consulté sur : *http://medecine.univ-lille2.fr*, le 30 juin 2012.
[2399] Annexe XI, *Liste des diplômes de troisième cycle spécialisés en droit médical*, 30 juin 2012.
[2400] C. Kamkar, « Responsabilité médicale du remplaçant », Sanofi-Aventis, Besançon, mars 2010. Consulté sur : *http://www.syrc-img.com*, le 30 juin 2012.

660. Enfin, les revues, qui constituent une modalité de formation continue, traitent de sujets juridiques utiles à l'activité professionnelle du médecin[2401].

3. La formation continue du médecin à l'étranger. L'exemple du Canada

661. L'exemple du Canada nous semble représenter une avancée considérable en terme d'intégration de modules de droit médical dans le développement professionnel continu du médecin. Depuis le 1er juillet 2007, les médecins du Canada sont soumis à l'obligation d'autogestion obligatoire du développement professionnel continu (DPC). Considérant qu'« *il est impensable de remettre un permis de pratiquer de la médecine qui soit valable pour toute la carrière professionnelle d'un individu* »[2402], le médecin doit adhérer, pour le maintien de son certificat (MDC), à un plan de DPC proposé par le Collège des médecins du Québec (CMQ) ou un autre organisme. Ainsi, le Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada, créé en 1929, est en charge de la formation de plus de 42 000 membres, spécialistes médicaux et chirurgicaux. A ce titre, il offre aux différents membres un programme de maintien du certificat, programme de DPC, qui contribue à leur apprentissage. Ainsi, des modules de formation interactifs, d'une durée de vingt-cinq minutes, permettent au médecin de recevoir un certificat de réussite et de collecter trois crédits de formation. A titre d'illustration, le Collège royal propose de nombreux modules interactifs sur des thématiques juridiques diverses : « *le droit d'un enfant de prendre des décisions au sujet de son traitement* », « *obtenir le consentement de mineurs* », « *accès au dossier médical* », « *divulgation de renseignements médicaux* », « *divulgation des erreurs médicales* », « *le patient refuse d'être informé* », « *usage approprié des traitements de maintien en vie* » et « *obligation des médecins envers les patients dans le domaine de la recherche clinique* »[2403].

662. Chaque module de formation interactif est constitué d'objectifs d'apprentissage que doit atteindre le médecin, d'un cas pratique assorti de questions auxquelles doit répondre le médecin puis d'une discussion juridique lui permettant d'acquérir les enseignements fondamentaux sur le sujet juridique. A titre d'exemple, au terme du module de formation relatif à « *l'obligation de confidentialité* », le médecin doit être en mesure de prendre conscience de « *l'obligation de confidentialité* […] *envers ses patients, puis comprendre les*

[2401] *Supra* n°557 à 560.

[2402] F. Croteau, « Pourquoi le Collège des médecins du Québec a choisi le plan d'autogestion de DPC », *AMLFC. Spécial DPC*, juillet-août 2007, p. 2

[2403] Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada. Consulté sur *: http://crmcc.medical.org*, le 24 avril 2012.

fondements éthiques et juridiques de cette obligation », de « *comprendre que l'éthique ou la loi peuvent parfois exiger ou permettre la divulgation de renseignements confidentiels sur un patient, sans le consentement de ce dernier* » et de « *définir certains scénarios qui exigeraient ou permettraient une telle divulgation et prendre conscience de l'importance de connaître les lois qui s'appliquent là où il exerce, car les lois ne sont pas uniformes dans l'ensemble du pays* »[2404]. La discussion juridique, à l'issue du cas pratique et des questions, est établie par la directrice administrative du « *Health Law Institute* », de la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta[2405]. Cette discussion est pédagogique et volontairement simplifiée pour faciliter l'accessibilité du droit par le médecin. Néanmoins, la simplification du discours juridique n'exclut pas la citation de références juridiques telles que le *Code de déontologie de l'Association médicale canadienne*, la jurisprudence de la *Cour suprême du Canada* ou encore la *Charte canadienne des droits et libertés*.

663. De même, l'Association canadienne de protection médicale met en œuvre, dans le cadre de sa mission de gestion des risques médico-légaux, des programmes de développement professionnel continu. Afin de renforcer la sécurité des soins médicaux, l'Association propose des activités d'apprentissage en ligne dans le domaine juridique, permettant l'obtention de crédits de DPC. A titre d'exemple, un module de formation est consacré au « *consentement éclairé* », au terme duquel le praticien doit être en capacité de « *nommer les trois critères essentiels d'un consentement éclairé valide* », « *reconnaître* […] *(sa) responsabilité légale de communiquer à* […] *(ses) patients les renseignements pertinents pendant les discussions en vue d'obtenir le consentement* », « *reconnaître l'importance de la documentation contemporaine, au dossier médical, des discussions en vue d'obtenir le consentement et reconnaître* […] *(sa) vulnérabilité devant les plaintes et les actions en justice dans les cas où la documentation et les discussions en vue d'obtenir le consentement sont insuffisante*s »[2406]. Des études de cas relatives au consentement éclairé, suivi d'un questionnaire, sont proposées au médecin. L'activité d'apprentissage s'achève par une discussion juridique et documentée qui rappelle les obligations juridiques du médecin en matière de recueil du consentement éclairé.

L'obligation de formation continue qui s'impose aux médecins entre dans une logique d'amélioration de la qualité des soins. Elle est garante des compétences du médecin.

[2404] T. M. Bailey, « L'obligation de confidentialité ». Consulté sur : *http://crmcc.medical.org*, le 24 avril 2012.
[2405] *Ibid.*
[2406] Association canadienne de protection médicale, « Consentement éclairé ». Consulté sur : *http://www.cmpa-acpm.ca*, le 24 avril 2012.

Un état des lieux nous a permis de constater la présence ponctuelle de droit dans les programmes de formation continue.

Conclusion du premier chapitre

664. Notre analyse de la formation médicale a permis de mettre en évidence la pauvreté des enseignements juridiques. Qu'il s'agisse de la formation initiale ou continue, les enseignements juridiques restent minoritaires alors même que des expériences étrangères révèlent l'intérêt grandissant pour cette discipline dans les universités de médecine et les programmes de développement professionnel continu. Bien que la connaissance du droit apparaît telle une condition pour mettre fin à la perception par les médecins d'une contrainte exercée par le droit sur l'activité médicale, la prédominance des enseignements cliniques, en formation initiale et continue, constitue un frein à l'approche du droit par le médecin. Dès lors, il nous semble judicieux de rechercher un paradigme d'accompagnement juridique du médecin dans son exercice médical afin que le droit ne soit plus une contrainte mais une « *béquille* » sur laquelle se reposer.

CHAPITRE SECOND

CONTRIBUTION À LA RECHERCHE D'UN PARADIGME D'ACCOMPAGNEMENT JURIDIQUE DU MÉDECIN

665. Une appréhension de la formation juridique du médecin ne saurait reposer uniquement sur la connaissance des textes législatifs et réglementaires qui l'encadrent ou encore sur une présentation des programmes proposés. Il apparaît judicieux de s'intéresser aux représentations des médecins. A ce titre, il paraît nécessaire de privilégier une ouverture vers d'autres disciplines et notamment la sociologie.

666. Notre choix s'est porté sur l'utilisation d'une méthode qualitative. En effet, cette méthode permet d'étudier « *les phénomènes sociaux dans leur contexte naturel tout en conservant une place centrale aux acteurs* »[2407]. A cet effet, elle « *privilégie le sens que les acteurs donnent eux-mêmes à leur vie* »[2408]. Nous avons décidé d'employer l'entretien comme méthode de recherche. En l'occurrence, l'« *entretien* » paraît le plus approprié pour saisir le sens que les médecins donnent à leurs pratiques. Selon deux sociologues, Alain Gotman et Anne Blanchet, « *l'enquête par entretien est ainsi particulièrement pertinente lorsque l'on veut analyser le sens que les acteurs donnent à leurs pratiques, aux événements dont ils ont pu être les témoins actifs ; lorsque l'on veut mettre en évidence les systèmes de valeurs et les repères normatifs à partir desquels ils s'orientent et se déterminent* »[2409].

Les entretiens ont donc pour objectif de restituer le plus fidèlement possible le sens que les acteurs, en l'espèce les médecins, confèrent à leur « *action* », dans son sens wébérien, pour ainsi saisir le sens attribué à leurs pratiques. Nous accorderons donc une place privilégiée à leur discours, chargé de sens et notamment à leurs pensées, leurs représentations et leurs propos. Il ne s'agit donc pas de la simple passation d'un questionnaire. L'entretien est riche en enseignements : c'est « […] *une technique destinée à collecter, dans la perspective de leur analyse, des données discursives reflétant notamment l'univers mental conscient ou*

[2407] B. Bécour, *La judiciarisation de la médecine. Aspects éthiques*, Paris, 2002, Thèse de doctorat : sciences, éthique médicale et santé publique, soutenue en 2002 à l'Université René Descartes, p. 21.
[2408] *Ibid.* ; V. également P. Ricoeur, *De l'interprétation*, Paris, Seuil, 1965, p. 18-24.
[2409] A. Blanchet, A. Gotman, *L'enquête et ses méthodes : l'entretien*, Paris, Nathan Université, 1992, p. 27.

inconscient des individus »[2410].

Parmi les différents modes d'entretiens, nous avons opté pour l'« *entretien semi-directif* » qui constitue « *la méthode d'entretien la plus couramment utilisée en sociologie* »[2411]. Cette méthode d'investigation semble la plus efficace pour parvenir à nos objectifs. En effet, elle permet la libre expression des médecins interrogés, sans restreindre l'étude à des questions précises, comme cela serait le cas par la passation de questionnaires. Cette flexibilité présente pour notre étude de nombreux avantages notamment en terme de richesse des informations. L'entretien étant semi-dirigé, le discours saisi demeure cohérent puisqu'il nous est permis d'intervenir dans la narration en recentrant la parole de l'interrogé, lors de digressions sans intérêt pour notre étude.

667. Notre population est composée de médecins libéraux et de médecins hospitaliers, susceptibles pour chacun d'entre eux de nous apporter des informations, qu'elles soient convergentes ou divergentes. La faisabilité de notre enquête a été évaluée auprès de deux médecins ce qui a nous permis de dégager des premières hypothèses de recherche. Au terme de cette étude exploratoire, nous avons décidé de nous entretenir avec quatre médecins libéraux et quatre médecins hospitaliers âgés de 36 à 54 ans. Nous avons pris délibérément le parti de ne pas inclure dans notre champ d'étude les médecins salariés non hospitaliers puisqu'il nous a semblé que quatre entretiens ne suffisaient pas à couvrir toutes les spécificités de la médecine salariée (médecine territoriale, médecine du travail, médecine de protection maternelle et infantile, médecine scolaire).

Pour des impératifs professionnels, la majorité des entretiens ont été réalisés sur le lieu d'exercice des médecins, entre janvier et mai 2012. Toutefois, ils ont été réalisés en face à face, sans la présence de personnes extérieures, pour éviter toute influence. Chaque entretien a duré de 20 à 45 minutes.

668. Nous avons élaboré un guide d'entretien afin de disposer d'un même cadre de recherche pour l'ensemble des médecins interrogés[2412]. La structuration du dialogue ne nous a pas apparu être un obstacle à la spontanéité du discours du médecin. Nous avons commencé nos entretiens par des questions générales, notamment sur le choix d'être médecin avant

---

[2410] R.-A. Thiétart, *Méthodes de recherches en management*, Paris, Dunod, 2007, p. 235.
[2411] S. Duchesne, « Pratique de l'entretien dit "non-directif" », *in Les méthodes au concret*, Paris, P.U.F, 2000, p. 1.
[2412] Annexe XII, *Guide d'entretien*.

d'entamer des questions plus précises comme « *lorsqu'une question juridique se pose dans votre exercice professionnel, par quel moyen obtenez-vous une réponse ?* », comme le préconisent certains auteurs[2413].

Nous avons choisi de transcrire d'une part, les entretiens sous forme de notes prises durant les entretiens. Les premiers éléments recueillis ne pouvant être exhaustifs, nous avons également enregistré les entretiens dans leur intégralité puis les avons retranscrits afin de parvenir à une analyse précise et systématique du contenu du discours des médecins interrogés. Nous leur avons garanti l'anonymat des citations issues de leur entretien respectif et de la retranscription de leur discours figurant en annexe[2414].

669. D'abord, nous envisagerons une analyse des entretiens semi-directifs afin de saisir la perception des médecins sur leur formation initiale et continue (section 1). Puis, partant de l'idée qu'il peut exister une différence entre les connaissances juridiques que les médecins pensent nécessaires à leur exercice professionnel et celles dont ils ont objectivement besoin, nous formulerons des propositions relatives à une alliance constructive entre droit et médecine (section 2).

[2413] A. Fontana, J.-H. Frey, « The interview : From structured questions to negociated text », *in Handbook of Qualitative Research*, 2ème éd., Sage Publications, Thousand Oaks, California, p. 660 : « *Le chercheur doit commencer par briser la glace avec des questions générales, puis s'orienter progressivement vers des questions plus spécifiques* ».

[2414] Annexe XIII, *Retranscription des entretiens semi-directifs*.

Section 1. L'analyse des entretiens semi-directifs

670. Nous avons choisi de procéder à une analyse thématique des différents entretiens effectués. Selon Alain Blanchet et Anne Gotman, « *l'analyse thématique défait en quelque sorte la singularité du discours et découpe transversalement ce qui, d'un entretien à l'autre se réfère au même thème* »[2415]. Cela est donc parfaitement en adéquation avec notre étude puisque « *l'analyse thématique est* […] *cohérente avec la mise en œuvre de modèles explicatifs de pratiques ou de représentations, et non d'actions* »[2416].

Si les entretiens ont pour objectif de recueillir le discours des médecins, il s'agit également de confirmer ou d'infirmer certaines hypothèses de départ, voire d'en faire naître de nouvelles. L'analyse du contenu des entretiens exploratoires ainsi qu'une revue de la littérature ont permis de formuler deux grandes hypothèses de recherche que la réalisation de huit entretiens permet de vérifier. D'une part, les médecins estiment exercer la médecine sous contraintes (§1). D'autre part, ils expriment la volonté d'exercer la médecine sans être exposés à des risques juridiques (§2).

§1. Le constat d'un exercice de la médecine sous contraintes

671. L'exercice de la médecine revêt un caractère contraignant. Les médecins dénoncent le désenchantement de la médecine (A) et entretiennent un rapport ambivalent au droit (B).

A. LE DÉSENCHANTEMENT DE LA MÉDECINE

672. Dans nos sociétés modernes, le médecin n'est plus un être « *charismatique* », dans le sens où il détiendrait des pouvoirs extraordinaires. Le charisme de l'individu a été transféré à sa position[2417]. Autrefois perçu tel un être unique, il est désormais un être interchangeable, eu égard à sa formation accessible à tous[2418]. A ce titre, Catherine Déchamp-Le Roux souligne : « *ceci est un fait social nouveau. Le médecin, héros culturel de la modernité, en raison du transfert de son charisme à son activité scientifique, a perdu l'autorité indiscutable et c'est la*

[2415] A. Blanchet, A. Gotman, *L'enquête et ses méthodes : l'entretien, op. cit.*, p. 97-98.
[2416] *Id.*
[2417] V. B. Myerhoff et W. Larson, « The doctor as cultural hero : the routinization of charisma », *Human Organization*, 1965, n°24, p. 188-191.
[2418] H. Jamous, *Rationalisation, mobilisation sociale et pouvoir*, Paris, ENSM-CSI, 143 p. : « *L'apparition de la science ayant fourni des moyens plus objectifs d'évaluation, ce sont ces critères qui permettent à l'apprentissage technique, que fournissent les universités, de se substituer à l'initiation, à la désignation ou au charisme* ».

science à laquelle il fait référence qui devient l'autorité suprême »[2419]. Par voie de conséquence, devenu acteur du progrès médical dont l'encadrement juridique est de plus en plus prégnant, le médecin est confronté à une bureaucratisation de la médecine (1) et une immixtion croissante du droit (2), toute deux vécues comme une ingérence dans la profession médicale.

1. Le regret d'une bureaucratisation de la fonction médicale

673. L'analyse du discours des médecins, libéraux et hospitaliers, fait apparaître l'évocation récurrente d'une bureaucratisation de la médecine, contraire à sa fonction sociale première.

« *Je trouve qu'on fait de plus en plus d'administratif et qu'ils oublient qu'on doit être, nous, au chevet du patient. Ils prennent beaucoup de temps sur notre temps de travail pour faire des réunions qui ne servent à rien pendant qu'il y a des gens qui attendent de se faire opérer de petits trucs et qu'ils sont obligés d'attendre qu'on ait fini notre réunion* » (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

« *Au niveau de la paperasserie, c'est vrai qu'ils demandent de plus en plus de justificatifs…la sécurité sociale…mais là c'est pareil ce n'est pas moi qui gère directement. Je pense qu'en étant remplaçante je passe au travers de beaucoup de choses, de tracas administratifs. Je ne le vis pas directement mais je m'en rends compte…*» (Entretien avec le Docteur H. L., médecin généraliste libéral, 31 ans, mercredi 23 mai 2012).

674. Une certaine désillusion de la médecine telle qu'imaginée préalablement à l'exercice peut être perçue.

« *Pour moi, dans le cadre de ma pratique, j'aurais aimé que l'acte médical soit moins important en quantité mais meilleur en qualité* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

Cette désillusion se traduit notamment par le sentiment d'un manque de reconnaissance face à un investissement considérable dans sa fonction.

[2419] C. Déchamp-Le roux, *L'emprise de la technologie sur la qualité sociale*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 26.

« *Non, ce que je trouve difficile c'est le nombre d'insatisfactions des patients. Alors, est-ce que c'est parce qu'on travaille moins bien ou pas, mais ils sont de moins en moins reconnaissants vis-à-vis de la profession médicale* » **(**Entretien avec le Docteur I. P., chirurgien général hospitalier, 50 ans, vendredi 15 juin 2012).

675. L'analyse du discours des médecins libéraux fait apparaître que ce poids administratif est principalement corrélé aux exigences réglementaires de l'Assurance maladie.

« *Sur le plan actuel, ce que je regrette le plus c'est la charge administrative de la profession et des relations, certes un peu tendues avec l'assurance maladie* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

« *La charge de la carte vitale qui paraît anodine dans son utilisation requiert à chaque fois l'équivalent d'une minute pour un médecin, donc vous imaginez, ça fait 30 actes par jour donc plus de trente minutes. Cela est contraignant…Et ce travail n'est en aucun cas dans l'intérêt du médecin mais uniquement dans l'intérêt de la Caisse d'assurance maladie* [...] » (Entretien avec le Dr P. L., médecin libéral spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

Pour les médecins hospitaliers, il s'agit davantage de l'organisation administrative des soins se traduisant par un grand nombre de réunions, au détriment de la prise en charge du patient.

« *Oui ça fait deux ou trois ans qu'on fait de plus en plus d'administratif…c'est pesant au quotidien…Moi je suis médecin après tout ! Ils confondent la fonction de soignant et de non soignant…enfin de surveillant ou de gens qui n'ont que ça à faire, qui ne font plus de soins. Ils prennent les soignants pour faire des réunions, et je trouve que ce n'est pas notre boulot ou alors il faut nous remplacer mais…*» (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

676. En revanche, la bureaucratisation de la fonction médicale semble acceptée dès lors qu'elle concourt à la qualité de la prise en charge du patient. En effet, le médecin accepte cette charge administrative s'il y trouve un bénéfice pour le patient.

« Non je n'ai pas vraiment de difficulté au quotidien… L'informatisation du dossier, les procédures papiers, les demandes, une organisation, la validation de changements de

protocoles etc. C'est un peu long mais je pense que ce n'est pas tout à fait injustifié non plus. Ça évite que chacun fasse ce qu'il veut dans son coin » **(**Entretien avec le Docteur I. P., chirurgien général hospitalier, 50 ans, vendredi 15 juin 2012).

Au-delà d'une bureaucratisation de la fonction médicale, l'analyse du discours des médecins met en exergue une omniprésence des règles juridiques dans l'exercice de la médecine.

2. <u>L'omniprésence du droit dans l'exercice médical</u>

677. Le droit apparaît incontournable dans l'exercice de la médecine ce dont les médecins ont parfaitement conscience.

« *Ce ne sont pas des problèmes quotidiens mais les problèmes législatifs sont probablement toujours là de façon inhérente et parfois en effet il y a quelques situations où il y a un problème de droit* […] » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

678. Par conséquent, le médecin doit gérer certaines situations sans qu'il connaisse pour autant les règles applicables. Le règlement d'un problème juridique, lors d'une situation médicale, peut alors susciter de nombreuses interrogations voire des abstentions.

« *Il peut m'arriver de me demander si le Code de la santé publique permet de faire tel ou tel acte…s'il faut un consentement du patient…»* (Entretien avec le Docteur H. L., médecin généraliste libéral, 31 ans, mercredi 23 mai 2012).

D'autre part, lorsque le médecin a connaissance de l'existence d'un texte juridique relatif à une problématique juridique, il ne maîtrise pas nécessairement le contenu.

« *Avec du recul, oui…on n'a pas été préparé à faire face à des situations médicales et juridiques…on gère parfois des situations soit sans savoir que c'est encadré par un texte*

juridique soit sans connaître le contenu du texte…vous voyez, pour les fins de vie, je sais qu'il y a un texte…après, vous dire si je peux l'appliquer à tel ou tel cas, c'est autre chose…» (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

Cette réflexion fait écho à de nombreux travaux qui mettent en exergue une méconnaissance de la loi Léonetti. Alors que « *le texte intégré dans la Code de la santé publique apporte* […] *aux professionnels de santé, et plus particulièrement aux médecins, un cadre légal à un exercice parfois difficile par la complexité des situations en leur garantissant une certaine protection vis-à-vis de leurs décisions* »[2420], la méconnaissance de l'encadrement juridique de la fin de vie s'expliquerait par « *son manque de diffusion, par le manque de formation des professionnels de santé qui la côtoient au quotidien dans leur exercice, mais également par une formation universitaire initiale trop axée sur un enseignement théorique* »[2421].

Il en résulte que l'application de la règle juridique pour une même situation est variable, démontrant ainsi un manque de cohérence dans la gestion d'un problème.

« *Les saisies de dossiers, ça va encore parce que ça, on a tous les papiers mais c'est souvent quand les assurances ou même la police appelle pour avoir le certificat initial des lésions et ça, à chaque fois on est un peu embêté ! Ça dépend de notre humeur, un coup on donne, un coup on ne donne pas. On renvoie sur le médecin légiste. Ça, ce n'est pas très clair du tout* » (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

679. Enfin, le médecin ne parvient pas toujours à appliquer à une situation pratique un texte juridique dont il a pourtant connaissance. Il peut alors décider d'agir bien qu'il ait conscience que le droit ne le permet pas.

« *Ça peut arriver sur des exemples précis. Le consentement quand les parents sont divorcés, les prises en charge des mineurs, ça, des fois, on est coincé parce que les parents ne sont pas là,* […] *moi ça m'est déjà arrivé de demander d'endormir un gamin alors que ce n'était pas*

[2420] S. Gromb, J. Hiquet, B. Paternostre, « Les futurs praticiens et la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à al fin de vie : photographie de l'existant et attentes en matière de formation. Enquête auprès de vingt internes », *RDS* 2012, n°47, p. 391.
[2421] *Id.*, p. 395.

très urgent mais il fallait bien avancer le truc, et ça je savais que j'étais à la limite là clairement » (Entretien avec le Docteur L. D., chirurgien-pédiatre, 36 ans, jeudi 14 juin 2012).

La bureaucratisation de la fonction de médecin et l'encadrement juridique croissant de la médecine sont vécus par le médecin tels des contraintes d'exercice. Il convient dès lors de porter notre regard sur le rapport qu'entretient le médecin avec le droit.

B. UN RAPPORT AMBIVALENT AU DROIT

680. Le rapport du médecin au droit est ambivalent. D'une part, il exprime un désintérêt pour cette discipline (1). D'autre part, il est conscient qu'il ne peut l'ignorer tant le droit est incontournable dans son exercice professionnel (2).

1. L'expression d'un désintérêt à l'égard du droit

681. En première intention, les médecins expriment leur désintérêt *a priori* pour le droit.

« *N'oublions pas que le droit pour le médecin, ça n'est pas et ça ne sera jamais une priorité dans son exercice professionnel* […] » (Entretien avec le Docteur P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

De manière logique, ils accordent une priorité au soin, au détriment des aspects juridiques.

« *Notre fonction au départ n'est pas l'aspect de droit, ce n'est pas le droit qui est en première ligne…nous, c'est soigner les gens* » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

« *Et puis il y a la pression de l'exercice…le diagnostic…le traitement…au départ c'est ça notre angoisse alors le droit..!* » **(**Entretien avec le Docteur I. P., chirurgien général hospitalier, 50 ans, vendredi 15 juin 2012).

Ce désintérêt pour le droit peut s'expliquer notamment par l'usage de langages, juridique et médical, différents.

« *Je pense que, pour avoir découvert plus tard le domaine juridique, ce sont deux modes de réflexion très différents et que sous l'obligation de textes, de mots, de vocabulaires qui sont tous spécifiques…d'ailleurs, discutez de médecine avec un avocat, pour lui c'est une vraie*

catastrophe et inversement, discutez de droit avec un médecin c'est difficile parce que les tournures de phrases, de vocabulaire sont deux choses quand même très hermétiques » (Entretien avec le Docteur P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

Le langage spécialisé du droit, difficilement accessible par le praticien, peut d'ailleurs susciter une incompréhension entre l'Homme de droit et l'Homme de la médecine, comme l'exprime justement ce médecin.
« *J'avais fait appel au juriste parce que j'étais dans une situation…je ne sais pas si vous connaissez un peu la problématique pour les témoins de Jéhovah mais il y avait un patient qui devait être transfusé et je n'avais pas le droit…enfin j'avais pas l'accord…du coup j'avais fait appel au juriste pour qu'il me donne la conduite à tenir dans cette situation-là et le premier conseil qu'il m'avait donné n'était pas forcément clair… je sentais venir le problème…quand j'étais vraiment mise au pied du mur et qu'il a fallu prendre la décision, j'ai fait appel à lui, il était présent et il y a eu une discussion avec la famille, j'ai trouvé que finalement sa phrase n'était pas extrêmement simple, c'est-à-dire que la formule n'était pas extrêmement claire…après j'ai fait mes propres recherches derrière, je l'ai clarifiée…en tout cas, sur le moment, je n'avais pas de texte de loi en tête… En fait vous êtes dans une situation qui est un peu conflictuelle et finalement vous devez garder à l'esprit que ça pourrait être du civil, du pénal…voilà, après il l'a peut-être dit plus clairement mais sur le moment ce n'était pas très clair…*» (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

Paradoxalement à ce désintérêt manifeste pour le droit, les médecins envisagent leur exercice médical avec prudence.

2. <u>La manifestation d'une prudence dans l'action</u>

682. Les médecins ne portent pas un désintérêt intégral pour le droit. En effet, ils prennent la mesure des enjeux juridiques et, à ce titre, font preuve d'une certaine circonspection dans leur exercice professionnel.

« *Je prends conscience que le médecin est quand même vulnérable par rapport à son exercice et que l'esprit de son patient peut être parfois belliqueux…donc je suis beaucoup plus vigilant et prudent, notamment dans les certificats médicaux, dans le refus de certaines demandes abusives de patients, je suis beaucoup plus attentif maintenant* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

En définitive, il semblerait que le médecin porte un intérêt manifeste pour le droit dès lors qu'il est confronté à un questionnement juridique.

« *C'est-à-dire que c'est uniquement quand ils sont soumis à un problème qu'ils y pensent et qu'ils s'y intéressent et quand dans leur activité professionnelle, rien ne se passe, ils ne voient pas l'intérêt* » (Entretien avec le Docteur P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

Au-delà du simple questionnement juridique, le médecin peut également porter un regard différent sur le droit dès lors qu'il est confronté à un litige.

« *Le droit, c'est vécu comme un fardeau parce que les médecins, quand ils ont affaire au droit, c'est qu'ils sont dans une difficulté. Donc c'est forcément une conséquence logique de raisonnement en disant " bien voilà, moi j'ai eu affaire au droit dans ma profession que quand j'ai eu tel ou tel souci"* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

Le médecin manifeste donc un certain intérêt pour le droit. Sa prudence se traduit alors par la recherche de l'information juridique afin d'éviter tout différend juridique.

« *(Les patients) demandent à ce qu'on leur communique le dossier médical et ça c'est vrai qu'on ne peut pas faire n'importe quoi non plus donc j'ai tendance tout de suite à demander l'info pour ne pas faire de bêtises* » (Entretien avec le Docteur L. D., chirurgien-pédiatre, 36 ans, jeudi 14 juin 2012).

683. La peur d'un litige juridique peut, en effet, être un handicap dans l'exercice professionnel du médecin.

« *Il y a des endroits où il y a plus de risques juridiques que d'autres…moi je pense qu'avoir cette espèce d'épée de Damoclès sur la tête des médecins, je pense que c'est un handicap majeur* » (Entretien avec le Docteur P. H., gynécologue-obstétricien libéral, 40 ans, vendredi 18 mai 2012).

La protection juridique liée au mode d'exercice ne saurait cependant expliquer le choix d'une médecine hospitalière.

« Par voie de fait, je suis protégée par rapport à un médecin libéral. J'ai l'impression que notre fonctionnement est complètement différent : eux sont en première lignée alors que nous, on ne l'a pas. Ça n'a pas fait partie de mon choix, c'est juste que c'est un état de fait » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

D'ailleurs, le fait d'exercer en milieu hospitalier ne procure pas nécessairement une sérénité au médecin.

« *On se sent un peu seul. Je ne me sens pas protégée par le fait d'exercer à l'hôpital…pas du tout même…alors j'ai plus peur de mon administration que du patient, c'est sûr !* » (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

684. Enfin, l'analyse des discours révèle que la crainte d'un problème juridique n'est pas unanime. Certains médecins préfèrent l'ignorer pour éviter l'écueil d'une « *médecine défensive* ».

« *Je ne crains pas forcément…on y pense mais après c'est comme la voiture, on sait qu'on peut avoir un accident mais si on y pense tout le temps, on ne conduit pas donc…on fait un métier…c'est ce que j'apprends aux internes…on fait un métier où on peut tuer les gens, il faut le savoir, l'accepter sinon on ne peut pas faire le boulot. Il ne faut pas que la crainte juridique freine sinon on ne fait pas les choses comme il le faut. Le gros gag, je sais que je l'aurais un jour mais…ce n'est pas pour autant que cela m'empêche d'agir…Il ne faut pas, non, il ne faut pas, sinon on ne soigne plus, on arrête, on fait autre chose. Forcément je me dis que je pourrai avoir un souci avec un patient et sa famille* » (Entretien avec le Docteur L. D., chirurgien-pédiatre hospitalier, 36 ans, jeudi 14 juin 2012).

Si les médecins posent le constat d'une médecine sous contraintes, ils expriment également le souhait d'exercer leur art, de manière sécurisée.

§2. Une volonté d'exercer la médecine à moindre risque juridique

685. L'analyse des entretiens permet d'entrevoir que les médecins n'envisagent pas les contraintes de leur exercice comme une fatalité. Conscients de la fragilité de leur formation juridique et initiale (A), ils développent une idée précise de la formation qu'ils pensent nécessaire à un exercice serein de la médecine (B).

A. UNE CONNAISSANCE DU DROIT INSUFFISANTE

686. L'analyse des entretiens nous permet de constater que les médecins regrettent que la formation médicale initiale et continue soit insuffisamment axée sur le droit (1) et que les enseignements juridiques ne soient pas dispensés de façon opportune dans les études médicales (2).

1. <u>Une formation juridique insuffisante</u>

687. Selon eux, la formation médicale initiale est principalement axée sur les enseignements cliniques.

(Pensez-vous que vos études de médecine vous ont suffisamment préparé à l'exercice de votre profession ?)
« *Je trouve que sur le plan clinique oui…pas du tout sur le plan administratif ou juridique, vraiment loin de là ! Je trouve que ce n'est pas mal pour la partie relationnelle, pas mal mais pas encore parfait !* » (Entretien avec le Docteur P. H., gynécologue-obstétricien libéral, 40 ans, vendredi 18 mai 2012).

Les médecins concèdent volontiers que leur formation initiale n'a pas eu d'impact sur leur appréhension des problématiques juridiques inhérentes à leur activité médicale. En effet, elle laisse peu de place aux enseignements juridiques.

« *Honnêtement, je trouve que la formation initiale que j'ai reçue au niveau de l'université n'a pas eu d'impact sur ma connaissance juridique* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

« *Est-ce qu'il y a eu des modules spécifiques sur le droit et la médecine ? (Il réfléchit)…Je sais que l'on a des modules de santé publique. On a bien du nous parler à un moment de responsabilité civile, pénale…on a eu quelques cours là-dessus, c'est certain mais ça ne m'a pas laissé un souvenir. Je ne pense pas que l'on ait eu des modules entiers sur le sujet* » (Entretien avec le Docteur L. D., chirurgien-pédiatre hospitalier, 36 ans, jeudi 14 juin 2012).

Le volume des heures d'enseignement juridique leur paraît d'ailleurs faible.

« *Après je ne crois pas que l'on ait eu de cours spécifiques…il y avait un peu d'éthique et un peu de juridique aussi et après surtout, oui en psychiatrie tout ce qui était sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, etc…mais c'est considéré comme des modules mineurs donc on n'a pas beaucoup d'heures de cours dessus* » (Entretien avec le Docteur H. L., médecin généraliste libéral, 31 ans, mercredi 23 mai 2012).

688. Ils reconnaissent également que les cours de médecine légale créent, certes, une ouverture vers le droit mais insuffisante.

« *En deuxième année, on avait un module de médecine légale et dedans, il y avait les points juridiques, mais c'était un peu abstrait…il n'y avait pas de pratique…beaucoup d'énonciation d'articles juridiques mais on n'arrive pas à faire le lien avec la pratique...on ne voit pas le rapport à ce moment-là…c'était un cours fait par un médecin légiste. C'était la base juridique mais je crois que ce qui est dommage, c'est que l'on n'ait pas eu beaucoup d'exemples* » (Entretien avec le Docteur H. L., médecin généraliste libéral, 31 ans, mercredi 23 mai 2012).

« *Nous, c'est sûr, il n'y avait pas de droit…un peu de médecine légale mais c'est pas juridique…c'était plus orienté sur les décès, les coups et blessures…ce type de choses…* » (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

689. Nous avons noté dans l'ensemble des entretiens une récurrence de la méconnaissance des mécanismes assurantiels de leur responsabilité professionnelle. Les médecins ignorent également leur degré de responsabilité, et ce qu'ils exercent en secteur libéral ou hospitalier.

« *Après il y a tous les côtés assurantiels. Moi je ne comprends toujours rien…comment je suis assuré ? Qui m'assure ? Qu'est-ce que ça couvre exactement dans mon activité ? Quels sont*

mes droits dans l'institution par exemple ? Comment je dois travailler ? Quel est mon contrat ? On signe des feuilles qu'on nous balance et personne nous explique ce qu'on doit signer…je ne sais pas ce que je signe finalement » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

« *Par exemple, la notion de responsabilité médicale, c'est un sujet qui était très vague, je n'ai pas gardé de choses bien précises. Surtout qu'on sait que ça a évolué en plus depuis le moment où j'ai suivi cet enseignement, il y a beaucoup de choses qui ont changé…*» (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

« *L'un des premiers mots que j'avais entendu quand j'avais commencé…enfin il y a des mots qui reviennent tout le temps dans notre formation d'anesthésiste, c'est « médico-légal ». En fait, on ne sait pas du tout ce que cela signifie et quelle implication ça va avoir* » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

690. D'autre part, l'analyse des entretiens permet de saisir le regard porté par les médecins sur leur formation continue. L'engagement dans un programme n'est pas un phénomène unitaire. Il est en effet le produit de contraintes matérielles, notamment, et d'opportunités qui peuvent freiner ou, au contraire, favoriser l'adhésion à un programme. Au fil des entretiens, nous avons constaté que les médecins ne participent pas avec la même intensité à des programmes de formation continue. Le temps qu'ils lui consacrent est lié aux disponibilités professionnelles et aux motivations personnelles.

« *Comment dire ?* (il hésite)*…l'opportunité pourrait faire que certains sujets me plaisent et m'intéressent ou correspondent à des problèmes de mon activité et j'y participe. La FMC qui devait être obligatoire dans les textes ne l'est toujours pas dans ses principes d'application, ce qui est bien dommage. C'est du volontariat en fait…parfois quand je vois passer des sujets qui sont proposés sous forme de soirées labos j'y participe mais j'avoue que c'est plus délicat parce que c'est une soirée en plus et que ce n'est pas toujours évident de s'organiser* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

« *J'ai fait deux congrès…deux fois ça…euh qu'est-ce que j'ai fait d'autre ? J'ai fait des journées de gynéco je crois et je suis abonnée à des revues… je fais des formations médicales*

et ce n'est pas hyper facile, enfin pas hyper facile de tenir le rythme. Là, ça fait plusieurs mois que je ne me suis pas réinscrite à des formations. Je pense que c'est un problème d'organisation » (Entretien avec le Docteur H. L., médecin généraliste libéral, 31 ans, mercredi 23 mai 2012).

Cependant, en milieu hospitalier, les médecins reconnaissent qu'en dehors de l'organisation liée à leur absence, il existe peu de freins à la formation continue, leur engagement dans un programme de formation étant conditionné par leur motivation personnelle.

« *La formation continue…on a à l'hôpital…on a droit à un certain nombre de jours de formation continue avec un certain budget qui n'est pas énorme puisque de tout façon, le prix de la formation continue a augmenté depuis deux ans. Donc ça demande un investissement financier conséquent et voilà, la formation continue…ça fait deux services dans lesquels je travaille, finalement c'est un peu nous qui sommes un peu autonomes par rapport à ce qu'on nous propose comme type de formations* » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

« *Ce qui reste prépondérant, c'est que le service puisse continuer à tourner, ça c'est évident. Nous, la formation, elle est possible que si ça n'altère pas le fonctionnement du service, ce qui est le cas. Après les freins, non, il n'y en a pas de façon directe…* » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

691. En revanche, le constat qu'ils effectuent sur la formation continue qu'ils ont reçue est consensuel. Elle leur semble principalement axée sur les aspects cliniques de la médecine.

« *La formation continue actuelle, c'est juste…ça concerne surtout l'évolution thérapeutique et médicamenteuse mais on parle très peu de problèmes juridiques. Il y a très peu de thèmes juridiques…ça manque certainement* » (Entretien avec le Docteur P. H., gynécologue-obstétricien libéral, 40 ans, vendredi 18 mai 2012).

D'autre part, le type de formation choisie n'est pas unitaire. Certains choisissent de se former principalement sur des thématiques liées à leur exercice c'est-à-dire dans un domaine qu'ils maîtrisent[2422].

[2422] *Supra* n°645 à 646.

« *Je fais des DU axés sur ma pratique…pas des DU juridiques, du management ou des trucs comme ça. Je fais des DU très pratiques sur la pédiatrie…des trucs très axés sur le soin. Il y a des EPU et quand ça m'intéresse, j'y vais. C'est mon truc, je suis vraiment dans le soin. Je sais qu'il y a des trucs à côté mais ça ne me parle pas* » (Entretien avec le Docteur L. D., chirurgien-pédiatre hospitalier, 36 ans, jeudi 14 juin 2012).

Au contraire, d'autres choisissent d'élargir leur champ de connaissances et privilégient une ouverture à d'autres disciplines, à l'instar de l'éthique.

« *Au tout début jusqu'à maintenant, des formations qui ont trait à des techniques médicales et là, depuis deux ans, je fais un Master d'éthique. Il s'est passé que j'avais des situations cliniques fréquentes où j'avais besoin de prendre du recul et d'avoir des réflexions sur ma pratique* » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

2. <u>Une formation juridique inadaptée à l'exercice médical</u>

692. Les rares enseignements juridiques dont se souviennent les médecins interrogés ne semblent pas être dispensés à un moment opportun.

« *Le premier cycle, ça reste plutôt fondamental. La première année, c'est le concours, on avale, on avale, au bout de deux ans il n'y a plus grand-chose. En P2 c'est pareil* […] » (Entretien avec le Docteur L. D., chirurgien-pédiatre hospitalier, 36 ans, jeudi 14 juin 2012).

Les médecins interrogés expliquent très justement ce décalage d'une formation, dispensée précocement alors que leurs intérêts sont tournés vers des matières fondamentales.

« *J'ai l'impression qu'il y a des choses qu'il faut des fois qu'elles se digèrent un peu et probablement que sur nos cinq ou six premières années, on n'est pas du tout dans cet aspect-là et je pense que ce n'est pas plus mal que l'on n'y soit pas. On doit apprendre à soigner les gens et c'est déjà pas mal de choses à apprendre donc, à mon avis, ce n'est pas sur le premier cycle qu'il faut le faire* » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

693. Les rares enseignements juridiques leur paraissent inopportuns puisque les médecins ne parviennent pas à établir de lien avec leur pratique. Il faut préciser qu'au cours des

premières années de formation initiale, le médecin dispose principalement d'une formation théorique.

« *Ce qui me paraît important c'est que, si on ne voit pas la relation au moment de ses études avec sa future pratique, on a tendance à l'oublier, à négliger. C'est comme si on vous faisait la thérapeutique avant de vous avoir fait l'explication de la pathologie d'organes. C'est au moment de la pathologie d'organes, quand on vous enseigne la cardiologie que vous vous intéressez à la thérapeutique de la pathologie. Si on avait fait l'inverse, je ne suis pas convaincu que la thérapeutique aurait été bien sue. D'ailleurs la thérapeutique était enseignée un peu après chaque spécialité d'organe et surtout en fin d'études où on était censé maîtriser complètement les pathologies d'organes* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin libéral spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

A partir de ce constat d'une connaissance insuffisante du droit, les médecins expriment une certaine idée de leur conception d'une formation juridique nécessaire à leur exercice médical.

B. UNE CERTAINE IDÉE DE LA FORMATION JURIDIQUE DU MÉDECIN

694. L'analyse des entretiens démontre que les médecins souhaitent bénéficier d'une formation juridique, nécessaire à leur pratique professionnelle.

« Oui…c'est vrai en libéral, savoir vers qui se tourner, connaître un petit peu de droit pour les patients, savoir ce à quoi ils ont droit,… » (Entretien avec le Docteur H. L., médecin généraliste libéral, 31 ans, mercredi 23 mai 2012).

La connaissance du droit constituerait un moyen efficace de prévenir d'éventuels risques juridiques.

« On doit être interpelé !...mais sans nous faire peur…nous dire les précautions à prendre dans tel ou tel cas…un peu de la prévention juridique…» **(**Entretien avec le Docteur I. P., chirurgien général hospitalier, 50 ans, vendredi 15 juin 2012).

A ce titre, la formation juridique doit être adaptée à la pratique médicale (1) et être assurée par un binôme médico-juridique (2).

1. <u>Une formation juridique adaptée à la pratique médicale</u>

695. Les différents entretiens convergent vers le souhait de bénéficier d'un enseignement de droit, lors de la formation initiale et continue, adapté à la pratique médicale. D'une part, la formation juridique leur semble devoir être adaptée à leur discipline médicale d'exercice.

« *Par exemple de savoir jusqu'où va notre responsabilité en tant que médecin et encore plus dans ma spécialité car je suppose qu'il y a des subtilités selon les disciplines…donc pour chaque discipline connaître la responsabilité…oui* » (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

« *Par contre, tout ce qui est juridique est intéressant si c'est en rapport avec ma spécialité* […] *il faut des choses concrètes…»* (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

Une formation adaptée à la spécialité médicale est l'opportunité pour le médecin de rencontrer d'autres médecins qui ont le même exercice et, par conséquent, des questionnements juridiques similaires.

« *Moi je m'en fous de la responsabilité du médecin…je veux connaître celle du chirurgien…je veux des exemples dans ma discipline. Et puis je veux me retrouver avec d'autres chirurgiens qui sont confrontés aux mêmes problématiques…»* **(**Entretien avec le Docteur I. P., chirurgien général hospitalier, 50 ans, vendredi 15 juin 2012).

Dans le cadre de la formation juridique, les modules juridiques doivent également être adaptés au « *quotidien* » du médecin. En d'autres termes, en sus de la spécialité médicale, la formation juridique doit prendre en compte les problématiques juridiques rencontrées par le médecin, eu égard, par exemple, à son mode d'exercice.

« *Moi je veux bien suivre une formation ou des formations en droit mais il faut que ce soit adapté à mon quotidien parce que tous les médecins n'ont pas le même quotidien, les mêmes questions…»* (Entretien avec le Docteur C. D., médecin urgentiste hospitalier, 46 ans, mercredi 13 juin 2012).

696. Par ailleurs, les médecins interrogés ont une idée précise du moment à partir duquel la formation juridique du médecin, dans le cadre de la formation initiale, est pertinente. De manière consensuelle, cette formation juridique leur semble devoir être dispensée lors du

deuxième cycle d'études médicales. Des précisions sont apportées. D'une part, cet enseignement juridique pourrait intervenir concomitamment à l'étude des pathologies d'organes.

« *Vous traitez, par exemple, l'obstétrique, vous faites tout ce qui est la clinique de l'obstétrique, toutes les pathologies, on vous apprend les traitements et je pense que c'est à ce moment-là que vous devriez avoir également, dans les cours qui vous sont dispensés sur ce sujet…c'est-à-dire la facette juridique intéressante pour nos pratiques* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

D'autre part, il pourrait être dispensé dès l'entrée en internat, au moment où l'étudiant en médecine commence à prescrire, soit à compter de la septième année en études de médecine.

« *Par contre, quand on commence à être interne et qu'on a des responsabilités car on fait pas mal d'actes qui nous engage, on ne sait même pas comment on est engagé, comment on est couvert…il faut à mon avis que ce soit vraiment en parallèle avec ça et puis je pense que ces cours doivent s'intensifier au fur et à mesure puisqu'à la fin, quand vous terminez et que vous êtes médecin thésé et que vous voulez partir dans le public ou dans le privé, c'est bien de savoir comment et ne pas arriver un peu à l'improviste* » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

697. Enfin, qu'il s'agisse de la formation initiale ou continue, les entretiens convergent vers la nécessité de disposer de cas empiriques afin d'établir un lien avec la pratique médicale et de disposer de cas concrets.
« Il faut donner des cours, comme on appelle, des cours empiriques, pour donner des exemples » (Entretien avec le Docteur P. H., gynécologue-obstétricien libéral, 40 ans, vendredi 18 mai 2012).

Il semble alors pertinent d'établir un aller-retour entre la théorie juridique et la pratique du médecin.

« […] *Dire "voilà quand vous êtes interne, voici le genre de chose à laquelle vous allez être fréquemment confronté, des situations auxquelles vous devrez faire face". Des espèces de modules de la pratique quotidienne…»* (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

Les situations pratiques vécues par les professionnels peuvent être un support à la formation. Sur la base de leurs récits respectifs, des enseignements juridiques peuvent émerger créant une interaction entre l'enseignant et le médecin formé.

« *Moi je pense qu'il faut que cela soit toujours des cas* […] *après je suppose que les médecins ont des dossiers un peu suspects dans le sens où voilà…je vais en formation et je dis " j'ai un dossier compliqué, je pense que dans ce dossier, si la patiente veut m'attaquer…qu'est-ce que vous en pensez ? Je risque quoi ?". Il faut que ce soit toujours basé sur des exemples. Enfin bref, je pense que tous les médecins ont un dossier comme cela où ils se sont peut être dit qu'ils auraient pu mieux faire, et ça c'est bien de faire un retour d'expérience* » (Entretien avec le Docteur P. H., gynécologue-obstétricien libéral, 40 ans, vendredi 18 mai 2012).

« *Finalement les questions viennent avec la pratique….après, chacun pourrait venir avec son petit cas et on en discute…ou alors on nous présente des cas…il faut que ce soit pratique* » (Entretien avec le Docteur L. D., chirurgien-pédiatre hospitalier, 36 ans, jeudi 14 juin 2012).

Au-delà du contenu de cet enseignement juridique, les médecins interrogés portent également leur regard sur les enseignants.

2. <u>Une formation issue d'un binôme droit-médecine</u>

698. L'analyse des entretiens nous permet de constater une volonté de ne pas concentrer l'enseignement juridique dans les mains d'un seul enseignant médecin. Au contraire, les entretiens mentionnent d'enrichir la discipline par l'intervention d'autres enseignants.

« *En tout cas ce qui serait intéressant pour nous, c'est d'avoir un autre regard…il ne faut pas qu'on ait toujours le même regard. Même si c'est un médecin qui est formé au droit mais il faut aussi avoir le regard de personnes qui vont avoir vraiment un autre langage que nous* […] » (Entretien avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur hospitalier, 36 ans, mardi 12 juin 2012).

Les entretiens insistent sur la nécessité de disposer de l'expérience d'un « *homme de terrain* » dont l'enseignement juridique reflète la réalité.

« […] *Quelqu'un qui a la main à la pâte…qui est vraiment sur le terrain et qui saura faire le lien avec ce que les médecins attendent…*» (Entretien avec le Docteur P. H., gynécologue-obstétricien libéral, 40 ans, vendredi 18 mai 2012).

« *Il faut quelqu'un en connexion quand même avec ce qui se passe sur le terrain…un juriste…un expert médical...les deux, pourquoi pas ?* » (Entretien avec le Docteur P. H., gynécologue-obstétricien libéral, 40 ans, vendredi 18 mai 2012).

Ils émettent ainsi principalement l'idée d'un Homme du droit pour assurer cet enseignement.
« *Parce que c'est bien d'avoir un spécialiste, un référent en droit, quelqu'un qui travaille là-dessus en permanence. Il a plus d'expérience, plus de cas pratiques en tête, ça peut être plus simple* […] » (Entretien avec le Docteur H. L., médecin généraliste libéral, 31 ans, mercredi 23 mai 2012).

Pour autant, ils ne sont pas réfractaires à la présence d'un médecin dès lors qu'il interviendrait en binôme avec une personnalité issue du monde du droit.

« *Je pense que le binôme médecin/juriste, c'est la meilleure façon de bien se faire comprendre. Quand le message est uniquement adressé par une personne de droit, il peut être parfois difficilement compris. Quand il est uniquement adressé par un médecin, il est peut être insuffisant ou incomplet. Je pense que la fusion des deux, par une vulgarisation du droit, c'est la meilleure solution* […]. *La dernière solution, c'est de les mettre ensemble et de faire un cocktail tout à fait juteux* » (Entretien avec le Dr P. L., médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012).

699. L'analyse des entretiens semi-directifs a permis de saisir les représentations des médecins sur leur formation initiale et continue et de recueillir leurs propositions relatives à la création d'une formation juridique adaptée à leur exercice médical. Nous avons ainsi pu déceler que le bénéfice d'une formation juridique répond à leur attente d'un exercice de leur art médical, au moindre risque juridique. Cependant, notre contribution à la recherche d'un paradigme de formation et d'accompagnement juridique destiné au médecin ne saurait reposer

sur ces seuls entretiens. Sur la base des discours de ces médecins et d'une revue de la littérature, il nous semble important de formuler des propositions en matière de formation et d'accompagnement juridique du médecin.

Section 2. Nos propositions d'alliance constructive entre droit et médecine

700. Chaque jour, le médecin est confronté à des situations médicales qui revêtent un aspect juridique dont il ne maîtrise pas tous les contours : un patient qui refuse des soins, un patient en fin de vie ou encore un patient qui sort de l'hôpital contre avis médical. Le Doyen Carbonnier soulignait, à juste titre, que « *le droit est senti comme un mystère que l'on est coupable de ne pas comprendre* »[2423]. Face à ces différentes situations, le médecin nécessite de connaître les options alternatives qui s'offrent à lui, en toute sécurité juridique, à l'instar d'un arbre décisionnel en médecine[2424]. A cet effet, il doit disposer d'aides à la décision.

Loin d'exiger que le médecin dispose d'un savoir juridique entendu comme des connaissances suffisamment « *nombreuses, systématisées et amassées par un travail continu de l'esprit* »[2425], il semble pertinent qu'il bénéficie de connaissances juridiques c'est-à-dire d'« *éléments cognitifs, épars et ponctuels acquis au gré des rencontres cognitives* »[2426]. Aussi envisagerons-nous successivement la construction d'un plan de formation juridique du médecin, adapté à sa pratique professionnelle (§1) et la mise en œuvre d'un accompagnement juridique du médecin dans son exercice professionnel (§2).

§1. Proposition d'une formation juridique adaptée à l'exercice médical

701. Le médecin, étudiant et en exercice, nécessite l'apprentissage de connaissances juridiques, utiles à sa pratique médicale. D'une part, il convient de définir une pédagogie de l'enseignement du droit médical à destination des médecins (A) et, d'autre part, de veiller à ce que cette formation produise autant de savoirs que de compétences (B).

[2423] J. Carbonnier, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1ère éd., Paris, L.G.DJ, 1969, p. 112.
[2424] F.-A. Sonnenberg, « Théorie de la prise de décision et de la stratégie médicale », *in Décision thérapeutique et qualité de vie*, Paris, John Libbey Eurotext, 1992, p. 24-54.
[2425] A. Lalande cité par J.-L. Pecchioli, *La circulation du savoir juridique, recherche épistémologique pratique et théorique*, Paris, ANRT, 2000, p. 10-11.
[2426] *Ibid.*

A. LA DÉFINITION D'UNE PÉDAGOGIE DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT MÉDICAL

702. Un enseignement de droit destiné uniquement au corps médical doit faire l'objet d'une conceptualisation. Il s'agit, d'une part, de définir le contenu de cet enseignement de droit médical destiné aux médecins (1) et, d'autre part, de déterminer le ou les enseignants de cette discipline (2).

1. La détermination du contenu de l'enseignement du droit médical

703. Il s'avère nécessaire de renforcer la distinction du droit médical de la médecine légale (a) et de mettre en œuvre un plan de formation adapté à la pratique (b).

a. Le droit médical, un enseignement distinct de la médecine légale

704. Si la médecine légale et le droit médical trouvent leur point de convergence dans la rencontre entre médecins et juristes, ces deux disciplines doivent être distinguées. Cette volonté a d'ailleurs été exprimée en 1991 : « *en France, des initiatives destinées à donner davantage de place à une réflexion sur l'éthique et l'humanisme médical se font jour depuis quelques années dans l'enseignement initial et continu. Au Conseil national de l'Ordre, nous appelons de nos vœux toute action qui, complétant une étude approfondie du Code de déontologie et distincte d'un cours de médecine légale, aideraient les futurs médecins praticiens à réfléchir sur les problèmes de société, les contraintes socio-économiques, les responsabilités sociales qu'ils rencontreront inévitablement au cours de leur exercice* »[2427].

705. En pratique, dans les universités de médecine, une certaine confusion subsiste entre ces deux disciplines, bien que leur objet respectif soit différent. Différents auteurs contribuent à apporter des définitions à ces deux notions. Ainsi, le Doyen Savatier souligne qu'« *un traité de droit médical doit être principalement l'œuvre de juristes. Il diffère d'un traité de médecine légale, qui est principalement celle d'un médecin, car le premier pose des problèmes de droit au regard de la médecine, le second des problèmes de médecine au regard du droit* »[2428]. La médecine légale, branche de la médecine, est l'« *art le plus achevé* » dont l'objectif est de « *donner au jugement la base de la vérité scientifique quant aux causes et aux*

[2427] M. le Président René cité par G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *in Etudes en l'honneur de P. Sandevoir*, éd. 2000, Paris, l'Harmattan, p. 148.
[2428] R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, H. Péquignot, *Traité de droit médical*, avant-propos, Paris, Librairies techniques, 1956.

conséquences, quant aux procédés appliqués, toutes les fois que l'intégrité du corps et de l'esprit de l'homme est discutée dans le prétoire »[2429]. En d'autres termes, la médecine légale est une « *collaboratrice indispensable et quotidienne de la justice* »[2430], selon les termes de Maurice Garçon. Elle concourt à la recherche de la vérité, en matière d'homicides, d'accidents du travail ou encore de coups et blessures[2431]. Dès lors, il en résulte que ces enseignements de médecine légale sont principalement médicaux même si leur objectif est tourné vers la justice.

En revanche, les enseignements de droit médical sont distincts : « *le droit médical offre un contenu spécifique, l'organisation juridique de l'acte médical et de son environnement, ce qui dépasse l'examen de la relation entre le professionnel et le patient* »[2432]. De même, Jean Savatier souligne que le droit médical est une science de l'homme qui a pour fonction de « *garantir aux médecins et aux malades les libertés et de leur imposer les obligations qui permettront à tous de bénéficier d'une médecine de qualité* »[2433]. En d'autres termes, un enseignement de droit médical porte sur l'encadrement juridique de la relation thérapeutique entre un médecin et son patient, avec notamment l'étude des droits des patients et des devoirs des praticiens mais également celles des règles juridiques inhérentes à son cadre d'exercice.

b. Une formation juridique, reflet de la pratique médicale

706. L'introduction d'enseignements juridiques en formation initiale doit intervenir à un moment opportun. En outre, le contenu de ces enseignements doit être défini de telle manière que la formation juridique du médecin corresponde à sa pratique médicale.

707. Tout d'abord, il n'est pas nécessaire que les médecins bénéficient d'un cours en droit médical lors de la première année commune aux études de santé (PACES) ou de la deuxième année. Maintenir un cours général relatif à l'organisation judiciaire, comme cela est le cas dans le cadre de l'Unité d'enseignement 7 « *Homme, santé, société* », ne semble pas pertinent. Cet enseignement général intervient précocement par rapport aux stages pratiques que l'étudiant doit effectuer. Ce dernier ne peut donc relier ces enseignements avec sa pratique

---

[2429] *Ibid.*
[2430] M. Garçon cité par G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 160.
[2431] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V°« Médecine légale », *op. cit.* : « *branche spéciale de la médecine qui a pour objet d'aider la justice (pénale ou civile) dans la découverte de la vérité* ».
[2432] G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 159.
[2433] J. Savatier cité par G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 160.

future de la médecine. Nous pouvons ainsi douter de ce qu'il est en mesure de mémoriser pour l'avenir.

En revanche, nous proposons d'élaborer les bases du droit médical à compter de la troisième année de médecine soit à compter du DCEM1. Les médecins doivent connaître l'étendue de leur responsabilité. A cet effet, « *le droit médical leur enseignera les conditions d'engagement, et peut-être surtout les limites, de cette obligation* »[2434]. La connaissance du principe de responsabilité pourrait atténuer les peurs excessives du praticien : *« les principes de la responsabilité sont ignorés des praticiens* […]. *Cela engendre des fausses croyances, notamment en une excessive menace pesant sur chaque médecine et une attitude parfois inopportune lorsqu'une difficulté survient avec un patient* »[2435]. De même, l'appréhension objective de sa responsabilité pourra diminuer la pratique d'une « *médecine défensive* ». Selon le professeur Gérard Mémeteau, « *une juste idée de la responsabilité évitera des réflexes de refuge dans des attitudes superflues et coûteuses d'examens multipliés, ou, inversement, de refus de prises de risques in casu nécessaires* »[2436].

708. En outre, il est important que le médecin connaisse les mécanismes assurantiels. S'il se destine à la médecine libérale, il doit connaître le mécanisme de responsabilité issu de la loi du 4 mars 2002 ainsi que les conditions d'intervention du Fonds mutualisé de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par des professionnels de santé libéraux[2437]. S'il se destine à un exercice hospitalier, il doit pouvoir appréhender les conditions de responsabilité de l'établissement, en cas de faute dans l'organisation et le fonctionnement du service et les conditions d'engagement de sa responsabilité en cas de faute détachable du service.

709. Telle la séméiologie entendue comme l'étude des signes cliniques nécessaire pour élaborer un diagnostic, nous proposons que l'étudiant en médecine bénéficie d'un cours de « *propédeutique juridique* », lui permettant d'assimiler la sémantique juridique, préalable au raisonnement juridique. Ce cours facilitera l'apprentissage du droit par le médecin. En effet, « *d'évidence, la barrière de la langue est* […] *l'obstacle majeur auquel se heurte ceux qui*

[2434] G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 147.
[2435] C. Esper citée par G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*
[2436] *Ibid*.
[2437] Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, *JO* n°0301 du 29 décembre 2011, p. 22441.

abordent le droit, ou un autre droit que le leur »[2438]. Henri Capitant souligne d'ailleurs que « *de même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu* »[2439]. De la même manière, est avancée comme condition de bonne compréhension du droit « *la connaissance de la langue idiomatique dans laquelle le droit est énoncé* »[2440]. En effet, le langage juridique se caractérise par des obstacles linguistiques c'est-à-dire « *des mots qui n'ont de sens qu'au regard du droit* », « *des termes ordinaires* […] *utilisés dans un autre sens* » et le fait qu'« *un même terme recouvre plusieurs sens potentiels au sein même du droit* »[2441].

A cet effet, nous proposons que cette Unité d'enseignement soit constituée notamment d'un module d'introduction au droit qui aborde l'organisation judiciaire de la France, les concepts juridiques de base avec des illustrations tirées du monde de la santé, les sources du droit, les juridictions, les mécanismes de responsabilité. Cet enseignement peut être intensifié lors du DCEM2, du DCEM3 et du DCEM4, au fur et à mesure des stages pratiques réalisés. En effet, il peut être intéressant pour l'étudiant de prendre conscience de sa responsabilité juridique et, ainsi, effectuer un choix éclairé de sa spécialité médicale, suite aux Epreuves classantes nationales (ECN).

710. Enfin, il est primordial que, dès le commencement de l'internat, l'étudiant en médecine bénéfice d'un enseignement régulier de droit médical, à raison, au minimum, d'un enseignement de deux heures par semaine. Il est important que ce cours de droit médical soit directement rattaché à sa spécialité médicale. En effet, l'étudiant en médecine, confronté à des problématiques juridiques dans le cadre de ses stages, sera désireux d'obtenir des réponses dans le cadre d'un enseignement en droit médical.

711. Suite à cet enseignement de propédeutique juridique, nous proposons que l'enseignement juridique soit adapté à la spécialité choisie par l'étudiant. En effet, chaque discipline présente des spécificités d'exercice. Nous ne saurions imaginer qu'un psychiatre soit confronté, au quotidien, aux mêmes problématiques juridiques qu'un gynécologue.

[2438] P. Malinvaud, *Vocabulaire juridique*, avant-propos, Association H. Capitant, Paris, P.U.F, 2007.
[2439] H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, préface, Association H. Capitant, Paris, P.U.F, 1936.
[2440] G. Cornu, « Compréhension ou incompréhension du droit ? Sombre verdict », *Journal d'histoire du droit*, n°20, 2002.
[2441] *Ibid*.

Il nous semble qu'un étudiant en gynécologie-obstétrique doive notamment connaître la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse[2442], les conditions juridiques pour faire usage de la clause de conscience[2443], le devoir d'information de la parturiente ou du couple dans le cadre du diagnostic prénatal[2444] ou encore l'encadrement juridique de la stérilisation à visée contraceptive[2445].

Les enseignements juridiques nécessaires aux étudiants en psychiatrie doivent porter sur l'encadrement juridique des soins psychiatriques[2446], les différents dispositifs de protection juridique des majeurs protégés[2447] et les règles juridiques relatives aux contentions et à l'isolement en établissement de santé.

Les étudiants en chirurgie et en anesthésie réanimation doivent bénéficier d'un enseignement spécifique relatif au consentement aux soins, s'agissant notamment des patients mineurs et sous mesure de protection juridique[2448] ou encore des patients témoins de Jéhovah. Ils doivent également appréhender l'encadrement juridique de la fin de vie.

Les étudiants en pédiatrie doivent connaître l'encadrement juridique des soins aux personnes mineures[2449]. Les étudiants en médecine générale doivent connaître l'encadrement juridique de l'accès au dossier médical par le patient ou un ayant droit[2450]. Les étudiants en pédiatrie et en médecine générale doivent être particulièrement formés à la rédaction des certificats médicaux et au signalement des actes de maltraitance sur personnes vulnérables.

Cet enseignement juridique sera d'autant plus adapté à la pratique médicale qu'il repose sur un choix pertinent d'enseignants.

[2442] Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JO* n°156 du 7 juillet 2001, p. 10823.
[2443] V. Art. R. 4127-47 du CSP.
[2444] Art. L. 2131-1 et s. du CSP.
[2445] Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JO* n°156 du 7 juillet 2001, p. 10 823.
[2446] Loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *JO* n°0155 du 6 juillet 2011, p. 11705.
[2447] Loi n°2007-308 du 5 mars 2007, *préc.*
[2448] Art. L. 1111-4 du CSP.
[2449] Art. L. 1111-1 et s. du CSP.
[2450] Art. L. 1111-7 du CSP.

2. La symbiose médico-juridique

712. Lors de l'internat, la formation de l'étudiant est basée sur le « *compagnonnage* » ou encore, selon le serment d'Hippocrate, sur une solidarité intergénérationnelle. D'ailleurs, l'article R. 4127-68-1 du Code de la santé publique, créé par le décret du 7 mai 2012[2451], dispose que « *le médecin partage ses connaissances et son expérience avec les étudiants et internes en médecine durant leur formation dans un esprit de compagnonnage, de considération et de respect mutuel* ». En d'autres termes, la formation repose essentiellement sur la transmission orale des pairs.

En pratique, cela n'est pas exempt de difficultés. En effet, cet enseignement oral est aléatoire puisqu'il dépend du savoir et de la pédagogie, variables d'un médecin senior à l'autre. Chaque étudiant ne bénéficie donc pas du même enseignement lors de son internat. Nous pouvons alors nous interroger sur la capacité d'un médecin senior, dont la formation juridique est insuffisante, à transmettre des connaissances juridiques aux étudiants en médecine lors de leurs stages. La formation en droit médical du médecin ne peut donc uniquement reposer sur le compagnonnage.

713. Choisir l'enseignant qui pourra légitimement dispenser du droit médical aux étudiants en médecine s'avère être une tâche ardue : « *s'il est évident d'écrire que les professeurs de médecine légale doivent être médecins, il est plus délicat de se prononcer sur la qualité des professeurs de droit médical* »[2452]. Dans un premier temps, la formation pourrait être dispensée par un médecin, professeur de médecine légale. En effet, il dispose d'une connaissance des aspects légaux de la pratique médicale. Cependant, le droit médical ne saurait être confondu avec la médecine légale, de par les différences que présentent ces deux disciplines[2453]. A ce titre, les professeurs en médecine légale ne nous semblent pas détenir la légitimité pour dispenser cet enseignement de droit médical.

Toutefois, l'idée d'un médecin qui enseignerait le droit médical peut être exploitée. Ainsi, l'enseignement du droit médical par un médecin, conseiller ordinal, présenterait certains avantages. D'une part, il dispose d'une connaissance des règles d'exercice des médecins, tous modes d'exercice confondus. D'autre part, il dispose d'une vue acérée des problématiques que peuvent rencontrer les médecins en exercice. Cependant, sa vision du

---

[2451] Décret n°2012-694 du 7 mai 2012, *préc.*
[2452] G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 164.
[2453] *Supra* n°704 à 705.

droit médical risque d'être restrictive. En effet, il faut éviter l'écueil d'un cours qui se résumerait aux seuls enseignements de la déontologie du médecin.

714. Eu égard à ces différentes hypothèses, nous proposons que l'enseignement du droit médical aux étudiants en médecine soit assuré par un médecin en exercice, titulaire d'un diplôme de troisième cycle en droit et, plus spécifiquement, en droit médical. Le professeur Gérard Mémeteau considère d'ailleurs qu'il ne peut être discuté l'idée « *qu'un médecin formé à la science juridique entende dispenser des formations en droit médical* […] »[2454]. En effet, il détient une double légitimité de par son titre de médecin, d'une part, et, d'autre part, son diplôme en droit médical. Il faudra veiller, cependant, à ce que ce médecin ne privilégie pas dans son enseignement son mode d'exercice. Il n'est pas envisageable, par exemple, qu'un médecin libéral qui enseigne cette discipline présente uniquement dans son cours la responsabilité du médecin libéral. En outre, il nous semble préférable que ce médecin ait une activité extraprofessionnelle liée au droit médical afin d'actualiser ses connaissances en la matière.

A titre d'exemples, il pourrait s'agir d'un médecin qui effectue des expertises médicales ou d'un médecin qui siège au sein d'une Commission régionale de conciliation et d'indemnisation[2455]. Jean-Henri Soutoul considère ainsi que les experts sont des « *éclaireurs judiciaires* »[2456], qui « *pourraient, grâce à leur expérience, évoquer les possibles mises en cause de responsabilité médicale dès l'apparition de nouvelles techniques d'exploration ou de soins, sources potentielles de risques menaçant leurs utilisateurs s'ils étaient imprudents et surtout non avertis* »[2457].

715. D'autre part, au même titre qu'un médecin formé au droit peut enseigner le droit médical, un maître de conférences en droit peut parfaitement assurer cet enseignement. Il bénéficie d'une légitimité à délivrer le savoir juridique de par sa formation en droit, sanctionnée par une thèse de doctorat. Il joue, à ce titre, un rôle prépondérant dans la transmission, la formulation et la systématisation du savoir juridique[2458]. Cependant, à l'instar du professeur Gérard Mémeteau, nous proposons que cet enseignant, au-delà de sa spécialisation en droit médical, maintienne « *des liens intellectuels avec les autres disciplines*

[2454] G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*
[2455] Art. R. 1142-8 du CSP.
[2456] J.-H. Soutoul, « Jurisprudence, pourquoi pas médicoprudence ? », *Méd. et Dr.* 1995, n°13, p. 2.
[2457] *Ibid.*
[2458] D. Lochak, « Les usages du savoir juridique », *op. cit.*, p. 328-329.

juridiques, (évite) d'en abandonner l'étude et l'enseignement »[2459]. De la même manière, un praticien en droit, juriste ou avocat, spécialisé en droit médical peut assurer cet enseignement. En effet, en sus de son savoir juridique, il dispose d'une vue pratique du droit médical. De son exercice professionnel, il peut extraire des exemples venant illustrer son propos juridique.

716. Pour aller plus loin dans la recherche d'un enseignant, il convient d'ajouter que la richesse de cet enseignement découle, à notre sens, de l'alliance pédagogique de l'Homme de la médecine et de l'Homme du droit. La symbiose médico-juridique constitue une condition nécessaire à l'enseignement du droit médical aux médecins. La « *symbiose* » désigne une *« association constante, obligatoire et spécifique entre deux organismes ne pouvant vivre l'un sans l'autre, chacun d'eux tirant un bénéfice de cette association* » et une *« relation marquée par une union très étroite et très harmonieuse* »[2460]. En d'autres termes, chaque enseignant apporte une plus-value à la richesse de cette discipline, dans une collaboration harmonieuse.

En effet, la compréhension d'une jurisprudence ou d'une expertise médicale peut être enrichie par le savoir médical du médecin. De la même manière, le raisonnement juridique de l'Homme du droit apportera la rigueur et la précision nécessaires à la compréhension d'un problème juridique. Nous proposons donc que le programme de droit médical, en formation initiale et continue, soit l'œuvre de l'Homme de la médecine et l'Homme du droit. Nous proposons également que ces derniers dispensent conjointement ce cours.

[2459] G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 165.
[2460] *Dictionnaire Larousse*, V°« Symbiose », 2012.

B. LA FORMATION JURIDIQUE DU MÉDECIN, ENTRE SAVOIRS ET COMPÉTENCES

717. Dans le cadre de la formation juridique du médecin, il est important d'insister sur le développement des compétences. En pratique, il semblerait que l'Université se soucie davantage des savoirs que des compétences. A ce titre, nous proposons, d'une part, que la formation juridique du médecin privilégie le transfert des connaissances juridiques sur le terrain professionnel (1) et, d'autre part, que les modalités pédagogiques favorisent le lien avec la pratique professionnelle (2).

1. Favoriser le transfert des connaissances juridiques

718. Les questions des savoirs issus de la formation médicale et celle des compétences à acquérir ne doivent pas être opposées. En effet, il ne peut y avoir de compétences professionnelles sans savoirs à mobiliser. Toutefois, le fait de disposer de savoirs, en l'occurrence juridiques, ne suffit pas : il faut les mobiliser de manière opportune. Ainsi, Guy le Boterf souligne que *« de même qu'une collection de paires de boules ne constitue pas une partie de pétanque, un ensemble de savoirs ou de savoir-faire ne forme pas une compétence* »[2461]. Il ajoute que « *la compétence n'est pas un état ou une connaissance possédée. Elle ne se réduit ni à un savoir ni à un savoir-faire. Elle n'est pas assimilable à un acquis de formation. Posséder des connaissances ou des capacités ne signifie pas être compétent. On peut connaître des techniques ou des règles de gestion comptable et ne pas savoir les appliquer au moment opportun. On peut connaître le droit commercial et mal rédiger des contrats* »[2462].

L'acquisition de connaissances juridiques par l'étudiant en médecine ne signifie donc pas nécessairement qu'il sache les utiliser dans l'action. L'étudiant peut parfaitement connaître le principe du consentement aux soins. Encore faut-il qu'il sache l'appliquer lorsqu'il se retrouve, par exemple, face un patient sous mesure de protection juridique.

719. La formation initiale doit donc se soucier davantage des compétences du médecin. Cela fait écho au transfert de connaissances juridiques. Si le médecin dispose de connaissances juridiques, il doit pouvoir les transférer sur le terrain c'est-à-dire les mobiliser

---

[2461] G. Le Boterf, *De la compétence. Essai sur un attracteur étrange*, Paris, Les Editions d'organisation, 1994, p. 16.
[2462] *Ibid*.

pour résoudre une situation complexe. En d'autres termes, « *l'idée de transfert évoque un déplacement de la connaissance du lieu de sa construction au lieu de son usage* »[2463] : c'est « *une connaissance engendrée dans un temps et un lieu, puis transportée dans un autre temps et un autre lieu* »[2464].

Il faut donc développer des connaissances et des compétences juridiques pour le médecin. Ce dernier doit être en capacité d'utiliser ses connaissances juridiques en dehors du contexte d'apprentissage. En l'espèce, il s'agit pour l'étudiant en médecine de réinvestir ses connaissances juridiques dans des situations, semblables ou différentes, à celles évoquées en formation. Lors des premiers stages d'internat, il prend conscience de l'écart entre ses connaissances juridiques et ce qu'il est capable d'utiliser pour faire face à une situation. A cet effet, il convient de disposer d'outils pédagogiques pratiques et de mises en situation proches de la réalité vécue par les professionnels. La construction d'un plan de formation dans le cadre universitaire doit prendre en compte ces considérations. C'est en amont qu'il faut se poser la question des compétences qu'il est souhaitable de développer chez le futur médecin.

720. Les mêmes préconisations peuvent être formulées dans le cadre de la formation continue. Le médecin en exercice doit déceler, par un travail d'analyse de sa pratique, la nature de ses lacunes en connaissances juridiques mais il doit également comprendre pourquoi il ne parvient pas à mobiliser telle connaissance juridique dont il dispose dans telle situation médicale. L'identification de ses besoins juridiques l'orientera dans le choix du thème juridique sur lequel il lui semble nécessaire de se former. Comme pour la formation initiale, la formation continue du médecin doit permettre un transfert des acquis théoriques sur le terrain professionnel.

2. <u>Bénéficier d'enseignements en lien avec la pratique</u>

721. Une autre étape essentielle consiste à déterminer les modalités pédagogiques. D'emblée, il convient de rappeler la difficile transmission de la discipline juridique aux médecins. S'agissant de l'obligation d'information du médecin, le Procureur général Burgelin s'interrogeait de la sorte : « *comment expliquer la position de la Cour de cassation aux médecins tenus de l'appliquer chaque jour, afin qu'en apparaissent les conséquences réelles*

[2463] P. Perrenoud, *Transférer ou mobiliser ses connaissances ? D'une métaphore à l'autre : implications sociologiques et pédagogiques*, Colloque Raisons éducatives, Université de Genève, mars 1999.
[2464] *Ibid*.

et non pas imaginaires, et afin que les patients, que nous sommes tous en puissance, recueillent les fruits de cette évolution ? »[2465].

722. Qu'il s'agisse de l'étudiant en médecine ou du médecin en exercice, les enseignements de droit médical doivent être en adéquation avec leur quotidien professionnel et répondre ainsi à leurs interrogations. En effet, il ne s'agit pas uniquement de transmettre des connaissances juridiques. Il faut savoir adapter son propos à l'auditoire, sans dénaturer la réalité juridique, certes, mais en gardant à l'esprit que ces connaissances doivent correspondre à ce que vit l'étudiant ou le médecin au quotidien.

723. A ce titre, qu'il s'agisse de la formation initiale ou continue, nous proposons que l'enseignement juridique repose, notamment, sur l'étude de cas pratiques. Il semble utile que les étudiants en médecine et les médecins en exercice effectuent un retour sur leur pratique médicale quotidienne. Comme les recommandations en matière d'enseignement des soins palliatifs, nous considérons qu'« *aux cours magistraux, aux exposés, nous préférons un enseignement dirigé à partir de cas cliniques, de mises en situation, de commentaires de textes, d'analyses de documents audiovisuels. Il est ainsi possible de questionner les pratiques, de proposer des approches et des méthodes, d'interroger les motivations et l'investissement personnel* »[2466].

Cette méthodologie ne fait pas l'économie d'apports théoriques qui viennent appuyer les commentaires d'une situation vécue par le praticien. Le Collège national des enseignants pour la formation relative aux soins palliatifs préconise « *des relectures de situations vécues lors des stages durant lesquelles les étudiants se réuniraient en présence d'un médecin senior ayant une expérience effective et reconnue dans le domaine des soins palliatifs* »[2467]. Nous pouvons tout à fait exploiter cette méthodologie : les étudiants en médecine et les médecins en activité présentent à l'enseignant une problématique juridique issue de leur vécu professionnel. C'est à partir notamment de leurs cas pratiques que ce dernier pourra bâtir une partie de son cours.

[2465] C. cass., *Rapport 1999*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 7.
[2466] B. Burucoa, B. Paternostre, « L'enseignement universitaire des soins palliatifs - Vers la recherche en soins palliatifs », *in Manuel des soins palliatifs*, 2ème éd., Paris, éd. Dunod, 2009, 1024 p.
[2467] Collège national des enseignants pour la formation universitaire en soins palliatifs, Document de travail, septembre 2010.

724. D'autre part, nous proposons que les expertises médicales soient publiées et présentées de telle manière à ce qu'un étudiant ou un médecin profane puisse accéder facilement à leur lecture. Ces expertises médicales peuvent alors constituer un support de cours de droit médical, riche en enseignements juridiques. A titre illustratif, la revue *Droit, déontologie et soin* publie régulièrement des expertises commentées par des juristes[2468]. De la même manière, nous considérons, tel Jean-Henri Soutoul, que « *les dossiers médicaux et de procédures établis au stade de l'instruction ou du jugement, soumis à l'interprétation d'experts spécialisés nommés par les magistrats, constituent un ensemble de documents d'une grande valeur pédagogique. Les juristes praticiens et surtout les représentants des spécialités médicales concernés peuvent y trouver des éléments de réflexion et surtout de prévention de nouveaux risques dans des situations similaires ou proches* »[2469]. L'auteur parle alors de « *médicoprudence* », en référence à la jurisprudence[2470].

725. Enfin, dans le cadre de la formation continue du médecin, en complément des formations présentielles autour de la résolution de cas pratiques, nous proposons le développement de l'usage de la formation à distance (FAD), connue également sous le vocable de *« e-learning* ». Il s'agit de « *l'utilisation des nouvelles technologies multimédias et de l'Internet pour améliorer la qualité de l'apprentissage en facilitant l'accès à des ressources et à des services, ainsi que les échanges et la collaboration à distance* »[2471]. Ce type de formation est exploité principalement dans les pays nord-américains puisqu'« *en 2008, environ 30 % de la FMC nord-américaine est réalisée avec l'Internet* »[2472]. Cette modalité pédagogique nous semble intéressante dans le cadre de la mise en place de modules de formations en droit médical. Nous proposons qu'elle soit exploitée par les organismes de formation enregistrés dans le cadre du développement professionnel continu (DPC), à l'instar de ce qui est développé au Canada[2473]. En effet, cette modalité constitue une réponse à certaines contraintes considérées comme des freins à la formation continue, parmi lesquelles

---

[2468] N. Depoire, « Analyse d'un cas pratique : erreur d'administration lors de la rinçure d'une chambre implantable », *DDS* 2011, vol. 11, n°3, p. 298-309 ; J.-L. Sergent, « Accident d'anesthésie au bloc opératoire », *DDS* 2011, vol. 11, n°2, p. 223-235, C. Hauteville, « Homicide involontaire : faute de diagnostic et dans la prise en charge », *DDS* 2010, vol. 10, n°3, p. 297-302.
[2469] J.-H. Soutoul, « Jurisprudence, pourquoi pas médicoprudence ? », *op. cit*.
[2470] *Ibid*.
[2471] Commission européenne, *E-learning – faire mieux pour l'Europe*, Office des publications officielles des communautés européennes, Luxembourg, 2003. Consulté sur : *http://ec.europa.eu/culture/portal/funding/eac_fr.htm*, le 23 juin 2010.
[2472] H. Maisonneuve, O. Chabot, « L'Internet en formation médicale continue : aussi efficace que les formations dites présentielles », *La Presse Médicale*, octobre 2009, t. 38, n°10, p. 1435.
[2473] *Supra* n°661 à 663.

les problèmes organisationnels des médecins hospitaliers ou encore les difficultés de remplacement du médecin libéral. Il s'agit d'une modalité souple puisqu'un module de formation, d'une durée de trente minutes, peut être réalisé sur le lieu de travail du médecin. D'autre part, cet apprentissage préserve l'autonomie du médecin dans l'organisation de la formation continue. Bien que la formation à distance ne nécessite pas la présence physique d'un enseignant, nous recommandons la mise en place d'un tutorat à distance au travers le téléphone, le *Chat* ou encore l'*e-mail*. Ainsi, le médecin conserve la possibilité d'entrer directement en contact avec un enseignant. Nous pouvons également envisager un apprentissage mixte, issu de la pratique anglo-saxonne connue sous le terme de « *blended Learning* » qui présente l'avantage de combiner « *l'e-learning et des sessions en face à face avec des formateurs* [2474]». Il semble en effet important que la formation à distance garantisse au médecin une certaine interactivité et la possibilité de retours sur la formation effectuée.

Au-delà de la formation juridique du médecin, il nous semble que le médecin doive bénéficier de ressources juridiques.

§2. Proposition d'un projet fédérateur, porteur d'une alliance entre droit et médecine

726. Au-delà de la formation initiale et de la formation continue, il paraît important de concevoir des ressources juridiques adaptées à la pratique médicale. A cet effet, nous proposons de dépasser le clivage médecine et droit par la mise en place d'une structure spécialisée en droit médical (A) et, d'autre part, de mettre à disposition des médecins des outils juridiques utiles à leur pratique médicale (B).

A. DÉPASSER LE CLIVAGE ENTRE LA MÉDECINE ET LE DROIT

727. Le Doyen Savatier avait mis en exergue les relations difficiles qu'entretiennent le droit avec la médecine : « *par une curieuse alternance, médecins et juristes ont, tour à tour, les uns envers les autres, le complexe des initiés et des techniciens, puis le complexe des profanes et des ignorants. Comme les questions juridiques et les questions médicales sont*

[2474] H. Maisonneuve, O. Chabot, « L'Internet en formation médicale continue : aussi efficace que les formations dites présentielles », *op. cit.*

d'ailleurs souvent inextricablement mêlées, les deux sortes de complexe se mêlent aussi »[2475]. Il ajoutait alors que « *ce double et réciproque complexe s'aggrave de ce que leur formation respective ne prépare pas médecins et juristes à se comprendre* »[2476]. D'une part, nous nous interrogerons sur les possibilités de dépasser le clivage entre la médecine et le droit (1) et, d'autre part, nous envisagerons la création d'une structure destinée à rapprocher ces deux disciplines (2).

1. Médecine et droit, un conflit insurmontable ?

728. A l'origine, la médecine et le droit entretiennent des rapports conflictuels. André Demichel évoquait « *une cohabitation problématique* »[2477] entre ces deux disciplines et le Doyen Savatier entrevoyait une « *entente et mésentente entre médecins et juristes* »[2478].

André Demichel tentait d'expliquer les raisons d'un « *droit mal aimé par la médecine* ». D'abord, il soulignait que le droit est perçu par le médecin comme un appareil répressif[2479]. En d'autres termes, le glaive caractérise le droit aux yeux du corps médical. Certaines procédures judiciaires sont vécues comme des contraintes, telles que le pouvoir de réquisition. Cette contrainte est d'autant plus vraie qu'elle est assortie de sanctions. D'autre part, le mode d'élaboration du droit est vécu négativement par le médecin[2480]. En effet, le droit repose sur la loi juridique qui s'oppose à la loi divine, sur laquelle longtemps la médecine, par son caractère sacré, s'est appuyée. En outre, pour le médecin, la rigidité de la norme juridique n'est pas applicable à l'art médical, aléatoire et individuel[2481]. Pour ces différentes raisons, André Demichel soulignait que le droit et la médecine est « *un couple condamné à une indissociabilité conflictuelle* »[2482].

De la même manière, le Doyen Savatier porte son regard sur les divergences entre la médecine et le droit. D'abord, il souligne que naît entre médecins et juristes, de façon réciproque « *le complexe des initiés et des techniciens, puis le complexe des profanes et des*

[2475] R. Savatier, « Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes », *op. cit.*, p. 237.
[2476] *Id.*, p. 238.
[2477] A. Demichel, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », *op. cit.*
[2478] R. Savatier, « Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes », *op. cit.*, p. 234 et s.
[2479] A. Demichel, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », *op. cit.*, p. 707.
[2480] *Id.*, p. 709.
[2481] *Id.*, p. 712.
[2482] *Id.*, p. 725.

ignorants »[2483]. Le regard du juriste sur ses actes médicaux est alors vécu comme une intrusion. D'autre part, la formation distincte des médecins et des juristes contribue nécessairement à l'existence future de problèmes de communication. Selon Jean-Henri Soutoul, « *médecins et juristes (sont) de plus en plus souvent confrontés à des situations qui nécessitent une double approche que des barrières terminologiques ou techniques ont trop longtemps interdite* »[2484]. Il précise d'ailleurs que « *la communication entre les représentants de ces deux humanismes est faussée par l'incompréhension des langages réciproques utilisés : juridisme excessif, émaillé parfois de citations latines d'une part, jargon technique de l'interlocuteur médical d'autre part* »[2485]. En effet, l'hermétisme du langage juridique, difficilement accessible, constitue une barrière pour le médecin profane. Catherine Deschamps souligne, à juste titre, que « *la langue juridique présente un certain nombre de contraintes dans son emploi en raison d'un caractère fortement normatif, ritualisé et parfois même archaïque* »[2486]. Elle ajoute que « *malgré cette forte présence de la langue juridique dans le quotidien de tout un chacun, il n'en reste pas moins que cette langue présente un caractère initiatique et impénétrable pour le commun des mortels* »[2487]. L'ambiguïté de la terminologie juridique est également soulevée par le Doyen Cornu qui considère qu'« *il y a un langage du droit parce que le droit donne un sens particulier à certains termes* »[2488].

Enfin, le Doyen Savatier souligne l'opposition entre la loi biologique du médecin et la loi civile du juriste. Il en déduit que le médecin qui, dans son exercice, lutte contre la loi biologique, est « […] *instinctivement rebelle à la loi juridique elle-même* »[2489].

729. Cependant, le clivage entre la médecine et le droit ne doit pas être considéré comme une fatalité. La barrière de la langue juridique ne doit pas constituer un obstacle insurmontable pour le médecin. Ainsi, des exemples de rapprochement entre la médecine et droit peuvent être décelés. En 1956, le Doyen Savatier, professeur de droit, réunit, dans le cadre de la rédaction du *Traité de droit médical*, une équipe interdisciplinaire : deux

---

[2483] R. Savatier, « Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes », *op. cit.*, p. 237.
[2484] J.-H. Soutoul, « Jurisprudence, pourquoi pas médicoprudence ? », *op. cit*.
[2485] *Id.*, p. 4.
[2486] C. Deschamps, « Enseignement / apprentissage des collocations d'une langue de spécialité à un public allophone : l'exemple de la langue juridique », *Revue de didactologie des langues-cultures et lexiculturologie*, 2004, vol. 3, n°135, p. 362.
[2487] *Ibid*.
[2488] G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 20.
[2489] R. Savatier, « Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes », *op. cit.*, p. 239.

professeurs de droit, Jean Savatier et Jean-Marie Auby et un médecin et professeur de médecine, Henri Péquignot[2490]. En 1974, Georges Boyer-Chammard, docteur en droit, et Paul Monzein, Président de chambre à la Cour d'appel de Paris et docteur en médecine, signent un ouvrage relatif à la responsabilité médicale[2491]. Par ailleurs, certaines personnalités dotées d'une double expertise, médicale et juridique, démontrent indéniablement que droit et médecine peuvent s'entendre. En 1973, Jean Penneau, docteur en médecine, publie une thèse de doctorat en droit intitulée *faute et erreur en matière de responsabilité médicale*[2492]. En 2004, Pierre Loiseau, docteur en médecine, est l'auteur d'une thèse de doctorat en droit, « *la maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale, aux Etats-Unis comme en France* »[2493]. Ces différentes illustrations attestent une possible cohabitation sereine entre deux disciplines souvent opposées. Une alliance constructive entre la médecine et le droit est donc envisageable. Il convient, dès lors, d'en définir les contours.

2. La création d'un Pôle médecine et droit

730. Loin de vouloir faire maîtriser aux médecins les arcanes du droit, il nous semble qu'une première approche du droit leur est utile. C'est ainsi qu'ils pourront entrevoir que « *le droit n'est pas seulement contre eux une menace, mais aussi un auxiliaire* »[2494]. Le droit doit être envisagé comme une « béquille », c'est-à-dire un instrument sur lequel le médecin peut se reposer. A ce titre, le médecin doit pouvoir disposer d'un lieu de ressources juridiques. Nous proposons donc de créer, dans chaque région, une structure destinée à l'ensemble des médecins : un « *Pôle médecine et droit* ». Ce Pôle serait charger de délivrer des informations juridiques aux médecins sur leur exercice professionnel et les orienter dans leurs recherches administratives et juridiques, dispenser des consultations juridiques, diffuser une lettre juridique à titre préventif et mettre à disposition des médecins une ressource juridique électronique. Il serait un guichet unique puisqu'il concernerait l'ensemble des médecins, quel que soit leur mode d'exercice et regrouperait en un lieu unique différentes prestations offertes aux médecins. Toutefois, nous ne saurions nier les spécificités inhérentes à chaque mode

---

[2490] J. et R. Savatier, J.-M. Auby et H. Péquignot *et al.*, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, p. 117.
[2491] G. Boyer-Chammard, P. Monzein, *La responsabilité médicale*, Paris, P.U.F, 1974, 281 p.
[2492] J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, 403 p.
[2493] P. Loiseau, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale, aux Etats-Unis comme en France*, Aix-Marseille, PUAM, 2005, 402 p.
[2494] G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 149.

d'exercice. Nous recommandons donc la présence, dans cette structure, de juristes spécialisés en droit public et en droit privé.

Il s'agit alors de déterminer quelle structure existante pourrait porter ce projet. Deux hypothèses sont envisageables. D'une part, il convient de déterminer, à partir de l'existant, quelle structure peut mettre en œuvre ce projet (a). D'autre part, nous émettrons l'hypothèse de la création d'une nouvelle structure destinée à faire vivre ce pôle médecine et droit (b).

a. Créer un Pôle médecine et droit à partir d'une structure existante

731. La création d'un Pôle médecine et droit peut être l'initiative d'une structure existante. D'abord, nous pouvons émettre l'hypothèse que ce projet pourrait être l'œuvre de l'URPS Médecins. En effet, l'URPS Médecins du Nord-Pas de calais dispose d'une expérience en la matière de six années, au travers de la création d'un pôle juridique. En outre, les URPS d'autres régions, qui bénéficient de ce pôle juridique, sont favorables à un accompagnement juridique du médecin. Cependant, cette institution représente uniquement les médecins libéraux et exclut de fait les médecins hospitaliers et les médecins salariés. Le Pôle de médecine doit en effet s'adresser à l'ensemble des médecins, toutes spécialités et tous modes d'exercice confondus. Cette première hypothèse n'est donc pas envisageable.

732. Nous pouvons supposer que les syndicats médicaux puissent porter ce projet. En effet, les syndicats détiennent une fonction informative auprès de leurs médecins adhérents[2495]. Cependant, nous entrevoyons deux obstacles majeurs. D'une part, cela serait contraire à la délivrance d'une information juridique neutre et objective. Le projet d'un Pôle médecine et droit doit être conçu en dehors de toute considération politique ou syndicale. D'autre part, au regard des taux de syndicalisation des médecins libéraux (25 %) et des médecins hospitaliers (25,5 %), une grande partie de la population médicale non syndiquée serait lésée dans l'accès à ce Pôle.

733. En outre, nous suggérons de confier la direction de ce Pôle au Conseil départemental de l'Ordre des médecins. En effet, le Conseil départemental représente l'ensemble des médecins, quels que soient leur spécialité et leur mode d'exercice. Organisme privé et indépendant chargé d'une mission de service public, ses missions sont définies à l'article L. 4121-2 du Code de la santé publique : « *veiller au maintien des principes de moralité, de*

[2495] *Supra* n°563.

probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la profession ; Veiller à l'observation par tous les membres de l'Ordre des devoirs professionnels et déontologiques ; Assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession ; Organiser le cas échéant toute œuvre d'entraide et de retraite ». Le Conseil départemental pourrait donc alerter les médecins dans leur pratique professionnelle. Toutefois, à la lecture de ses missions actuelles et notamment au regard de sa mission principale relative à la déontologie médicale, il ne semble pas que le Conseil départemental ait une légitimité à diriger ce pôle. Il faut éviter l'écueil d'un Pôle dont la conception de l'accompagnement juridique viserait uniquement les problématiques déontologiques. Cette seconde hypothèse doit donc être écartée.

734. Par ailleurs, le Conseil régional de l'Ordre des médecins pourrait assurer la direction de ce pôle. Il détient des « *fonctions de représentation de la profession dans la région ou l'interrégion ainsi que celle de coordination des conseils départementaux* »[2496]. D'autre part, il possède des attributions administratives parmi lesquelles suspendre temporairement un médecin du droit d'exercer en cas d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession[2497]. Il lui est également conféré une compétence juridictionnelle, au travers de la Chambre disciplinaire de première instance, présidée depuis la loi du 4 mars 2002[2498] et le décret n°2007-434 du 25 mars 2007[2499], par un magistrat[2500]. Une première ouverture vers le droit a donc été opérée. Au regard de cette seconde fonction, le Conseil régional, fort des enseignements qu'il pourrait tirer des décisions disciplinaires prises à l'encontre des médecins, pourrait assurer la direction de ce Pôle. Son expérience en matière juridictionnelle pourrait lui permettre d'appréhender les thématiques juridiques sur lesquelles attirer l'attention des médecins. A titre d'exemple, les données issues des Conseils régionaux démontrent qu'entre 2002 et 2011, le manquement aux « *devoirs envers les malades* » constitue le motif le plus fréquent à l'origine des plaintes disciplinaires. Cela constitue donc un sujet sur lequel communiquer auprès des médecins, à titre préventif.

[2496] Art. L. 4124-11 du CSP.
[2497] Art. R. 4124-3 du CSP.
[2498] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *préc.*
[2499] Décret n°2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires), *JO* n°73 du 27 mars 2007, p. 5654.
[2500] Art. L. 4124-7 du CSP : « *La chambre disciplinaire de première instance est présidée par un membre en fonction ou honoraire du corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel désigné par le vice-président du Conseil d'Etat, sur proposition du président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel. Un ou des suppléants sont désignés dans les mêmes conditions* ».

Cependant, si le Conseil régional nous semble détenir une légitimité pour porter ce projet de pôle médecine et droit, il existe néanmoins un risque de confusion entre, d'une part, sa fonction juridictionnelle telle qu'elle existe actuellement et sa fonction informative, telle qu'elle pourrait exister au travers du Pôle médecine et droit. Par voie de conséquence, la confusion entre ces deux missions pourrait entraîner un déficit de confiance des médecins. L'hypothèse du Conseil régional de l'ordre des médecins ne doit pas être écartée. Cependant, un travail de communication à destination des médecins devrait être mis en œuvre afin qu'ils puissent distinguer sa fonction juridictionnelle de celle informative.

735. Enfin, le Pôle médecine et droit pourrait être l'œuvre d'un Centre hospitalier universitaire (CHU). En effet, parallèlement à la recherche et aux soins, l'enseignement et la formation des médecins représentent une des trois missions qui lui incombe. Dans la continuité de cette mission, le CHU pourrait intervenir dans l'accompagnement juridique du médecin. Des passerelles pourraient d'ailleurs être établies entre, d'une part, l'enseignement de droit médical et, d'autre part, les services juridiques proposés par le Pôle médecine et droit. A titre d'exemple, nous pouvons supposer que les situations juridiques exposées au Pôle puissent constituer une source de cas pratiques pour l'enseignement du droit médical. Si cette hypothèse nous semble exploitable, il faudra cependant veiller à justifier ce choix auprès des médecins libéraux et des médecins salariés hors hospitaliers, qui pourraient entrevoir l'implantation du Pôle médecine et droit au sein d'un CHU comme la traduction d'un « *hospitalo-centrisme* ». La réussite de ce projet de Pôle médecine et droit nous semble être conditionnée par la mise en place d'une collaboration étroite entre l'université de médecine et l'université de droit.

736. Au regard des différentes hypothèses que nous avons soulevées, le projet d'un Pôle médecine et droit nous semble pouvoir être porté par le Conseil régional de l'Ordre des médecins ou le Centre hospitalier universitaire. Cependant, si ces deux hypothèses peuvent être exploitées, il n'en demeure pas moins qu'elles pourraient souffrir d'un déficit de légitimité. L'attribution d'une nouvelle mission nécessite donc un travail de communication auprès des médecins. Au-delà des ces deux hypothèses, une autre possibilité doit être envisagée : confier la gouvernance du Pôle médecine et droit à une structure novatrice.

b. Confier la gouvernance du Pôle médecine et droit à une nouvelle structure

737. Le projet de création d'un Pôle médecine et droit pourrait induire la création d'une nouvelle structure. Il pourrait être la résultante de la réunion de différents partenaires. A ce titre, nous envisageons la mise en œuvre d'un groupement d'intérêt public (GIP), qui permettra la mise en commun des moyens provenant des différents partenaires afin de poursuivre un ou des objectifs d'intérêt commun : accompagner les médecins au travers la mise à disposition de différents outils juridiques. Installé dans chaque région, ce GIP serait constitué de personnes morales, dont au moins un partenaire public, un Centre hospitalier universitaire ainsi que de partenaires privés, à l'instar de l'Union régionale des professionnels de santé Médecins libéraux (URPS ML). Ce groupement pourrait siéger au sein d'une Université de médecine, garante de la formation des médecins.

D'un point de vue juridique, le GIP présente certains avantages. Les fondateurs du groupement disposent d'une grande autonomie pour définir contractuellement les statuts. D'autre part, le GIP, personne morale, bénéficie d'une pleine capacité juridique. Enfin, le régime juridique du GIP, à mi-chemin entre la forme associative et la forme sociétaire, demeure souple. Toutefois, ce régime juridique peut générer des complications. En effet, le GIP peut être déséquilibré par la coexistence de partenaires, public et privé, qui peinent à s'entendre dans la mise en œuvre du projet. Une difficile cohabitation entre les adhérents du GIP pourrait être source d'inertie et conduire à la disparition du projet. Enfin, nous pouvons entrevoir un autre inconvénient à la création d'un GIP. En effet, la mise en place d'une telle structure dans chaque région viendrait renforcer le constat d'un foisonnement de structures dans le domaine de la santé. Eu égard à ces différents éléments, l'hypothèse de la création d'un GIP ne nous semble pas devoir être retenue.

738. Par ailleurs, une initiative privée, sous forme sociétaire, pourrait être à l'origine de la création d'un Pôle médecine et droit. Il s'agirait d'une Société à responsabilité limitée (SARL), d'une Société anonyme simplifiée (SAS) ou encore d'une Société anonyme (SA), composée de deux associés, un professionnel du droit, disposant d'une vue acérée de la sphère médicale et des questions juridiques y afférentes et un médecin, disposant de connaissances juridiques. Pour bénéficier des services de ce Pôle, les médecins devaient faire acte d'adhésion et, à ce titre, verser une cotisation. Dans cette hypothèse, le Pôle médecine et droit ne serait plus un service offert à l'ensemble des médecins mais une prestation de services.

739. Au regard de ces différentes hypothèses, le Pôle droit et médecine peut donc être confié, d'une part, à une structure préexistante, le Conseil régional de l'Ordre des médecins ou un Centre hospitalier universitaire, ou, d'autre part, être créé à l'initiative de personnes privées. Dès lors, il convient de préciser les missions de ce Pôle.

B. PROPOSITION D'OUTILS JURIDIQUES ACCESSIBLES AU CORPS MÉDICAL

740. Nous proposons la mise en place d'un service d'informations et de conseils juridiques (1), la publication d'une revue juridique (2) et le développement d'une ressource juridique électronique (3).

1. Un service d'informations et de conseils juridiques

741. Le médecin nécessite des conseils juridiques, au quotidien. En effet, le professeur Gérard Mémeteau rappelle, à juste titre, que « *l'on ne s'improvise pas constructeur de ces structures, rédacteur de ces conventions et, même lorsqu'on se croit un peu juriste par état ou par vocation, l'on tremble encore en y mettant la main, tant l'on en devine les pièges, tant l'on en redoute l'erreur* »[2501].

Dans un premier temps, à l'instar du dispositif Ecoute, Conseil, Orientation (E.C.O) créé par l'URPS Médecins du Nord-Pas de Calais[2502], nous proposons la mise en place, au sein du Pôle médecine et droit, d'un service d'informations et de consultations juridiques, destiné à l'ensemble des médecins, libéraux, hospitaliers et salariés. D'une part, la fonction informative de ce service consiste à écouter et qualifier le problème du médecin afin de lui porter assistance dans ses démarches ou de l'orienter vers une personne ressource. Il peut s'agir, par exemple, de lui transmettre un texte législatif ou réglementaire relatif à une problématique juridique ou encore de lui décrire une procédure juridique. D'autre part, la fonction de consultation juridique est strictement encadrée par la loi du 31 décembre 1971[2503], qui réserve cette activité aux seuls titulaires d'une maîtrise de droit c'est-à-dire d'un Master I. Il s'agit de fournir au médecin une solution juridique au problème soulevé, au regard d'une analyse juridique de sa situation.

[2501] G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 149.
[2502] *Supra* n°566 à 577.
[2503] Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JO* du 5 janvier 1972, p. 131.

Par ailleurs, ce service n'est pas concurrentiel à l'activité des avocats puisque sont exclues des prérogatives de ce Pôle les procédures contentieuses. En outre, ce service n'empiète pas sur les missions des Ordres des médecins, garants de la déontologie de la profession. Enfin, ce service est différent de celui que pourrait proposer un syndicat médical puisque le traitement des questions à caractère politique ou syndical n'entre pas dans le champ de ses missions.

Ce service aura pour ambition de répondre aux médecins, quel que soit leur mode d'exercice, dès lors qu'ils sont confrontés à un problème juridique dans le cadre de leur exercice professionnel. La réponse fournie au médecin doit, certes, être documentée au regard des textes législatifs et réglementaires et de la jurisprudence. Toutefois, afin que le médecin puisse s'approprier cette réponse, il convient de la vulgariser. Chaque année, le pôle médecine et droit effectuera un bilan portant sur l'ensemble des questions des médecins ce qui lui permettra de déterminer les sujets juridiques sur lesquels il est pertinent de communiquer l'année suivante. Ce bilan constituera un observatoire des questions juridiques des médecins libéraux, hospitaliers et salariés permettant d'orienter les actions de sensibilisation et de prévention, au regard de certains risques juridiques.

A l'instar de Jean-Henri Soutoul, nous considérons que « *dans cette anticipation des risques possibles encourus par les médecins praticiens, les informations et les conseils reçus de juristes du droit médical* […] *seront précieux pour envisager une stratégie visant à diminuer les poursuites en responsabilité des médecins* »[2504].

2. <u>Une revue juridique destinée aux médecins</u>

742. Nous proposons également la publication d'une revue en droit médical destinée aux médecins. Il nous apparaît que « *l'écrit a été et demeure le principal support de la diffusion de la connaissance, en cette discipline comme en toutes les autres* »[2505]. En effet, « *l'écrit s'est* […] *au cours des siècles acquitté de cette mission, "conservatoire" et "proclamatoire", compliquée en l'occurrence par le renouvellement constant de la matière concernée* »[2506].

[2504] J.-H. Soutoul, « Jurisprudence, pourquoi pas médicoprudence ? », *op. cit*.
[2505] G. Mémeteau, « La formation en droit médical », *op. cit.*, p. 158.
[2506] J.-D. Mellot, *Histoire et civilisation du livre - Revue internationale. Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen-âge à nos jours*, Genève, Librairie Droz, 2005, vol. 1, p. 210.

La presse constitue le premier vecteur d'information pour le corps médical. Ainsi une étude menée en 2005 par Ipsos-Média souligne que « *le nombre moyen de titres lus par les médecins est de 3,5* ». Elle ajoute que « *34 % des médecins consacreraient entre 1 heure et 2 heures par semaine à la lecture de la presse médicale, 22 % y consacrant 2 heures et plus* »[2507]. Si les médecins accordent donc une grande place à la presse écrite, il convient cependant de susciter leur intérêt à la lecture d'une presse juridique.

743. Dans un premier temps, nous proposons de décliner cette nouvelle revue en trois revues spécialisées à destination des médecins libéraux, des médecins hospitaliers et des médecins salariés, au regard notamment des différences de régimes de responsabilité médicale. D'autre part, pour chaque mode d'exercice, nous proposons de délivrer mensuellement des informations juridiques générales utiles à l'ensemble des médecins (devoir d'information, infections nosocomiales, consentement aux soins) ainsi qu'un dossier spécifique à une spécialité. Cette revue pourrait être composée d'une actualité juridique, d'un point sur un sujet juridique, d'une analyse d'une jurisprudence ou d'une expertise médicale, d'une information pratique et d'une rubrique relative aux questions des médecins. Le choix des sujets juridiques traités dans cette revue peut être inspiré par des questions reçues par le service d'informations juridiques. Enfin, à l'instar de la lettre juridique créée par l'URPS Médecins Nord-Pas de Calais et, à la différence d'autres revues juridiques, le message juridique, à destination de médecins profanes en la matière, doit être simple et concis. Il doit être vulgarisé sans nécessairement « *perdre en rigueur et en substance* »[2508]. Les sujets doivent donc nécessairement être choisis par un professionnel du droit et un médecin, ce dernier pouvant cibler les intérêts des médecins. De même, le comité de relecture doit être composé de médecins et de juristes qui veilleront à la compréhension des articles.

[2507] P.-L. Bras, P. Ricordeau, B. Roussille, V. Saintoyant, *L'information des médecins généralistes sur le médicament*, rapport n°RM2007-136P, septembre 2007, p. 148.
[2508] A. Poulantzas, « La vulgarisation philosophique : pour ou contre ? », *op. cit.*

3. Une ressource juridique électronique

744. Si *Internet* est devenue une source incontournable d'informations, trouver une information juridique fiable est une tâche ardue. Dans le domaine médical, un constat similaire a été opéré. En effet, le volume d'informations médicales est croissant et les données médicales sont hétérogènes. A cet effet, le Catalogue et index des sites médicaux francophones (CISMeF), portail spécifique au domaine médical, a pour objectif « *d'assister les professionnels dans leurs quêtes d'informations et de connaissances électroniques disponibles sur Internet* ».

745. De la même manière, face à une pléthore d'informations et de sites juridiques, le médecin peine à évaluer la qualité des données juridiques qui y sont présentées. A ce titre, il nécessite une ressource électronique juridique documentée et fiable. A ce titre, nous proposons la création d'un portail juridique spécifique au droit médical. D'une part, ce portail assistera les médecins dans leurs recherches d'informations juridiques en recensant les sites juridiques fiables, eu égard à la validation *a priori* des informations qu'ils publient. D'autre part, ce site proposera aux médecins une bibliothèque de fiches juridiques rédigées par des juristes en droit médical. Cette documentation, régulièrement mise à jour, doit permettre une information juridique fiable, documentée et simplifiée. Ce portail sera destiné à l'ensemble des médecins. Toutefois, il est envisageable de créer des rubriques dédiées aux exercices libéral, hospitalier et salarié, pour répondre à des besoins spécifiques.

746. La mise en œuvre d'un dispositif de formation juridique adapté à la pratique du médecin et la création d'un Pôle médecine et droit nous semblent revêtir les conditions de libération du médecin.

Conclusion du second chapitre

747. L'analyse des entretiens semi-directifs nous a permis de saisir le discours des médecins sur leur formation initiale et continue. Les médecins ont ainsi exprimé le caractère contraignant que revêt la médecine, en évoquant notamment une bureaucratisation de la fonction de médecin. Loin d'envisager les contraintes comme des éléments figés intégrés à leur pratique, les médecins, conscients que le droit est incontournable dans leur pratique, ont exprimé leur volonté d'exercer la médecine à moindre risque. A cet effet, nous avons pu appréhender leur conception de la formation juridique qu'ils pensent nécessaire à un exercice serein de la médecine.

748. Au regard de ces entretiens semi-directifs et d'une revue de la littérature, nous avons formulé des propositions d'accompagnement juridique du médecin dans son exercice médical quotidien. Nous avons ainsi relevé la nécessité d'intégrer des enseignements juridiques adaptés à l'exercice médical, dans le cadre de la formation initiale et continue. Il est acquis que le droit fait partie intégrante de leur exercice. Il nous a alors semblé nécessaire de concevoir des outils juridiques comme autant d'aides à la décision. La mise en place d'un Pôle médecine et droit nous semble dépasser le clivage droit-médecine. En effet, par une alliance constructive, médecins et juristes peuvent trouver un point de rencontre, au regard de conseils et d'informations juridiques.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

749. Nous avons envisagé l'approche du droit par le médecin comme une condition de sa libération. Nous avons ainsi considéré que l'ignorance du droit par le médecin, confortée par une pauvreté d'enseignements juridiques dans la formation initiale et continue, doit conduire à rechercher un paradigme d'accompagnement juridique du médecin. Dès lors, nous avons choisi de recourir à la technique des entretiens semi-directifs, issue de la sociologie. Nous avons ainsi pu saisir le discours des médecins sur le rapport qu'ils entretiennent au droit. Conscients que leur formation initiale et continue ne prépare pas à être confrontés à des problématiques juridiques, ils ont exprimé leur idée de la formation juridique qu'ils estiment nécessaire à leur exercice médical.

750. Nous avons pris en considération les résultats de ces entretiens afin de rechercher un paradigme d'accompagnement juridique du médecin. Il nous a semblé pertinent que les programmes de formation initiale et continue doivent intégrer des enseignements juridiques. Si le savoir juridique demeure l'apanage des professionnels du droit, les médecins nécessitent de disposer de connaissances juridiques afin que le droit leur apparaisse comme un outil juridique à intégrer dans leur exercice quotidien.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

751. Face à l'invocation de la juridicisation et de la judiciarisation de la médecine, nous sommes partis à la recherche de la guérison c'est-à-dire de déterminer les conditions dans lesquelles le médecin entretient un rapport satisfaisant au droit.

Dans un premier temps, nous avons envisagé la voie de l'alternative au conflit. Le droit positif a encouragé l'introduction de modes alternatifs au règlement des conflits qui permettent un équilibre entre les intérêts divergents des parties. La résolution amiable du conflit est un puissant rempart contre le règlement judiciaire du conflit. Nous avons envisagé la conciliation, la médiation et la convention de procédure participative comme des tentatives de résolution amiable des conflits. Puis, nous avons présenté la transaction et l'arbitrage, procédés définitifs de résolution amiable du conflit. Appliquée au domaine médical, la résolution amiable protège le médecin du procès. La crainte d'une médecine judiciarisée trouve alors son apaisement par le compromis. La conciliation interne aux établissements de santé et le disposition de conciliation et règlement amiable destiné à l'ensemble des médecins constituent des alternatives à une procédure contentieuse. L'Ordre des médecins, au travers de la conciliation ordinale ou de l'arbitrage ordinal, et l'Assurance maladie, par la procédure précontentieuse devant la Commission de recours amiable, la conciliation dans le cadre d'un refus de soins ou la procédure de mise sous accord préalable, nous sont apparus comme initiateurs de procédures de règlement amiable, préalables obligatoires avant toute procédure contentieuse.

Mais la voie de l'alternative au conflit ne peut suffire à constituer un remède aux maux dont souffre le corps médical. La résolution amiable ne peut convenir à tous les litiges. En outre, elle ne peut être une voie de guérison au phénomène de juridicisation de la médecine. Nous avons donc envisagé une seconde voie de guérison, la voie de la pédagogie. Le renforcement de l'accessibilité physique à la production normative et la relance de la codification répondent à une exigence d'une meilleure accessibilité au droit médical. La motivation de la décision de justice et l'usage des *Obiter dicta* et des opinions séparées favorisent l'éclaircissement de la règle prétorienne. Eu égard à la technicité et au caractère juridique de ces différents procédés, nous ne sommes pas parvenus à notre objectif de

pédagogie. Ils contribuent cependant à la connaissance du droit ce qui a justifié de nous intéresser aux conditions de transmission de l'information juridique aux médecins.

Nous avons mis en évidence que la transmission de l'information juridique est monopolisée par les professionnels du droit. Les sites de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel développent des supports de communication, tels que des communiqués de presse, afin de permettre une meilleure lisibilité du droit. D'autre part, les compagnies d'assurance et les revues juridiques spécialisées transmettent aux médecins de l'information juridique. Nous avons, cependant, atténué notre propos par la présentation de ressources juridiques développées par des non professionnels du droit, les syndicats médicaux et l'institution ordinale. L'information juridique transmise par des médecins aux médecins trouve pourtant son paroxysme dans une expérimentation de cellule juridique, initiée par l'URMEL Nord-Pas de Calais, devenue URPS Médecins libéraux.

752. Ces deux voies de guérison, l'alternative au conflit et la pédagogie, ne permettent pas au médecin de se détacher de sa vision contraignante du droit puisque subsiste le problème de son ignorance en cette matière juridique. C'est pourquoi, afin de substituer à une vision coercitive du droit une vision libératrice, nous avons envisagé le droit comme une ressource nécessaire à la pratique médicale. Ainsi, il nous a été permis d'évaluer la place du droit dans la formation actuelle du corps médical. Qu'il s'agisse de notre état des lieux de la formation initiale ou de la formation continue, il s'avère que les enseignements juridiques constituent une portion congrue de la formation du médecin. Notre regard porté sur des expériences étrangères a, toutefois permis de mettre en évidence cet intérêt croissant pour la discipline juridique, eu égard aux programmes contenant des enseignements en droit. La faiblesse des enseignements juridiques constitue un frein à l'approche du droit par le corps médical. Aussi avons-nous envisagé de définir un paradigme d'accompagnement juridique du médecin, au regard d'entretiens semi-directifs menés auprès de praticiens libéraux et hospitaliers et d'une revue de la littérature. D'une part, il est apparu nécessaire d'intégrer des enseignements juridiques dans le cadre de la formation initiale et continue du médecin. D'autre part, nous avons proposé la création d'un Pôle médecine et droit qui offrirait aux médecins des ressources juridiques, comme autant d'aides à la décision, à intégrer dans leur exercice professionnel.

CONCLUSION GÉNÉRALE

753. Au terme de notre étude, nous pouvons affirmer que la médecine n'échappe pas à l'emprise du droit, instrument de régulation sociale. Certes, l'édiction de règles juridiques s'avère nécessaire, eu égard aux insuffisances de l'éthique et de la déontologie. Ainsi, le droit médical, encadrement juridique de l'activité médicale, se nourrit de différentes disciplines juridiques. Il trouve également sa source dans la jurisprudence et la doctrine. Mais cette régulation nécessaire laisse place à une immixtion excessive du droit, dénoncée par le discours d'une juridicisation de l'activité médicale. En attestent la normalisation de l'activité médicale et le recours dévoyé à la loi, pourvoyeurs d'une hypertrophie normative. Cette juridicisation n'est pas sans conséquences. Elle exerce une force inhibitrice sur l'activité médicale. Ainsi, la « *sollicitation croissante du droit* »[2509] dans le domaine médical est source d'instabilité et d'incertitude du droit qui placent le médecin dans une insécurité juridique. Face à cet impérialisme juridique, le médecin établit une distance entre sa pratique et les règles en vigueur et met en œuvre des formes de résistance au droit, en guise de contestation.

754. La norme juridique est également source de contentieux. La représentation judiciarisée de la médecine naît de scandales de santé publique et de l'émergence du problème assurantiel. Si notre analyse des données chiffrées des compagnies d'assurance et du Conseil national de l'Ordre des médecins infirme l'hypothèse d'une condamnation croissante des praticiens, la crainte d'un procès médical participe, sans conteste, à la redéfinition de la pratique médicale. La menace d'un risque judiciaire amène les praticiens à jouer un rôle prépondérant dans la prévention des risques médicaux. Face aux risques incertains, le médecin fait également application du principe de précaution, notamment dans l'élaboration de son diagnostic et dans le choix des thérapeutiques. Mais le recours abusif à ce principe, loin de réduire le risque judiciaire, peut, au contraire, le favoriser, par l'arrêt de la pratique de certains actes ou la multiplication d'actes non justifiés médicalement.

755. Le corps médical souffre donc d'une pathologie juridique qu'expriment les discours sur la juridicisation et la judiciarisation de la médecine. Il est apparu pertinent d'y remédier en favorisant la guérison c'est-à-dire en déterminant les conditions dans lesquelles le médecin

[2509] F. de Coninck, Y. Cartuyvels, A. Franssen *et al.*, *Aux frontières de la justice, aux marges de la société*, *op. cit*

peut entretenir un rapport satisfaisant au droit. Le recours aux modes alternatifs de résolution du conflit est apparu comme une première voie de guérison. Ils participent à la création d'une forme de régulation sociale déjudiciarisée. La résolution amiable est un rempart contre le risque judiciaire qui, dans le domaine médical, protège le médecin du procès. Elle permet l'équilibre entre les intérêts divergents des parties, fondement de la paix sociale. Mais le recours aux procédés de résolution amiable du conflit ne peut suffire à la guérison. Tous les litiges ne peuvent trouver une voie amiable. D'autre part, elle ne peut constituer une voie de guérison à la juridicisation de la médecine.

756. L'usage d'outils pédagogiques s'est imposé comme une seconde voie de guérison. L'action pédagogique développée autour de la norme juridique permet de faciliter la compréhension du droit applicable à l'activité médicale. Notre regard sur la codification dans le domaine de la santé a mis en exergue que le Code de la santé publique constitue un utile instrument d'accès au droit. En s'adaptant constamment à l'évolution des mœurs et des différentes techniques médicales, il permet de rendre compte des évolutions en la matière. Cependant, le recours à certaines techniques didactiques pour faciliter la lisibilité et la clarté d'une décision prétorienne, telles que les *Obiter dicta* ou les opinions séparées, trouve un intérêt limité pour le médecin, eu égard à leur caractère éminemment juridique et leur spécificité technique. La transmission de l'information juridique demeure majoritairement l'apanage des professionnels du droit, ce qui constitue un obstacle à l'intelligibilité du droit. Ainsi, les communiqués du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, malgré leur volonté didactique, s'adressent davantage à un public averti. Mais l'information juridique relayée par certains institutions regroupant des médecins, les syndicats médicaux et l'institution ordinale, atteste que le droit est aussi l'affaire des médecins. L'expérience d'une cellule juridique menée par l'URPS médecins Nord-Pas de Calais a retenu notre attention. Elle a pour objectif de sensibiliser les médecins libéraux au droit, par une information juridique simplifiée. A ce titre, elle revêt un caractère pédagogique.

757. Ces deux voies de guérison, le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits et l'usage de procédés pédagogiques, se sont avérées insuffisantes. En effet, l'ignorance du droit ne permet pas au médecin d'envisager le droit autrement que sous un angle coercitif. Notre objectif de parvenir à une vision libératrice du droit n'étant pas atteint, il nous a fallu déterminer le moyen de se détacher définitivement d'une vision contraignante du droit. Alors même que la réglementation juridique intervient dans des domaines de

l'activité médicale où elle n'existait pas auparavant et que les règles juridiques préexistantes se densifient dans leur contenu, le médecin ne détient pas les outils nécessaires pour appréhender cet environnement juridique. L'approche du droit par le médecin est une condition de sa libération. Le droit, loin de constituer une entrave à l'exercice médical, constitue une ressource dans l'action, à intégrer dans l'exercice professionnel quotidien. A ce titre, nous avons envisagé de porter notre regard sur la formation initiale et continue. Le médecin doit adapter ses connaissances et ses compétences au cours de sa vie professionnelle. Notre analyse a permis de mettre en évidence la pauvreté des enseignements juridiques, à la différence d'autres pays tels que le Canada. Le droit médical ne tient pas de place particulière dans la formation médicale, alors même que le médecin est régulièrement confronté à des situations médicales qui interpellent le droit. La prédominance des enseignements cliniques constitue indéniablement un frein à l'approche du droit par le médecin.

758. Face à ce constat, il s'est avéré nécessaire de parvenir à la définition d'un paradigme d'accompagnement juridique du médecin. L'ouverture vers la sociologie a permis de recueillir le plus fidèlement possible le discours de huit médecins, libéraux et hospitaliers, par la conduite d'entretiens semi-directifs. L'analyse de leurs discours a mis en évidence leur volonté d'exercer la médecine, au moindre risque juridique, par le bénéfice d'une formation en droit. Il nous a été permis d'appréhender leur conception de cette formation qu'ils pensent nécessaire à un exercice serein de la médecine. Sur la base de ces entretiens et d'une revue de la littérature, nous avons formulé des propositions en matière d'accompagnement juridique du médecin. D'abord, il est nécessaire d'intégrer des enseignements juridiques adaptés à l'exercice médical, dans le cadre de la formation initiale et continue. Ensuite, la création d'un Pôle médecine et droit doit permettre de proposer aux médecins des outils pédagogiques comme autant d'aides à la décision, dans l'exercice quotidien.

759. Ces réflexions conclusives ne peuvent refléter l'intégralité des apports de ce travail de recherche. Cependant, nous pouvons affirmer que, sans nul doute, la mobilisation des sciences humaines et sociales fait œuvre d'originalité dans une thèse en droit public. En privilégiant une approche interdisciplinaire, nous avions pour dessein de formuler des préconisations proches de la réalité vécue par le corps médical. Si des pistes ont été ouvertes, il conviendra de poursuivre leur analyse, envisager leur expérimentation et suivre leur mise en œuvre pratique, afin que notre paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine devienne une référence.

TABLE DES ANNEXES

Annexe I. Liste non exhaustive des sujets juridiques sollicités par les médecins libéraux de la région nord-pas de calais 541

Annexe II. Sommaire des lettres juridiques de l'URPS Médecins libéraux Nord-Pas de Calais 545

Annexe III. Sommaire des fiches juridiques BIBLIO'URPS de l'URPS Médecins libéraux Nord-Pas de Calais 551

Annexe IV. Enquête sur le programme de la PACES dans les universités de médecine, dans le cadre de l'unité d'enseignement 7 « Santé, Société et Humanité », France, juin 2012 559

Annexe V. Enquête sur le programme de la L2 dans les universités de médecine, France, juin 2012 561

Annexe VI. Enquête sur le programme de la DCEM1 dans les universités de médecine, en France, juin 2012 563

Annexe VII. Enquête sur le programme de la DCEM2 dans les universités de médecine, France, juin 2012 565

Annexe VIII. Enquete sur le programme de la DCEM3 dans les universités de médecine, France, juin 2012 567

Annexe IX. Enquête sur le programme de la DCEM4 dans les universités de médecine, France, juin 2012 569

Annexe X. Résultats d'une enquête auprès de 400 organismes agréés FMC, France, septembre 2010 571

Annexe XI. Liste des diplômes de troisième cycle spécialisé en droit médical, France, juin 2012 573

Annexe XII. Guide d'entretien 577

Annexe XIII. Retranscription des entretiens semi-directifs 579

Annexe I

Liste non exhaustive des sujets juridiques sollicités par les médecins libéraux de la région Nord-Pas de Calais

(Enquête URPS Médecins libéraux, 2006)

Diagnostic, traitement et suivi

- Le retard dans le diagnostic
- L'erreur ou la faute de diagnostic
- La responsabilité des actes prescrits et non réalisés
- La responsabilité du médecin en matière d'effets iatrogènes
- La sortie contre avis médical
- L'information du patient sur les effets secondaires possibles de certaines molécules

Refus

- Refus de prise en charge du patient CMU
- Le suivi du patient non observant

Pratique médicale

- Les conseils médicaux téléphoniques : quelles implications ?
- La prescription d'un arrêt de travail
- Les difficultés d'obtenir des retours de l'hôpital (qui est responsable ?)
- L'archivage des dossiers médicaux
- L'obligation d'information du patient (étendue et responsabilités)
- Les infections nosocomiales en cabinet de ville
- Le risque de procès en cas de cicatrices suite à une suture
- La responsabilité du médecin face aux substitutions des pharmaciens

Certificats

- Les obligations en matière de certificats notamment chez les enfants
- Le certificat médical dans le cadre d'un divorce
- Les certificats médicaux et le sport : quelle valeur ?
- Les certificats pour les sports particuliers (parachutisme, plongée)
- Le certificat de décès
- Les certificats à la demande d'une société d'assurance
- Le certificat à la demande d'un ayant droit

Les ressources humaines

- Les relations entre le médecin et le personnel du cabinet médical
- Le licenciement économique
- La rupture conventionnelle

- Le DIF du salarié
- L'arrêt pour longue maladie d'un salarié

Le médecin et ses interlocuteurs

- Les relations entre le médecin et les sociétés d'assurance
- Les questionnaires des assurances après le décès d'un patient
- Le secret médical dans les tribunaux ou face à la police
- Les relations avec la CARMF
- La procédure de recouvrement de l'URSSAF

FMC / EPP

- La FMC : obligations et sanctions disciplinaires
- L'enregistrement DPC

Les recommandations

- La valeur juridique et l'opposabilité des recommandations médicales de la HAS
- L'opposabilité des recommandations des caisses d'assurance maladie

Annexe II

Sommaire des lettres juridiques de l'URPS Médecins libéraux Nord-Pas de Calais

Lettre juridique n°1 (juillet/août 2007)

- Permanence des soins
- L'archivage du dossier médical
- Les soins aux mineurs
- Les certificats médicaux d'absence scolaire

Lettre juridique n°2 (septembre/octobre 2007)

- La continuité des soins
- Le fonctionnement des CRCI
- La responsabilité pénale
- Honoraires et situation conventionnelle du médecin

Lettre juridique n°3 (novembre/décembre 2007)

- La cotation des actes médicaux
- Les CRCI et la procédure
- Retard de diagnostic ?
- Examen des caractéristiques génétiques à des fins médicales : que disent les textes ?

Lettre juridique n°4 (janvier/février 2008)

- Permanence des soins
- L'expertise médicale judiciaire
- Erreur ou faute de diagnostic ?
- Stérilisation à visée contraceptive à l'aune de la loi du 4 juillet 2001

Lettre juridique n°5 (mars/avril 2008)

- Statut du fœtus né sans vie
- L'expertise médicale judiciaire
- Perte de chance de survie : « Paradis des juges incertains » ?
- Médecin traitant remplacé au sein d'un même cabinet

Lettre juridique n°6 (mai/juin 2008)

- Des médecins libéraux qui en contrôlent d'autres... au service de l'Assurance Maladie !
- Le Code de la Santé Publique, 50 ans après
- Fin de vie ...Y'a-t-il un après Léonetti ?
- Accident d'Exposition au sang (AES) : nouvelles modalités

Lettre juridique n°7 (juillet/août 2008)

- Conciliation de l'Assurance Maladie : extension du champ de compétences
- Observance thérapeutique, contours juridiques et limites
- Refus de soins et information des risques encourus
- Transmission électronique des certificats de décès

Lettre juridique n°8 (hors série septembre/octobre 2008)

Le décès du médecin

Lettre juridique n°9 (novembre/décembre 2008)

- Le médecin libéral face aux juridictions civile, pénale et disciplinaire
- La maternité pour autrui
- Faute d'un praticien hospitalier dans le cadre de son activité libérale

Lettre juridique n°10 (janvier/février 2009)

- Vaccin contre l'hépatite B et sclérose en plaques
- Quand médecin et clinique « divorcent »...
- Médicament d'exception

Lettre juridique n°11 (mars/avril 2009)

- Création du Pôle Santé et sécurité des soins
- Y a-t-il un médecin dans l'avion ?
- Clause de non réinstallation
- Rupture conventionnelle...nouveau mode de rupture de contrat de travail

Lettre juridique n°12 (mai/juin 2009)

- « Harcèlement moral » au travail
- Le recours à un tiers compétent : obligation ou possibilité ?
- Votre pouvoir médical s'exporte-t-il ?

Lettre juridique n°13 (juillet/août 2009)

- Fermeture des copropriétés : quels accès au cabinet médical ?
- L'accessibilité du cabinet médical. Quelle responsabilité ?
- Sonorisation musicale votre salle d'attente

Lettre juridique n°14 (septembre/octobre 2009)

- Les urgences sanitaires, quelles mesures ?
- Dépistage de la trisomie 21

Lettre juridique n°15 (hors série novembre/décembre 2009)

Les certificats médicaux « les 10 commandements »

Lettre juridique n°16 (janvier/février 2010)

- La coopération entre professionnels de santé sort du cadre expérimental...
- L'hospitalisation sous contrainte, entre sécurité et liberté...
- Quand la faute de la victime exonère le médecin de sa responsabilité
- Vaccination HPV et consentement des parents

Lettre juridique n°17 (mars/avril 2010)

- La responsabilité du médecin libéral agissant dans un réseau de santé
- Maltraitance à enfant et signalement
- Transmission du dossier médical d'un patient décédé

Lettre juridique n°18 (mai/juin 2010)

- Le cabinet médical, lieu public ou privé ?
- Quand l'assurance n'assure plus... !
- Le certificat, toujours le certificat... !

Lettre juridique n°19 (juillet/août 2010)

- Touche pas à mes biens personnels !
- La personne de confiance
- Eliminer les DASRI sans risques juridiques
- Vous avez dit excès de vitesse... ?

Lettre juridique n°20 (septembre/octobre 2010)

- Les directives anticipées
- Valeur juridique des recommandations de bonnes pratiques
- Cessation d'activité, que devient votre personnel

Lettre juridique n°21 (novembre/décembre 2010)

- Maisons et pôles de santé : Y a-t-il un pilote dans l'avion ?
- L'« impréparation » d'un patient, préjudice indemnisable en cas de défaut d'information ?
- Quand l'engagement ne suffit plus...

Lettre juridique n°1 (janvier/février 2011)

- Un nouveau pouvoir des CPAM
- L'exercice des médecins libéraux en copropriété
- Infections nosocomiales : responsabilité d'une société civile de moyens (SCM) ?
- Contrats successif d 'assurance : qui garantit le médecin ?
- Signaler ou informer ?

Lettre juridique n°2 (mars/avril 2011)

- Dissimuler son état de santé... Au revoir l'indemnisation !
- La prise en charge des patients en ALD, c'est pas automatique !...
- Nouveauté : les contrats sous forme électronique
- Confirmation de faits connus : chut...
- Communiquez vos mouvements de titres...
- Le bail d'une SCM de professionnels libéraux est-il soumis au statut des baux professionnels ?

Lettre juridique n°3 (mai/juin 2011)

- Révision de la procédure de mise sous accord préalable
- Les suites d'une plainte pour agression

- Quand le dossier médical contient des informations sur des tiers
- L'usage du titre de psychothérapeute

Lettre juridique n°4 (juillet/août 2011)

- Les soins psychiatriques depuis la loi du 5 juillet 2011
- Le point sur la CRCI
- Priver d'une fin de vie meilleure et moins douloureuse peut-il engager votre responsabilité ?
- Le Droit Individuel à la Formation

Lettre juridique n°5 (septembre/octobre 2011)

- Projet de loi relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé
- La loi « Fourcade » et vous... (Dossier spécial)
- Benfluorex : demande de certificat et accès au dossier médical

Lettre juridique n°6 (novembre/décembre 2011)

- Rédiger un certificat médical... c'est pas automatique !
- Le point sur la nouvelle « loi bioéthique »
- Hébergement des données de santé : Vos droits et obligations

Lettre juridique n°7 (janvier/février 2012)

- Bonne année 2012, bon DPC !
- Le point sur le certificat de non contre-indication au sport
- La discrimination par l'organisation d'une plage de consultation / La transmission des informations médicales
- Imposition des cabinets médicaux de groupe : Les changements

Lettre juridique n°8 (mars/avril 2012)

- Revalorisation des honoraires médicaux
- Le point sur la réforme de l'assurance obligatoire des praticiens
- Produits défectueux : Quelle est votre responsabilité ?
- Prescription hors AMM : Attention aux nouvelles règles !

Lettre juridique n°9 (mai/juin 2012)

- L'arrivée du dossier unique en EHPAD
- La conservation et l'utilisation du cordon ombilical
- Notre dossier sur le médecin libéral face à la gestion du personnel
- Bientôt les vacances estivales….et si vous aviez recours à un médecin remplaçant ?

Lettre juridique n°10 (été 2012)

- Florilège d'informations pratiques

Lettre juridique n°11 (septembre/octobre 2012)

- Ordonnance périmée : le pharmacien peut renouveler le traitement !
- Le point sur l'archivage du dossier médical

- Une erreur de diagnostic…fautive ! (Cass. 1ère civ., 5 avril 2012, n°11-14.856)
- Accréditation : bénéficiez d'une prise en charge partielle de votre assurance RCP

Lettre juridique n°12 (novembre/décembre 2012)

- Comment apporter la preuveen matière d'obligation d'information ?
- Le point sur les soins aux mineurs
- Embauche d'un demandeur d'emploi : et si vous bénéficiez d'aides à la formation ?

Annexe III

Sommaire des fiches juridiques BIBLIO'URPS de l'URPS Médecins libéraux Nord-Pas de Calais

GÉNÉRALITÉS

F5 – Le point sur les franchises médicales

F42 - Le Code de la santé publique, 50 ans après…

F131 - Etre assisté d'un avocat, oui mais comment ?

F139 – Transfert de biens, droits et obligations de l'URMEL vers l'URPS Médecins

F202 – Note relative à la loi « Fourcade »

ÉTHIQUE ET DÉONTOLOGIE

F1 – Troubles cognitifs et démarches légales

F36 – Stérilisation à visée contraceptive

F37 – Statut du fœtus né sans vie

F43 – Fin de vie : y a-t-il un après Léonetti ?

F46 – Observance thérapeutique : contours juridiques et limites

F50 – La maternité pour autrui

F64 – Le mandat de protection future

F90 – Hospitalisation des malades psychiatriques

F102 – La notion de vulnérabilité

F103 – La certificat médical, le préalable à l'application d'un régime de protection

F104 – La curatelle

F105 – La tutelle

F106 – La sauvegarde de justice

F112 – Hospitalisation sous contrainte, entre sécurité et liberté…

F118 – La personne de confiance

F121 – Les directives anticipées

F181 – Les soins psychiatriques depuis la loi du 5 juillet 2011

EXERCICE MÉDICAL

* Certificats médicaux*

CM01 – Demandes de certificats médicaux en milieu scolaire

CM02 – Certificat de non contre-indication au sport

F109 – Certificats médicaux : les dix commandements

<u>* Exercice au quotidien*</u>

F6 - Retard de transfert vers un médecin spécialiste

F7 - Compensation d'honoraires en cas de rendez-vous manqué ?

F25 – La continuité des soins

F32 – Examen des caractéristiques génétiques

F40 – Le médecin traitant remplacé au sein d'un même cabinet

F48 – Transmission électronique du certificat de décès

F55 – Prescription des transports en ambulance

F56 – Vol, perte ou falsification d'ordonnances

F57 – Vol au sein d'un cabinet médical

F60 – Prescription hors Autorisation de Mise sur le Marché (AMM)

F61 – Droit de présentation à clientèle et plus values

F63 – Réquisition médicale dans le cadre d'une garde à vue

F76 – Vaccin contre l'hépatite B et sclérose en plaques

F83 – Votre pouvoir s'exporte-t-il ?

F84 – Caducée et stationnement

F174 – Mort suspecte et constat de décès

F198 – Les suites d'une plainte pour agression

<u>* Le médecin et son patient *</u>

F2 - Médecins et signalement des actes de maltraitance

F11 – L'accès au dossier médical : quelques précisions

F15 – Certificat médical et harcèlement moral

F16 – Harcèlement moral / accident du travail / maladie professionnelle

F21 – Protection de l'enfance

F23 – L'archivage du dossier médical

F24 – Les soins aux mineurs

F28 – Information aux patients : honoraires et situation conventionnelle du médecin

F53 – Communication du dossier médical d'une personne décédée

F54 – Certificats médicaux d'absence scolaire

F58 – Refus du médecin libéral de voir un patient

F71 – Transmission du dossier médical d'un patient décédé

F88 – Refus de soins et code de la consommation

F89 – Levée du secret médical

F91 – Harcèlement moral au travail

F92 – Soins aux mineurs et contraception

F95 – Nord - Pas De Calais - Maltraitance à enfant : qui contacter ?

F95 – Bourgogne - Maltraitance à enfant : qui contacter ?

F95 – Bretagne - Maltraitance à enfant : qui contacter ?

F95 – Basse Normandie - Maltraitance à enfant : qui contacter ?

F95 – Languedoc-Roussillon - Maltraitance à enfant : qui contacter ?

F95 – PACA - Maltraitance à enfant : qui contacter ?

F95 – Picardie - Maltraitance à enfant : qui contacter ?

F95 – Rhône-Alpes - Maltraitance à enfant : qui contacter ?

F100 – Dépistage de la Trisomie 21

F107 – Le droit à l'information médicale et consentement des personnes protégées

F114 – Vaccination HPV et consentement des parents

F116 – Maltraitance à enfant et signalement

F125 – Rédaction d'un certificat de non contre-indication au sport

F171 – Contestation de la décision du médecin du travail

F175 – L'information préoccupante

F179 – Les soins aux mineurs

F199 – Quand le dossier médical contient des informations sur les tiers

<u>* Modalités d'exercice *</u>

F12 – Réquisition judiciaire

F18 – Clause de non concurrence

F22 – Le Collaborateur Occasionnel de Service Public (COSP)

F33 – Le financement de la permanence des soins

F59 – Statut de conjoint collaborateur libéral

F62 - Médecin collaborateur Libéral et Société Civile de Moyens (SCM)

F68 - Circuit du médicament en EHPAD

F69 – Maisons médicales pluridisciplinaires

F70 – Le Groupement de Coopération sanitaire (GCS)

F79 – Clause de non-réinstallation

F86 – Médecin coordonnateur en EHPAD et médecin traitant

F93 – Conditions d'autorisation d'exercice en SEL

F200 – L'usage du titre de psychothérapeute

F210 – Le statut du médecin collaborateur libéral

LE MÉDECIN ET LES ADMINISTRATIONS / INSTITUTIONS

* Le médecin et l'Assurance maladie *

F29 – C = CS : applicabilité ?

F41 – Assurance volontaire

F45 – Conciliation de l'assurance maladie : extension du champ de compétences

F64 – Commission d'inobservation des règles de la Sécurité Sociale

F73 – Nouvelle procédure de contrôle des arrêts de travail

F74 – Contrôle médical patronal

F81 – Médicament d'exception

F144 – Accréditation et aide à l'assurance RCP

F170 – Examens complémentaires en France pour un acte réalisé à l'étranger

F197 – Révision de la procédure de mise sous accord préalable

* Le médecin et les compagnies d'assurance *

F165 – Formulaires et certificats

F176 – Le médecin et les contrats d'assurance

* Le médecin et la CARMF *

F85 – Cessation d'activité pour invalidité

F87 – Cumul d'une activité libérale et retraite

F110 – Le départ en retraite du médecin

* Le médecin et l'URSSAF *

F133 – Le contrôle URSSAF et la portée de ses décisions

F137 – Procédures de contestation des décisions de recouvrement de l'URSSAF

* Le médecin et la Clinique *

F77 – Quand médecin et clinique « divorcent »…

ORGANISATION DU CABINET MÉDICAL

* Aménagement du cabinet *

F66 – Accessibilité aux personnes handicapées

F94 - Fermeture des copropriétés : quel accès au cabinet médical ?

F97 – Sonorisation musicale de votre salle d'attente

F98 – Normes techniques et accessibilité aux personnes handicapées

F119 – Caméra de surveillance en salle d'attente

*** Cessation d'activité ***

F126 – Cessation d'activité libérale et reprise d'une activité salariée

F127 – Cessation d'activité libérale et invalidité

*** Décès du médecin ***

F108 – Décès du médecin

F130 – La souscription du contrat de prévoyance décès obsèques

*** Fiscalité/Comptabilité/Patrimonialité ***

F3 – Crédit d'impôt pour les formations des dirigeants

F20 – Réforme du régime déclaratif spécial

F52 – Médecin et loi anti-cadeaux

F120 – Protection des biens personnels du médecin

F172 – Contrat de sous location de bail professionnel

*** Ressources humaines ***

F4 – Gratification des stages étudiants en entreprise

F17 – Affichages obligatoires dans les entreprises

F65 – Frais de transport des salariés

F80 – Rupture conventionnelle

F117 – La période probatoire

F123 – Cessation d'activité et devenir du cabinet médical

F124 – Le licenciement économique

F132 – La formation professionnelle

F135 – Plan de continuité d'activité (PCA) en cas de pandémie grippale

F140 – Stage interne en médecine générale

F166 – Les élections des délégués du personnel

F167 – Les heures supplémentaires

F177 – Le contrat de travail et la lettre recommandée électronique

F178 – Le licenciement pour motif personnel

F180 – Le reçu pour solde de tout compte

*** Prévention du risque ***

F44 – Les nouvelles modalités en cas d'accident d'exposition au sang

F67 – Pose de DIU au cabinet médical

F96 – Infections nosocomiales au cabinet médical : quelle responsabilité ?

F99 - Urgences sanitaires

F142 – Eliminer les DASRI sans risques juridiques

*** Formalités générales ***

F204 – Changement de lieu d'exercice

RESPONSABILITÉ

F13 – Responsabilité civile

F14 – Responsabilité pénale

F19 – Réforme de la prescription en matière civile

F26 – Le fonctionnement des CRCI

F27 – Responsabilité pénale / loi Fauchon

F30 – Les CRCI et la procédure d'indemnisation

F31 – Erreur de diagnostic

F34 – L'expertise médicale judiciaire (1)

F35 – Erreur ou faute de diagnostic ?

F38 – L'expertise médicale judiciaire (2)

F39 – La perte de chance de survie

F47 – Refus de soins et information des risques encourus

F49 – Le médecin libéral face aux juridictions civile, pénale et disciplinaire

F51 - Faute d'un praticien hospitalier dans le cadre de son activité libérale

F78 – Médecin dans l'avion

F82 – Recours à un tiers compétent : obligation ou possibilité ?

F101 – Coopération entre professionnels de santé

F111 – La coopération entre professionnels de santé sort du cadre expérimental

F113 – Quand la faute de la victime exonère le médecin de sa responsabilité…

F115 – La responsabilité du médecin libéral agissant dans un réseau de santé

F128 – Saisie du dossier médical

F129 – La responsabilité civile médicale

F134 – La responsabilité des internes en médecine

F136 – La procédure disciplinaire de l'Ordre des médecins

F138 – Valeur juridique des recommandations de bonnes pratiques

F143 – Vous avez dit excès de vitesse…?

F168 – Réunion de Concertation Pluridisciplinaire (RCP)

F169 – Délai de prescription au pénal

Annexe IV

Enquête sur le programme de la PACES dans les Universités de médecine, dans le cadre de l'unité d'enseignement 7 « Santé, Société et Humanité », France, juin 2012

Universités	Intitulé du cours	Volume horaire
Auvergne	Droit, éthique et déontologie	20 h
Victor Segalen - Bordeaux 2	Pas d'enseignement juridique	
René Descartes - Paris 5	NC	NC
Montpellier 1	Aspects éthiques et juridiques / Droit et santé	
Joseph Fourier - Grenoble 1	NC	NC
Jean Monnet de Saint-Etienne	Pas d'enseignement juridique	
Henri Poincaré - Nancy 1	Aspects juridiques et éthiques : début de la vie, greffes, fin de vie et handicap	env. 20 h
François Rabelais de Tours	NC	NC
Lille 2	NC	NC
Antilles et Guyane	Morale éthique déontologie, relation soignés-soignants : aspects éthiques et juridiques, droit et santé (organisation de la justice - responsabilité médicale - secret médical)	env. 30 h
Strasbourg	Pas d'enseignement juridique	
Rouen - Haute Normandie	Pas d'enseignement juridique	
Rennes 1	NC	NC
Reims/ Champagne-Ardenne	Éléments de responsabilité médicale Organisation de la justice en France	4 h
Poitiers	NC	NC
Paris Val-de-Marne - Paris 12	NC	NC
Nice Sophia Antipolis	Environnement juridique : organisation de la justice en France et les principales institutions françaises et européennes	2 h
Nantes	Pas d'enseignement juridique	
Limoges	Pas d'enseignement juridique	
Méditerranée - Aix/Marseille	Législation et déontologie : la responsabilité médicale Législation et déontologie : introduction au droit des personnes	4 h
Franche-Comté - Besançon	Médecine légale et droit de la santé ; Droit et économie de la santé	NC
Bretagne Occidentale	Morale, éthique, déontologie, droit et santé	NC
Bourgogne - Dijon	NC	NC
Angers	Pas d'enseignement juridique	
Claude Bernard - Lyon 1	Ethique et vulnérabilité	1h45
Lyon sud Charles Mérieux	Eléments de droit médical	1,5 h
Amiens	NC	NC
Université Catholique de Lille	NC	NC
Basse Normandie, Caen	Ethique médicale	NC
Pierre et Marie Curie - Paris 6	Droit et santé (les bases du droit : de la personne et des institutions ; droit médical, déontologie, droit de la responsabilité : professionnels et usagers	10 h
Diderot - Paris 7	Pas d'enseignement juridique	
Le Kremlin-Bicêtre - Paris 11	Pas d'enseignement juridique	
Bobigny - Paris 13	Introduction au droit et au droit de la santé	env 15h
Versailles Saint Quentin en Yvelines	Droit et santé : organisation de la justice et responsabilité médicale ; secret médical	2 h
Purpan - Toulouse 3	Droit, déontologie, éthique	NC
Rangueil - Toulouse	Droit, déontologie, éthique	NC
La Réunion	NC	NC

Annexe V

Enquête sur le programme de la L2 dans les Universités de médecine, France, juin 2012

Universités	Intitulé du cours	Volume horaire
Auvergne	Déontologie et pratique médicale	20 h
Victor Segalen - Bordeaux 2	Pas d'enseignement juridique	-
René Descartes - Paris 5	Pas d'enseignement juridique	-
Montpellier 1	Pas d'enseignement juridique	-
Joseph Fourier - Grenoble 1	Pas d'enseignement juridique	-
Jean Monnet de Saint-Etienne	Pas d'enseignement juridique	-
Henri Poincaré - Nancy 1	NC	NC
François Rabelais de Tours	NC	NC
Lille 2	Responsabilité médicale dans l'éthique ; Ethique et pratiques médicales	2 h
Antilles et Guyane	Pas d'enseignement juridique	-
Strasbourg	Pas d'enseignement juridique	-
Rouen - Haute Normandie	Pas d'enseignement juridique	-
Rennes 1	Pas d'enseignement juridique	-
Reims/ Champagne-Ardenne	La démarche éthique ; bioéthique ; éthique de la recherche	3 h
Poitiers	NC	NC
Paris Val-de-Marne - Paris 12	NC	NC
Nice Sophia Antipolis	Pas d'enseignement juridique	-
Nantes	Pas d'enseignement juridique	-
Limoges	NC	NC
Méditerranée - Aix/Marseille	L'obstination déraisonnable, le refus de soins. Les aspects juridiques	2 h
Franche-Comté - Besançon	Pas d'enseignement juridique	-
Bretagne Occidentale	Notions et problématiques fondamentaux de l'éthique ; Vie du droit et droit de la vie ; Encadrement juridique de l'activité médicale et biotechnologique	env. 20 h
Bourgogne - Dijon	NC	NC
Angers	Pas d'enseignement juridique	-
Claude Bernard - Lyon 1	Pas d'enseignement juridique	-
Lyon sud Charles Mérieux	Pas d'enseignement juridique	-
Amiens	NC	NC
Université Catholique de Lille	Pas d'enseignement juridique	-
Basse Normandie, Caen	Pas d'enseignement juridique	-
Pierre et Marie Curie - Paris 6	NC	NC
Diderot - Paris 7	Ethique et déontologie	NC
Le Kremlin-Bicêtre - Paris 11	Pas d'enseignement juridique	-
Bobigny - Paris 13	NC	NC
Versailles Saint Quentin en Yvelines	NC	NC
Purpan - Toulouse 3	Pas d'enseignement juridique	-
Rangueil - Toulouse	NC	NC
La Réunion	Pas d'enseignement juridique	-

Annexe VI

Enquête sur le programme de la DCEM1 dans les Universités de médecine, France, juin 2012

Universités	**Intitulé du cours**	**Volume horaire**
Auvergne	Santé publique	13 h
Victor Segalen - Bordeaux 2	-	-
René Descartes - Paris 5	Ethique et la médecine légale	NC
Montpellier 1	-	-
Joseph Fourier - Grenoble 1	Médecine légale/ Santé publique	NC
Jean Monnet de Saint-Etienne	-	-
Henri Poincaré - Nancy 1	NC	NC
François Rabelais de Tours	NC	NC
Lille 2	NC	NC
Antilles et Guyane	éthique	8 h
Strasbourg	-	-
Rouen - Haute Normandie	éthique médicale, bioéthique, éthique de la recherche	1 h
Rennes 1	-	-
Reims/ Champagne-Ardenne	NC	NC
Poitiers	NC	NC
Paris Val-de-Marne - Paris 12	-	-
Nice Sophia Antipolis	-	-
Nantes	Ethique clinique	NC
Limoges	-	-
Méditerranée - Aix/Marseille	-	-
Franche-Comté - Besançon	-	-
Bretagne Occidentale	Encadrement juridique de l'activité médicale et biotechnologique	env. 20 h
Bourgogne - Dijon	NC	NC
Angers	NC	NC
Claude Bernard - Lyon 1	-	-
Lyon sud Charles Mérieux	-	-
Amiens	NC	NC
Université Catholique de Lille	Dossier médical, décès et législation, secret médical ; éthique et déontologie médicale, droit du malade : problèmes liés au diagnostic, respect de la personne et mort ; certificats médicaux, décès et législation, prélèvement d'organes et législation ; Responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire	env. 12h
Basse Normandie, Caen	-	-
Pierre et Marie Curie - Paris 6	NC	NC
Diderot - Paris 7	Responsabilité médicale ; dossier médical, information du malade et secret médical ; certificats médicaux ; décès et législation. Prélèvements d'organes	NC
Le Kremlin-Bicêtre - Paris 11	-	-
Bobigny - Paris 13	NC	NC
Versailles Saint Quentin en Yvelines	NC	NC
Purpan - Toulouse 3	Droits des patients, lois de bioéthique	NC
Rangueil - Toulouse	-	-
La Réunion	NC	NC

Annexe VII

Enquête sur le programme de la DCEM2 dans les Universités de médecine, France, juin 2012

Universités	Intitulé du cours	Volume horaire
Auvergne	Pas d'enseignement juridique	-
Victor Segalen - Bordeaux 2	Pas d'enseignement juridique	-
René Descartes - Paris 5	Pas d'enseignement juridique	-
Montpellier 1	Pas d'enseignement juridique	-
Joseph Fourier - Grenoble 1	NC	NC
Jean Monnet de Saint-Etienne	Pas d'enseignement juridique	-
Henri Poincaré - Nancy 1	NC	NC
François Rabelais de Tours	NC	NC
Lille 2	NC	NC
Antilles et Guyane	NC	NC
Strasbourg	semaine de formation pratique d'éthique médicale	5 séances de 2 h
Rouen - Haute Normandie	Pas d'enseignement juridique	-
Rennes 1	Pas d'enseignement juridique	-
Reims/ Champagne-Ardenne	NC	NC
Poitiers	NC	NC
Paris Val-de-Marne - Paris 12	Ethique médicale	-
Nice Sophia Antipolis	Pas d'enseignement juridique	-
Nantes	Pas d'enseignement juridique	-
Limoges	Pas d'enseignement juridique	-
Méditerranée - Aix/Marseille	Pas d'enseignement juridique	-
Franche-Comté - Besançon	Pas d'enseignement juridique	-
Bretagne Occidentale	Notions et problématiques fondamentaux de l'éthique ; Vie du droit et droit de la vie ; Encadrement juridique de l'activité médicale et biotechnologique ; Problèmes fondamentaux de l'éthique ; Racines antiques de l'éthique	env. 20 h
Bourgogne - Dijon	NC	NC
Angers	Pas d'enseignement juridique	-
Claude Bernard - Lyon 1	Pas d'enseignement juridique	-
Lyon sud Charles Mérieux	Pas d'enseignement juridique	-
Amiens	NC	NC
Université Catholique de Lille	Pas d'enseignement juridique	-
Basse Normandie, Caen	Pas d'enseignement juridique	-
Pierre et Marie Curie - Paris 6	NC	NC
Diderot - Paris 7	Responsabilité médicale ; dossier médical, information du malade et secret médical ; certificats médicaux, décès et législation, prélèvement d'organes	NC
Le Kremlin-Bicêtre - Paris 11	Responsabilité médicale, pénale, civile, administrative et disciplinaire ; droit du malade ; dossier médical, information du malade et secret médical ; certificats médicaux, décès et législation, prélèvement d'organes	NC
Bobigny - Paris 13	NC	NC
Versailles Saint Quentin en Yvelines	NC	NC
Purpan - Toulouse 3	Droit médical ; certificats médicaux, décès et législation, prélèvement d'organe et législation ; secret médical ; responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire	env. 15h
Rangueil - Toulouse	Droits du malade	1 h
La Réunion	NC	NC

Annexe VIII

Enquête sur le programme de la DCEM3 dans les Universités de médecine, France, juin 2012

Universités	**Intitulé du cours**	**Volume horaire**
Auvergne	-	-
Victor Segalen - Bordeaux 2	-	-
René Descartes - Paris 5	-	-
Montpellier 1	-	
Joseph Fourier - Grenoble 1	NC	NC
Jean Monnet de Saint-Etienne	-	-
Henri Poincaré - Nancy 1	NC	NC
François Rabelais de Tours	NC	NC
Lille 2	Ethique et déontologie médicale : droits du malade, problèmes liés au diagnostic, au respect de la personne et à la mort Le dossier médical, l'information du malade, le secret médical. Responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire.	3,5 h
Antilles et Guyane	NC	NC
Strasbourg	TD 4 : éthique et déontologie médicale, droits du malade ; TD 5 : certificats médicaux, décès et législation, prélèvement d'organes et législation ; TD 6 : responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire	2h/TD
Rouen - Haute Normandie	-	-
Rennes 1	-	-
Reims/ Champagne-Ardenne	NC	NC
Poitiers	-	-
Paris Val-de-Marne - Paris 12	Ethique médicale	
Nice Sophia Antipolis	-	-
Nantes	-	-
Limoges	-	-
Méditerranée - Aix/Marseille	-	-
Franche-Comté - Besançon	-	-
Bretagne Occidentale	Notions et problématiques fondamentaux de l'éthique ; Vie du droit et droit de la vie ; Encadrement juridique de l'activité médicale et biotechnologique ; Problèmes fondamentaux de l'éthique ; Racines antiques de l'éthique	env. 20 h
Bourgogne - Dijon	NC	NC
Angers	NC	NC
Claude Bernard - Lyon 1	-	-
Lyon sud Charles Mérieux	Certificats médicaux. Décès et législation. Prélèvement d'organes ; Dossier médical, information du maladie et secret médical	4 h
Amiens	NC	NC
Université Catholique de Lille	-	-
Basse Normandie, Caen	-	-
Pierre et Marie Curie - Paris 6	NC	NC
Diderot - Paris 7	-	-
Le Kremlin-Bicêtre - Paris 11	-	-
Bobigny - Paris 13	-	NC
Versailles Saint Quentin en Yvelines	NC	NC
Purpan - Toulouse 3	-	-
Rangueil - Toulouse	-	-
La Réunion	NC	NC

Annexe IX

Enquête sur le programme de la DCEM4 dans les Universités de médecine, France, juin 2012

Universités	Intitulé	Volume horaire
Auvergne	-	-
Victor Segalen - Bordeaux 2	-	-
René Descartes - Paris 5	-	-
Montpellier 1	-	-
Joseph Fourier - Grenoble 1	NC	NC
Jean Monnet de Saint-Etienne	-	-
Henri Poincaré - Nancy 1	NC	NC
François Rabelais de Tours	NC	NC
Lille 2	NC	NC
Antilles et Guyane	NC	NC
Strasbourg	le dossier médical, l'information du malade, le secret médical - éthique et déontologie médicale, droit des malades : problèmes liés au diagnostic, respect de la personne et à la mort ; certificats médicaux, décès et législation, prélèvement d'organes et législation ; responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire	NC
Rouen - Haute Normandie	-	-
Rennes 1	-	-
Reims/ Champagne-Ardenne	NC	NC
Poitiers	-	-
Paris Val-de-Marne - Paris 12	NC	NC
Nice Sophia Antipolis	-	-
Nantes	-	-
Limoges	-	-
Méditerranée - Aix/Marseille	-	-
Franche-Comté - Besançon	-	-
Bretagne Occidentale	Notions et problématiques fondamentaux de l'éthique ; Vie du droit et droit de la vie ; Encadrement juridique de l'activité médicale et biotechnologique	env. 20 h
Bourgogne - Dijon	NC	NC
Angers	NC	NC
Claude Bernard - Lyon 1	NC	NC
Lyon sud Charles Mérieux	-	-
Amiens	NC	NC
Université Catholique de Lille	-	-
Basse Normandie, Caen	-	-
Pierre et Marie Curie - Paris 6	NC	NC
Diderot - Paris 7	-	-
Le Kremlin-Bicêtre - Paris 11	-	-
Bobigny - Paris 13	NC	NC
Versailles Saint Quentin en Yvelines	NC	NC
Purpan - Toulouse 3	-	-
Rangueil - Toulouse	-	-
La Réunion	NC	NC

Annexe X

Résultats d’une enquête auprès de 400 organismes agréés FMC, France, septembre 2010

Organisme de formation	Intitulé du module juridique
AGIS sarl	Le médecin face aux tracas administratifs
Alsace MG Formation	Responsabilités du médecin coordonnateur en EHPAD
Amicale des Psychiatres de l'Essonne	Législation actuelle
ANALYS - SANTE	Réforme de la protection juridique des personnes majeures ; Prise en charge des personnes vulnérables/aspects juridiques ; Aspects juridiques de la prise en charge des enfants ; Fin de vie : loi HPST ; Réforme des tutelles ; Certificats médicaux.
Association Confédérale pour la FM	Gestion de la réclamation d'un patient ; Le médecin face à la législation de fin de vie.
Association de FMC Bandiat-tardoire	La responsabilité médicale
Association de Formation Continue des lecins du Vexin Normand	La responsabilité du médecin
Association de FMC des Oncologues liothérapeutes	Loi HSPT
Association de Santé Mentale dans le 13ème ndissement	La protection juridique des majeurs
Association des Pédiatres Libéraux du Nord et Pas de Calais pour la Formation Continue	Certificats médicaux
Association des Praticiens de l'Hôpital, de la e et de la Région de Vire	La responsabilité juridique du soignant
Association Médicale Creusoise	La responsabilité médicale
Association pour la Formation du corps médical France	Le dossier médical ; Les certificats médicaux
Association régionale de formation et valuation des médecins de famille PACA	La responsabilité médicale ; La loi Léonetti ; Le droit médical
Enseignement Post Universitaire des Médecins Charolais	Les assurances ; Le risque médico-légal
Fédération Bourguignonne de FMC	Le médecin généraliste au cœur des professions de santé/le travail pluridisciplinaire
Les Jeudis de l'Europe	Justice et lois
Les S-sentiels de Bretéché	La personne de confiance ; Les directives anticipées
Médecins de Montagne	Textes de lois "médecine et montagne"
Médecins Généralistes Formation Auvergne	L'enfant maltraité
MG FORM Aquitaine	La souffrance au travail ; La prescription des arrêts de travail ; La maltraitance à l'enfant
Réseau de Santé Ville-Hôpital Soins Palliatifs onne Sud	Les directives anticipées ; La personne de confiance
Réseau de Soins Palliatifs et de soins de support nord de l'Essonne	Les directives anticipées ; La personne de confiance
Réseau Périnatal du Pays Briard	Droits et démarches
réseau périnatal Lorrain	Droits et démarches
Santé Service FORMATION	La responsabilité médicale du médecin
SAUV'GARD	Le droit et l'éthique
Service commun de FC de l'Université Paris cartes	La réparation juridique du dommage corporel ; La médecine légale
Unaformec Ile-de-France	Les textes généraux
Union Nationale de Formation et d'Evaluation en lecine Cardiovasculaire	Décrets, circulaires, textes généraux
URGENCE PRATIQUE FORMATION	Le médico-légal

Annexe XI

Liste des diplômes de troisième cycle spécialisé en droit médical, France, juin 2012

Université	Diplôme	Pré requis	Intitulé	Unités d'enseignements juridiques
Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille III	Master 2	Médecins	Droit médical et pharmaceutique	Droit médical et pharmaceutique / exercice en cabinet et en officine (40h) ; Droit hospitalier (40h) ; Droit des malades et responsabilité civile médicale (40h) ; Droit médical et pharmaceutique / exercice en établissements de santé privés (40h) ; Contentieux médical, civil et social (35h) ; Assurance et indemnisation (30h) ; Droit et éthique professionnel et de la recherche (30h) ; Droit pénal médical (15h) ; Informatique et droit de la santé (15h).
Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille III	Master 2	Médecins	Droit privé et public de la santé	Droit professionnel médical et pharmaceutique (32h) ; Droit de la protection médicale et sociale (20h30) ; Droit public de la recherche et de la dispensation des soins médicaux (20h30) ; Droit des contrats de santé (20h30) ; Histoire, droit et santé (18h) ; Droit privé médical et pharmaceutique (32h) ; Economie, droit et santé (18h).
Université Picardie Jules Verne	Master 2	Médecins et étudiants en médecine	Droit, économie, gestion. Spécialité droit de la santé	Droit communautaire de la santé (20h) ; Droit de l'assurance maladie (25h) ; Droits des usagers du système de santé (15h) ; Organisation hospitalière (35h) ; Droit du médicament (15h) ; Droit du brevet et des marques en pharmacie (30h) ; Contentieux technique (35h).
Université Bordeaux 4 Montesquieu	Master 2	Médecins	Droit médical et santé publique	Responsabilité médicale et hospitalière (20h) ; Droit pénal de la santé (15h) ; Pratique médicale et assurances (10h) ; Mécanismes de la responsabilité civile pour faute (10h) ; Réparations du dommage corporel (5h) ; Droit du médicament et protection de la santé (10h) ; Droits du malade en droit international et communautaire (15h).
Université de Grenoble	DU	Médecins	Droit médical et expertise	Droit médical (60h) ; Pratique de l'expertise médicale (60h).
Université Catholique de Lille	Master 2	Médecins	Droit de la responsabilité médicale	Droit international et européen de la santé (30h) ; Responsabilité juridique des professionnels de santé (30h) ; Droit de la santé en milieu du travail (30h) ; Ethique et droit médical (30h) ; Génétique et responsabilité (15h) ; Pratique médicale et droit de la famille (15h).
Université de droit Lille 2	Master 2	Médecins	Droit et politiques de santé	Responsabilités et déontologie (25h) ; Les droits et obligations des personnes malades et des usagers du système de santé (25h) ; Les modalités d'exercice de la médecine (25h) ; Le droit des établissements publics et privés de santé (25h) ;
Nancy-Université	DIU	Médecins	Droit médical	L'univers du droit (12h) ; Les droits des patients (20h) ; Le droit de la responsabilité ; la sanction (20 h) ; Le droit de la responsabilité : la réparation (20h) ; Droit et bioéthique (20h).
Nancy-Université	DU	Professionnels de la santé	Droit de la santé	Droit de la santé publique (20h) ; Droits des patients et des usagers du système de santé (20h) ; Santé, responsabilité réparatrice et systèmes indemnitaires (20h) ; Encadrement ordinal des pratiques médicales, paramédicales et pharmaceutiques (12h). *Au choix (A) Droit des pratiques médicales et hospitalières* : droit des établissements de santé (16h), cadre juridique de la médecine libérale (16h), droit infirmier (10h), droit de l'urgence médicale (10h), exercice illégal de la médecine (6h) *ou (B) Droit du médicament et des produits de santé* : sécurité sanitaire des produits de santé (10h), régime juridique du médicament (15h), régime juridique des autres produits de santé (12h), régime juridique des produits de santé (15h), exercice illégal de la pharmacie (6h).

Université	Diplôme	Pré requis	Intitulé	Unités d'enseignements juridiques
Université Nice Sophia Antipolis	Master 2	Médecins	Droit public / spécialité : santé des populations	Le droit, le malade et les professions de santé.
Université Paris V - Descartes	DU	Médecins	Responsabilité médicale	
Université Paris V - Descartes	Master 2	Médecins	Droit de la santé : activités de santé et responsabilités	Organisation du système de santé (36h) ; Responsabilités des acteurs de la santé (70h); Droit de la biomédecine (60h) ; Droits des malades (60h) ; Assurance et responsabilité (20h) ; Nouvelles technologies et santé (18h) ;
Université Paris V - Descartes	Master 2	Médecins	Droit de la santé : santé, prévoyance et protection sociale	Organisation du système de santé (36h) ; Responsabilités des acteurs de la santé (62h) ; Droit de la protection sociale (36h) ; Droit de la protection sociale (36h) ; Droits des assurances de personnes (36h) ; Contrat d'assurance et contentieux (24h) ; Contentieux de la sécurité sociale (18h) ;
Université Paris VIII Vincennes - St Denis	Master 2	Médecins	Droit de la santé, médical et médico-social	Droit des contrats / droit médical (32h) ; Histoire du droit de la santé (32h) ; Philosophie du droit de la santé (32h) ; Droit des assurances (32h) ; Droit pénal médical (32h) ; Droit hospitalier (32h) ; Droits du patient (32h) ; Droit de la concurrence (32h) ; Histoire comparative du droit de la santé (20h) ; Droit de la responsabilité médicale (10h) :Droit de la responsabilité administrative (10h) ; Droit hospitalier (20h) ; Droit communautaire du médicament (20h) ; Droit de la protection sociale (20h) ; Droit de l'expertise dommage corporel (20h) ; Construction d'un droit communautaire des patients (20h).
Faculté de droit et de science politique / EHESP de Rennes	Master 2	Candidats ayant validé un 2ème cycle d'études médicales ou pharmaceutiques	Droit, santé, éthique (activités de la santé et du social)	Tronc commun : Ethique, droit et santé (20h) ; (A) Parcours droit des professionnels et des établissements de santé : responsabilité (60h) ; Droit de la personne (60h) ; (B) Parcours droit des établissements sociaux et médico-sociaux : responsabilité (60h) ; Droit de la personne (60h).
Faculté de droit et de science politique / EHESP de Rennes	DIU	Professionnels de la santé	Droit et psychiatrie	Evolution législative de la psychiatrie de 1833 à nos jours ; Droit et gouvernance de la santé ; Droits des malades ; Droits des patients en psychiatrie ; Gestion des conflits : précontentieux et contentieux.
Faculté de droit et de science politique / EHESP de Rennes	DIU	Médecins	Droits et malades et responsabilité médicale	Introduction au droit (8h) ; Droit et gouvernance de la santé (20h) ; Droits des malades (20h) ; Responsabilité civile (20h) ; Responsabilité pénale (20h) ; Responsabilité administrative (20h) ; Responsabilité professionnelle (20h) ;
UT1 Sciences sociales	Master 2	Professionnels de la santé	Droit, économie, gestion. Spécialité droit de la santé	Droit médical et pharmaceutique (43h) ; Droit international et communautaire ; Responsabilité administrative du fait de l'activité médicale (21h) ; Droit des contrats médicaux (24h) ; Responsabilité civile et pénale du fait de l'exercice libéral (33h).
Université Toulouse 1 Capitole et Toulouse III Paul Sabatier	DIU	Professionnels de la santé	Droit médical	Droit de la santé (20h) ; Exercice médical et droit des personnes (20h) ; Responsabilité pénale (20h) ; Responsabilité civile (20h) ; Responsabilité administrative (20h); responsabilité professionnelle (20h)
Université François Rabelais - Tours	Master 2	Professionnels de la santé	Droit, économie, gestion. Spécialité droit de la santé	Droit médical (95h) ; Droit hospitalier (85h)

Annexe XII

Guide d’entretien

GUIDE D'ENTRETIEN SEMI-DIRECTIF

La situation du médecin

- Pourriez-vous m'évoquer comment est né votre choix d'être médecin ?
- Comment se sont déroulées vos études de médecine ?

Le contexte de pratique

Intéressons-nous à présent à votre exercice professionnel.

- Parlez-moi de votre activité médicale au quotidien.
- Rencontrez-vous des difficultés au quotidien ?
- Lorsqu'une question juridique se pose dans votre exercice professionnel, par quel moyen obtenez-vous une réponse ?
- Dans votre exercice professionnel, avez-vous déjà été confronté à un problème juridique ?

La formation en droit médical souhaitée

Intéressons-nous à présent à votre formation initiale en études de médecine.

- Quel souvenir en gardez-vous ?

Abordons à présent la formation continue.

- Comment s'organise-t-elle pour vous ?
- Au regard de votre pratique professionnelle, la connaissance de quel sujet juridique vous semble importante ?
- Seriez-vous en faveur de l'introduction d'enseignements de droit médical en études de médecine ?
- Et dans le cadre de la formation continue ?

Fin de l'entretien

Annexe XIII

Retranscription des entretiens semi-directifs

Entretien n°1 avec le Docteur P. L, médecin spécialiste en médecine générale, 54 ans, mercredi 16 mai 2012

Alors, Docteur pouvez-vous m'évoquer comment est venu votre choix d'être médecin ?
Ouh…Et bien écoutez, ça s'est passé après mon Bac Scientifique de type D. Je voulais faire plutôt vétérinaire mais je n'ai pas été accepté dans l'école préparatoire donc je me suis réorienté vers la médecine.

D'accord, donc ça s'est fait un peu naturellement ?
Oui, c'est ça…

Vous aviez des personnes de votre famille dans la médecine ?
J'avais un grand cousin mais c'est surtout un grand oncle qui était pharmacien et Docteur en biologie qui m'encourageait.

Est-ce que vous pouvez m'évoquer comment se sont déroulées vos études de médecine ?
Classiquement avec les trois cycles de la faculté. Premier cycle de deux ans, deuxième cycle de quatre ans et puis après le troisième cycle qui se fait sous forme d'un stage d'interne que j'ai réussi brillamment puisque je n'ai jamais redoublé. J'ai donc fini dans les temps mon stage d'interne et je suis parti à l'armée.

D'accord, donc ça s'est bien déroulé ?
Oui.

A présent nous allons nous intéresser à votre exercice professionnel. Vous êtes médecin spécialiste en médecine générale. J'aurais voulu que vous me parliez de votre activité médicale au quotidien…comment cela se passe-t-il ?
Sans trop de problèmes. J'ai une activité de médecine générale semi-rurale avec une forte patientèle quand même…plus de 35 actes par jour. Avec une patientèle somme toute peu problématique sur le plan d'ennuis pouvant être présumés par la profession, donc pas de problèmes majeurs. Sur 25 ans d'exercice, je n'ai du répondre qu'à une seule plainte concernant mes soins. Plainte qui n'a d'ailleurs pas abouti puisque le plaignant a été débouté.

Vous diriez actuellement que vous êtes satisfait de votre exercice ou il y a des choses que vous regrettez ?

Sur le plan actuel, ce que je regrette le plus c'est la charge administrative de la profession et des relations, certes un peu tendues avec l'assurance maladie.

Qu'entendes-vous par « charges administratives » ?

Tout ce qui est paperasserie réclamée par la caisse dans le cadre notamment des affections longue durée, dans le cadre des explications demandées sur des dossiers en longue durée.

C'est quelque chose qui a évolué ?

J'ai l'impression qu'on en fait de plus en plus…

C'est-à-dire ?

Pour vous donner un exemple, dans les dossiers administratifs du handicap viennent de se mettre en place des renouvellements de demandes qui ont été simplifiés par une attestation de non évolution de la situation, alors qu'avant il fallait tous les 2, 3, 4, 5 ans remplir un dossier. Je vais vous prendre l'exemple classique d'un trisomique 21, son état ne peut malheureusement pas changer puisqu'il est génétique et rarement s'améliorer. Tous les deux ou trois ans, il fallait remplir un dossier complet qui nous prend 15 à 20 minutes…c'est complètement inutile. Alors cette façon de voir les choses a été modifiée par l'administration et c'est maintenant plus simple.

Diriez-vous que l'on peut parler de bureaucratisation de la fonction de médecin ?

Oui tout à fait. La charge de la carte vitale qui paraît anodine dans son utilisation requiert à chaque fois l'équivalent d'une minute pour un médecin, donc vous imaginez, ça fait 30 actes par jour donc plus de trente minutes. Cela est contraignant…Et ce travail n'est en aucun cas dans l'intérêt du médecin mais uniquement dans l'intérêt de la caisse d'assurance maladie pour lui faire bénéficier d'emplois....

En dehors de ce que nous venons d'évoquer, quelles sont les difficultés que vous pouvez rencontrer ?

Pour moi, dans le cadre de ma pratique, j'aurais aimé que l'acte médical soit moins important en quantité mais meilleur en qualité mais pour cela il aurait fallu une réévaluation tarifaire qui permette à un médecin de se contenter d'une vingtaine d'actes en y consacrant une demi- heure, mais en étant honoré à la hauteur de ce travail qui reste toujours un travail à haute responsabilité. Le montant de 23 euros par consultation n'est plus adapté à notre situation.

Il y a d'autres choses auxquelles vous pensez ?
Un exemple, c'est la prescription de génériques. La caisse d'assurance maladie a créé cette obligation d'un certain pourcentage de prescriptions en génériques qui occasionne une quantité de tracasseries et d'incompréhensions entre le médecin, le patient et le pharmacien, ce qui représente une triangulaire catastrophique.

Tout ce que vous évoquez, ce sont des nouvelles obligations légales, réglementaires, ou même conventionnelles. Lorsqu'une question juridique se présente dans votre exercice professionnel, quels sont les moyens pour vous d'obtenir une réponse ? Vous êtes médecin et parfois confronté à des problèmes juridiques, alors comment faites-vous ?
En dehors de l'intérêt que j'ai connu à travers une démarche syndicale dans les années 2000/2001, avant je me contentais de faire appel à un conseiller juridique en cas de problématique.

Vous entendez quoi par conseiller juridique, un avocat ?
C'était la société d'assurance qui m'en avait proposé un à l'époque et que j'ai accepté sans avoir fait connaissance. Par la suite, suite à des engagements personnels d'ordre syndical, je me suis intéressé un peu plus à la défense des médecins qui s'engageaient dans des mouvements protestataires et c'est un peu comme ça que j'ai mis le pied à l'étrier du juridique en créant une association qui était une coordination de défense des médecins entrant un petit peu en dissidence…j'ai eu l'occasion à ce moment-là de rencontrer des avocats et de me rendre compte de la carence que les médecins avaient par rapport au droit et de l'intérêt d'un conseiller juridique plus pratique.

Comment faites-vous concrètement pour appréhender de nouveaux textes qui s'appliquent à votre exercice professionnel ?
Ecoutez, c'est très difficile parce que le médecin a peu d'intérêt pour le juridique. Quand on discute entre confrère, on se rend compte qu'il y en a peut-être un sur quinze, sur vingt qui s'intéresse à la question. Souvent, ce sont toujours les mêmes, ceux qui sont engagés dans des syndicats ou certaines missions qui les obligent à connaître les textes. Sinon, dans l'ensemble des médecins, ils sont quand même souvent la tête dans le guidon dans leur profession et ont peu ou pas d'intérêt pour la chose juridique en dehors des problématiques qu'ils rencontrent.

Alors qu'est-ce qui pourrait, selon vous, expliquer ce faible intérêt pour la matière juridique ?
Je pense que, pour avoir découvert plus tard le domaine juridique, ce sont deux modes de réflexion très différents et que sous l'obligation de textes, de mots, de vocabulaires qui sont tous spécifiques….d'ailleurs, discutez de médecine avec un avocat, pour lui c'est une vraie catastrophe et

inversement, discutez de droit avec un médecin c'est difficile parce que les tournures de phrases, de vocabulaire sont deux choses quand même très hermétiques.

Est-ce qu'au quotidien vous craignez des problèmes juridiques ?

Vous voulez dire…un peu comme une épée de Damoclès….avant j'avais assez peu cette notion, je dois le reconnaître. Je prends conscience que le médecin est quand même vulnérable par rapport à son exercice et que l'esprit de son patient peut être parfois belliqueux…donc je suis beaucoup plus vigilant et prudent, notamment dans les certificats médicaux, dans le refus de certaines demandes abusives de patients, je suis beaucoup plus attentif maintenant.

Et être attentif, qu'est-ce que cela signifie en pratique ?

Moi, je pense que c'est très important que le médecin puisse avoir une personne ressource qui soit en capacité de lui…de répondre à ses questions. La problématique est toujours la même…c'est que le médecin s'intéresse au droit uniquement quand il est dans la difficulté. Donc il faut une réactivité assez importante de la part de cette personne ressource sinon le médecin laisse tomber, oublie et ne fait pas et ça c'est bien dommage !

A présent, nous allons aborder votre formation initiale en étude de médecine. J'aurais voulu savoir quel souvenir gardez-vous des enseignements ?

Honnêtement, je trouve que la formation initiale que j'ai reçue au niveau de l'université n'a pas eu d'impact sur ma connaissance juridique. Tout d'abord parce qu'elle était enseignée trop tôt dans les deux premières années, c'est-à-dire dans le premier cycle, sous forme d'un certificat de médecine légale…c'était un mélange de juridique et de médico-légal…donc ça a été enseigné sous forme, je pense, d'une vingtaine d'heures ce qui me paraît relativement peu…et de toute façon, je pense que le plus gros problème, c'est qu'au moment de cet enseignement, le jeune étudiant n'est pas à l'écoute de cette problématique du droit parce qu'il n'y est pas encore confronté, qu'il n'y voit pas l'intérêt dans ses études médicales et que d'autres matières pesant beaucoup plus lourd dans la réussite de ses études passent en priorité telle que l'anatomie, la physiologie et d'autres matières. Je pense que même si cet enseignement a été fait, il n'est pas été fait de façon adapté et au bon moment.

C'est votre cas ?

Ah oui tout à fait ! (*rires*) Je n'ai plus aucun souvenir, quand j'ai commencé mon exercice professionnel libéral, je n'avais plus aucun souvenir de mes cours de médecine légale…enfin très peu…je me souviens des certificats de coups et blessures. Mais, par exemple, la notion de responsabilité médicale, c'est un sujet qui était très vague, je n'ai pas gardé de choses bien précises.

Surtout qu'on sait que ça a évolué en plus depuis le moment où j'ai suivi cet enseignement, il y a beaucoup de choses qui ont changé…Ce qui me paraît important c'est que si on ne voit pas la relation au moment de ses études avec sa future pratique, on a tendance à l'oublier, à négliger. C'est comme si on vous faisait la thérapeutique avant de vous avoir fait l'explication de la pathologie d'organes. C'est au moment de la pathologie d'organes, quand on vous enseigne la cardiologie que vous vous intéressez à la thérapeutique de la pathologie. Si on avait fait l'inverse, je ne suis pas convaincu que la thérapeutique aurait été bien sue. D'ailleurs la thérapeutique était enseignée un peu après chaque spécialité d'organe et surtout en fin d'études où on était censé maîtriser complètement les pathologies d'organes.

Donc à votre avis cet enseignement juridique devrait intervenir plus tard ?
Attendez, je n'ai pas dit plus tard, ça peut aussi être enseigné au moment de la pathologie d'organes. Vous traitez, par exemple, l'obstétrique, vous faites tout ce qui est la clinique de l'obstétrique, toutes les pathologies, on vous apprend les traitements et je pense que c'est à ce moment-là que vous devriez avoir également, dans les cours qui vous sont dispensés sur ce sujet…c'est-à-dire la facette juridique intéressante pour nos pratiques.
Donc à partir des enseignements pathologiques d'organes…il y a certaines pathologies qui sont plus à risque, notamment la chirurgie, l'obstétrique, l'anesthésie, donc ça me paraît important qu'au moment où on vous l'enseigne, on vous dit : attention il y a dans cette pathologie certains risques juridiques importants dans les prescriptions de pilules, dans l'IVG, il y des textes que vous devez connaître ! ….et c'est à mon avis à ce moment-là qu'il faudrait les enseigner. Déjà faire en fin d'études un rappel uniquement sur le droit de toutes ces pathologies d'organes, de tous ces problèmes. Les enseigner et faire prendre conscience à l'étudiant quand il étudie un organe que dans cette spécialité là il y a des risques sur tel et tel sujet, c'est important.

L'autre facette de la formation, c'est la formation médicale continue. Comment organisez-vous votre formation médicale continue qui est amené à devenir le Développement professionnel continu ?
Avant, je participais à des formations médicales continues organisées par des laboratoires, des soirées d'information où était présents des avocats. J'ai en souvenir le certificat médical, la responsabilité médicale…je participe aussi à un congrès de médecine générale où depuis maintenant 7 ou 8 ans ils insèrent dans le programme systématiquement une question de droit… par exemple, cette année, c'était la tutelle, la curatelle. Donc ça j'aime bien y participer.

Vous semblez donc vous investir dans la formation continue et choisir des sujets qui ont attrait au droit ?

C'est plus récent, avant je ne participais qu'à des soirées dont les thématiques étaient des thématiques médicales pures.

Comment expliquez-vous ce changement ?

Dire que je les recherche, cela me paraîtrait un grand mot. Comment dire ? (*il hésite*)…l'opportunité pourrait faire que certains sujets me plaisent et m'intéressent ou correspondent à des problèmes de mon activité et j'y participe. La FMC qui devait être obligatoire dans les textes ne l'est toujours pas dans ses principes d'application, ce qui est bien dommage. C'est du volontariat en fait…parfois quand je vois passer des sujets qui sont proposés sous forme de soirées labos j'y participe mais j'avoue que c'est plus délicat parce que c'est une soirée en plus et que ce n'est pas toujours évident de s'organiser

Et s'agissant de formations en droit ?

Ecoutez, vu l'évolution du droit et de la multiplicité des textes et des règlements qui sortent chaque année, il semblerait utile, voir obligatoire de faire une formation médicale continue de façon plus régulière. Il faudrait que la FMC…d'ailleurs la FMC indemnise la perte de ressources, c'est-à-dire qu'elle accepte que ce soit sur votre temps de travail et elle rémunère. Mais ce n'est pas toujours une solution idéale mais ça devrait faire partie, effectivement, du temps de travail et être indemnisé…encore faut-il que le médecin choisisse ce type de formation parce que des fois, ça lui fait perdre une ou deux journées et ce n'est pas toujours évident dans son activité professionnelle.

Il y a donc des freins à la formation continue ?

Je pense que si elle était obligatoire, et réellement sur le terrain, pas que dans les textes…encore qu'elle devrait l'être puisqu'il semblerait que maintenant l'ordre va être garant de cette formation, le principe d'une formation de journée indemnisée paraît quand même être la meilleure.

Pensez-vous que la formation continue prépare suffisamment les médecins aux problématiques juridiques ?

Aujourd'hui, pas encore. Je pense que ça vient du fait que les médecins ne sont pas assez conscients de l'importance de cette formation dans l'exercice. C'est toujours la même réponse que je vous fais, c'est-à-dire que c'est uniquement quand ils sont soumis à un problème qu'ils y pensent et qu'ils s'y intéressent et quand dans leur activité professionnelle, rien ne se passe, ils ne voient pas l'intérêt.

Vous pensez que l'offre de formation est le reflet des besoins, des attentes des médecins ?
Toujours…c'est toujours le cas. Plus le médecin exprimera son attrait pour le droit, plus les organismes de formation proposeront des formations juridiques…mais cela peut se produire dans les deux sens…les programmes de formation continue peuvent concerner quelques sujets juridiques et donc sensibiliser les médecins…

Quels sont les sujets juridiques qu'il vous semble pertinent qu'un médecin connaisse ?
Ecoutez, déjà c'est important que tous les sujets qui ont trait au code de déontologie, notamment les articles du Code les plus courants, soient remis à jour…c'est-à-dire qu'il y a encore des articles très importants et qui sont un peu ignorés par les médecins. Déjà le juridique ordinal devrait quand même être la base de la remise à niveau des médecins. Ensuite on peut aussi évoquer le juridique quand le médecin se trouve face à une problématique d'un contentieux qu'il rencontre avec un patient…quelles sont les démarches qu'il doit pratiquer ? Comment doit-il réagir ? Quel contact peut-il avoir ? ça, ce sont des choses qui sont importantes en dehors des choses déjà mises en place telles que les assurances médicales, les avocats….Après, en tant que médecin libéral, j'aurais aimé être formé sur les différentes formes juridiques du cabinet médical ou encore sur les contentieux avec les caisses de sécurité sociale.

Il y a eu une réforme en 1992 dans les études de médecine qui introduit un enseignement de sciences humaines et sociales, qui s'intitule désormais « Homme, Santé et Société ». C'est un enseignement très large qui peut couvrir la sociologie, la démographie mais également le droit médical. Cela vous semble-t-il pertinent en formation initiale en étude de médecine ?
Oui c'est ce que je vous ai dit tout à l'heure. Soit un enseignement intégré à chaque certificat de spécialité d'organes, ce qui me paraît bien et peut être en fin de cursus, un certificat de remise à niveau qui serait uniquement basé sur le droit et qui s'assurerait que les médecins ont bien, au cours de leur étude de médecine légale de deuxième cycle, acquis les valeurs et les notions de la connaissance du droit par rapport à ces organes.

Et qui devrait assurer cet enseignement ?
Je pense que le binôme médecin/juriste, c'est la meilleure façon de bien se faire comprendre. Quand le message est uniquement adressé par une personne de droit, il peut être parfois difficilement compris. Quand il est uniquement adressé par un médecin, il est peut être insuffisant ou incomplet. Je pense que la fusion des deux, par une vulgarisation du droit, c'est la meilleure solution…n'oublions pas que ce ne sera jamais la priorité du médecin, le droit. Il lui faut quelque chose de facile, d'accessible et surtout pas rébarbatif. Je pense que le côté binôme est très bien. Alors peut être que,

moi je n'en connais pas, mais il y a peut-être des médecins qui ont fait je pense un troisième cycle de droit…ils sont peut-être à même d'assurer cet enseignement et peut être que, de la même façon, il y a des gens de droit qui ont des connaissances médicales et qui peuvent adapter leur langage de façon à être moins hermétiques…c'est peut être une solution des deux côtés. La dernière solution, c'est de les mettre ensemble et de faire un cocktail tout à fait juteux.

Plus précisément, qui pourrait composer ce binôme ?

Un médecin d'abord…comme un conseiller ordinal, pourquoi pas ?...si c'est un médecin qui est compétent en droit, pourquoi pas ? En tout cas, compétent dans le domaine qu'il veut enseigner. Je vais vous parler d'un exemple, dernièrement je suis allé à un congrès sur la tutelle, curatelle…le sujet était présenté par un responsable non médecin, pas un juriste mais un administratif qui avait des compétences dans ce domaine mais son message était quand même un peu décalé par rapport à la pratique…nous étions un certain nombre de congressistes déçus alors que son propos était tout à fait de qualité, j'en suis certain. Mais c'est ce que j'ai dit tout à l'heure il y a l'hermétisme de la spécialité. Il n'a pas su comprendre les attentes du public…

Cela signifie-t-il qu'il faudrait des juristes rompus à la médecine et des médecins rompus au droit ?

Rompu est un grand terme mais disons qu'il faut une bonne imprégnation de la matière…

Et s'agissant de la formation continue… ?

Je pense qu'il y a des techniques classiques, les séminaires, les congrès, il y a aussi, les revues…il faut que le droit soit vulgarisé, facile d'accès, facile en compréhension avec des implications pratiques en fonction des choix et des thèmes qui sont aussi quelque chose qui peut susciter l'intérêt mais en tout cas éveiller le médecin à certaines prudences sur certaines choses. Prenons exemple de l'hygiène au cabinet médical…c'est quelque chose à laquelle on fait attention mais sans connaître les textes et on se rend compte que parfois ce qu'on fait n'est pas suffisant….qu'il y a mieux à faire…une revue de droit pour peut aider le médecin, d'ailleurs, à s'orienter dans les choix qu'il voudrait faire dans les congrès ou ailleurs. Cela lui permettrait de savoir ce sur quoi il veut se former. Quand on lit un article et qu'on y trouve un intérêt, parce qu'on ne connaît pas ou qu'on n'avait pas conscience de son importance, ça peut vous donner envie d'assister à une formation en disant : tiens ça je me suis rendu compte que je n'étais pas très au point ! On prend conscience de ses lacunes et de l'importance…

Une revue, à nouveau…j'insiste sur le fait…moi personnellement je ne peux pas lire un texte de loi brut de pomme…je trouve que c'est hermétique…il y a toujours des références à des articles que vous ne connaissez pas, et finalement vous laissez tomber. Si c'est quelque chose qui est prémâché

par un binôme droit/médecin de telle façon que la compréhension soit d'une facilité évidente, quitte à avoir après des référentiels pour aller chercher des revues plus précises pour pouvoir en discuter avec des gens de droit, d'accord mais il faut que l'abord initial soit facile.

Le médecin, seul, face à cette revue, c'est …

Je pense que si elle est bien écrite, non, le médecin n'est pas seul…d'ailleurs l'écriture doit revenir à la personne de droit de telle façon que l'essentiel soit bien expliqué…ce n'est pas parce qu'on vulgarise que l'on devient laxiste. On peut très bien vulgariser des textes pour les rendre plus abordables tout en respectant le fond du texte de départ. Il y a un vrai travail de synthèse, de vulgarisation qui n'est pas si simple puisque tant en médecine qu'en droit, il y a une pléthore de textes et il est difficile de résumer, de synthétiser et de rendre accessible par le vocabulaire et par l'explication un texte de loi.

Vous pensez qu'organiser une soirée consacrée à un thème juridique attirerait... ?

Oui, à l'instar des soirées de FMC, pourquoi pas ? Elles peuvent être organisées par des facultés de droit, des institutions qui s'intéressent au droit. Je pense que c'est au médecin de trouver ce qu'il recherche dans ses problématiques quotidiennes, dans son intérêt pur intellectuellement…oui pourquoi pas composer ce genre de choses qui ressemble aux soirées de FMC avec des intervenants comme des avocats ?

Comme vous le savez la FMC et l'EPP fusionne pour devenir le développement professionnel continu, comment vous entrevoyez ce nouveau dispositif ?

Ecoutez, le problème dans cette nouvelle version des choses, c'est que l'EPP dans sa version actuelle, c'est une évaluation des pratiques où est absent l'expert que serait la personne de droit. Ce sont les médecins, par exemple dans les groupes qualité, qui s'évaluent ou qui se font évaluer par des évaluateurs mais il n'y a personne qui soit le modérateur ou celui qui permette la compréhension de la chose de droit. Or, comme je vous l'ai dit tout à l'heure, ça me paraît indispensable que les deux coopèrent ensemble pour avoir un langage uniforme. A travers l'EPP, j'ai un peu de doute sur les possibilités de mieux faire comprendre le droit aux médecins. Après, l'autre forme qui est la formation sous son ancien principe, on revient donc aux formations classiques. Je pense que ce qui est important, c'est de ne pas rendre le droit hermétique pour que les médecins y accèdent sans difficultés. Si on se retrouve dans des formations où on tombe sur des maîtres de conférences en droit, aussi intelligents, pertinents, et brillants soient-ils, le but n'est pas atteint…n'oublions pas que le droit pour le médecin, ça n'est pas et ça ne le sera jamais une priorité dans son exercice professionnel puisqu'il y a 90% des médecins qui passent leur carrière sans avoir aucun souci d'ordre

juridique…donc si on n'a pas la fibre, l'intérêt à la matière et comme on n'en a pas, en plus dans 90 % des cas, le besoin, vous comprenez bien qu'il est difficile d'y faire adhérer un professionnel de santé sauf si on arrive à susciter l'intérêt par la qualité de cet enseignement, mais ça doit découler sur un intérêt pratique pour le médecin.

Est-ce que vous pensez que le fait d'avoir des connaissances juridiques pourrait modifier le rapport du médecin au droit ?

Moi, je pense que quand on connaît un vocabulaire et le fond d'un thème, on en a moins peur. Le droit, c'est vécu comme un fardeau parce que les médecins, quand ils ont affaire au droit, c'est qu'ils sont dans une difficulté…donc c'est forcément une conséquence logique de raisonnement en disant « bien voilà, moi j'ai eu affaire au droit dans ma profession que quand j'ai eu tel ou tel souci ». Il faut susciter l'intérêt, la compréhension donc il est important de vulgariser le droit le mieux possible pour que le médecin commence à y trouver de l'intérêt qui sera, de toute façon, de plus en plus important dans l'évolution de notre profession.

Vous pensez qu'il y a une évolution … ?

Moi je pense que oui. De plus en plus le médecin doit être vigilant. Et si nous ne sommes pas encore dans une médecine à l'américaine qui est fort judiciarisée, il me semble que ça pourrait exploser d'un coup…il suffirait que les montants d'indemnisations commencent à s'envoler pour que certains patients y voient un recours de plus en plus intéressant et que ça se mette à se développer à l'américaine, ce que je ne souhaite pas bien entendu.

Est-ce que vous avez d'autres choses à ajouter ?

Non, on a fait le tour de la question…

Je vous remercie.

Entretien n°2 avec le Docteur P. H., gynécologue-obstétricien libéral, 40 ans, vendredi 18 mai 2012

Dans un premier temps, Docteur j'aurais voulu que vous m'évoquiez comment est né votre choix d'être médecin et notamment gynécologue-obstétricien ?

Médecin parce que c'est l'entourage. Je suis entouré par une famille de médecins. Le choix de la gynéco c'est par affinité dans la vie. C'était comme une évidence…

Pourriez-vous préciser ?

C'est quelque chose d'évident pour moi…c'est une spécialité complète qui correspond à ce que je voulais comme médecine

J'aimerais que vous me parliez de votre activité professionnelle au quotidien et notamment de la satisfaction que vous pouvez en retirer.

Ça correspond à l'idéal que je me faisais de la profession…ce qui est moins évident à savoir à l'avance, c'est la quantité de fatigue…je n'aurais jamais cru que c'était si prenant et si fatiguant.

Cette fatigue, vous l'attribuez à quoi en particulier ?

Aux demandes de présence de la part de la patientèle, surtout dans l'exercice privé. La difficulté se trouve dans la patience des gens. Les gens sont très impatients. Il faut toujours être à l'heure, même si on essaie de l'être mais bon, il suffit d'avoir un accouchement et voilà, ça chamboule la liste de consultations et les gens n'acceptent pas toujours bien. Par contre, si je me déplaçais pour eux, ils sont contents donc…C'est une exigence un peu unilatérale…

Est-ce que ce sont des difficultés que vous connaissez depuis toujours ?

Il y a une évolution. Les gens sont de plus en plus impatients…voilà. Et puis on a de plus de plus de paperasseries, d'exigences des différents organismes…voilà.

Pourriez-vous parler de bureaucratisation de la fonction de médecin ?

Oui parfaitement ! En fait, on ne peut pas vraiment parler d'exigences mais c'est surtout que l'on a toujours un dialogue de sourd avec les mutuelles…la sécurité sociale qui gère pas mal dans notre activité. Quand on envoie une lettre pour avoir des détails sur notre activité, à la sécu, on n'a jamais de réponse. Moi j'ai l'impression d'être très peu aidé par les organismes desquels je dépends…On a l'impression que les mutuelles…voilà, elles sont toujours derrière leurs cotisations de la part des

usagers et quand il s'agit d'un remboursement d'un acte, il faut montrer des papiers comme si…voilà il faut montrer qu'on est vivant. Il y a tout un parcours à connaître…

Que vous connaissez ?
Pas forcément en effet. Et c'est ce qui nous fait perdre du temps…on ne tombe pas sur le bon interlocuteur…on ne connaît pas les démarches à effectuer…au lieu de soigner on fait de l'administratif…

Par conséquent, lorsque vous avez des questions de cet ordre qui se posent dans votre exercice, par quel moyen obtenez-vous une réponse ?
La plupart du temps, je fais appel à l'URMEL…Oui voilà, ils sont toujours là pour nous répondre, c'est vrai que c'est un bon moyen de communication. Et puis parfois il y a des choses qui sont dans la déontologie et dans ce cas-là on appelle l'ordre des médecins.

Dans votre exercice professionnel avez-vous déjà été confronté à un problème juridique ?
Non, jamais de litige à ce jour.

C'est quelque chose que vous craignez au quotidien ?
Je prie pour que cela ne m'arrive pas ! (*rires*). Qu'est-ce que je pourrai craindre ? Je pense qu'avec la sécurité sociale, il faut vraiment aller le chercher. Moi je pense…Oui moi je pense qu'il faut vraiment être de mauvaise foi avec la sécurité sociale. J'imagine que pour avoir un litige avec la sécurité sociale il faut vraiment le chercher. Oui, il faut déjà être très critique dans son exercice professionnel. Voilà, il faut vraiment aller très loin quoi…ça c'est mon avis mais après je ne connais pas les détails. Ce sont des dossiers qui ne sont ni blanc ni noir, c'est toujours gris. Il y a une bonne part, je vais dire 99 % des cas, de la mauvaise compréhension.
Je vous donne un exemple tout simple…la sécurité sociale nous a dit l'année dernière qu'on aurait à facturer des frais de séjour parce qu'on n'a pas de forfait journalier…je vais schématiser…une dame enceinte qui saigne, on lui fait une échographie pour être sûr par exemple que le bébé va bien…on va dire qu'on a déclaré aucun cas et en même temps la dame est allée à la clinique pour recevoir des soins, on ne devrait pas facturer un forfait de surveillance mais une échographie.

Pensez-vous que vos études de médecine vous ont suffisamment préparé à l'exercice de votre profession ?
Je trouve que sur le plan clinique oui…pas du tout sur le plan administratif ou juridique, vraiment loin de là ! Je trouve que ce n'est pas mal pour la partie relationnelle, pas mal mais pas encore

parfait ! Mais moi je pense qu'un médecin qui va exercer doit avoir carrément un stage à la paperasserie, quitte à être stagiaire à la sécu ! On n'apprend pas à un médecin comment coter un acte, on n'apprend pas à un médecin comment faire quand on a un litige avec la caisse…on le découvre au fur et à mesure, je trouve que c'est un gros défaut. Le problème, on dit qu'il y a très peu de médecins qui exercent en profession libérale mais c'est normal parce qu'on ne connaît pas, on n'a pas appris la partie libérale de la médecine. Tout ce que l'on a eu, c'est juste ce que l'on appelle la médecine légale, c'est en fait…quelqu'un qu'on trouve mort …on demande depuis combien d'heures, de jours, c'est ça la médecine légale que l'on a vu mais pas la médecine légale comme « je fais quoi si j'ai un litige avec un patient », ça on n'a jamais vu.

Est-ce quelque chose que vous regrettez ?

Bien sûr…ne pas connaître sa responsabilité dans tel ou tel cas, ne pas savoir si on peut donner tel papier au patient, c'est…(*il hésite longuement*)…c'est handicapant ! Oui c'est ça, c'est handicapant… moi, dans ma pratique, la gynécologie-obstéritique, je ne me pose pas trop de questions, et quand je m'interroge, je sais où trouver les réponses…pour tout ce qui est administratif et juridique, je ne sais pas si je pose les bonnes questions…et je ne sais pas où trouver les réponses…on n'a pas les mêmes réflexes qu'en médecine et c'est normal.

Normal ?

Oui après tout on est médecin, on peut pas tout savoir…tout connaître sur les textes, les lois…mais c'est ça qui est compliqué car du droit, il y en a partout…chaque fois que je fais un acte, il y a peut-être un texte qui l'encadre…et ça, je ne le sais pas forcément.

Et votre formation continue ? Comment s'organise-t-elle pour vous ?

En fait moi je suis en cours de certification par l'HAS pour dire « voilà on respecte les normes », comment on appelle ça déjà ?

La phase d'accréditation.

Voilà. Je suis maintenant en fin d'année, je suis déjà inscrit, à une formation notamment juridique qui est organisée par le cabinet qui m'assure. Il est installé à Grenoble et ils ont monté une association. Ils font tous les ans des séances de formation partout en France. Je vais là-bas en décembre, je crois.

Pensez-vous que la formation continue, dans sa palette d'offres qu'elle propose aux médecins, prépare suffisamment aux problématiques juridiques ?

La formation continue actuelle, c'est juste…ça concerne surtout l'évolution thérapeutique et médicamenteuse mais on parle très peu de problèmes juridiques. Il y a très peu de thèmes juridiques…ça manque certainement.

A votre avis, quels sujets manquent ?

Connaître un peu la responsabilité médicale…moi ce qui m'intéresse c'est comment aiguiller les décisions en médecine pour éviter des problèmes, ce serait plutôt ça…le choix des décisions…si je fais ça, qu'est-ce que je risque ? C'est avoir des outils pour me prémunir d'un contentieux…de la médecine préventive quoi, vis-à-vis des infections des patients…Euh…comme j'exerce aussi dans une clinique, j'aurais bien aimé en savoir plus sur les contrats avec les établissements de santé…euh…ils ont des juristes mais nous….en cabinet médical…c'est toujours la même question, en cabinet médical, la seule employée que l'on a, c'est la secrétaire. Moi je trouve qu'en tant que médecins libéraux, on ne connaît pas les rouages d'être employeur pour les secrétaires…on ne sait pas, par exemple, embaucher une secrétaire s'il faut un CDD et un CDI après…un CDD ça m'engage à quoi ? un CDI pareil…il y a plein de zones d'ombre sur des jours fériés remplaçables, pas remplaçables…moi j'avoue que jusqu'à maintenant, la secrétaire me dit ça, les cabinets médicaux disent ça, et moi je suis d'accord car je ne connais pas finalement le droit du travail…

Au regard de ce qui vient d'être dit, est-ce que vous seriez en faveur de l'introduction d'enseignements de droit médical en formation initiale ?

Plus que favorable.

A quel moment cela sera-il opportun ?

Il faudrait que ce soit…juste avant de s'installer, c'est-à-dire vers la fin. Avant c'est peut-être un peu trop tôt et on est plus dans les matières fondamentales. Au début ça ne sert à rien.

Qui devrait assurer cette formation ?

Moi je pense que c'est ce que l'on appelle…alors le problème, en France, il y a une lacune, ce n'est pas moi qui le dit, c'est tout le monde, c'est que l'on a donné le nom d'expert médical à n'importe qui. Par exemple, on peut nommer un médecin expert qui est un médecin généraliste pour un problème gynécologique alors qu'il n'est pas au courant du tout. Nous, par exemple, on reçoit des courriers de médecins généralistes et quand on lit le courrier on voit mais, avec beaucoup de respect, qu'il ne connaît pas … voilà. Par exemple, on voit sans arrêt des généralistes qui nous envoient des patientes… »vous pouvez recevoir ma patiente Madame X parce qu'elle a à kyste à l'ovaire ? » Et quand on fait une échographie, en fait c'est juste un problème d'ovulation et pas un kyste. Si ce

même médecin généraliste est nommé expert, vous vous rendez compte la catastrophe…les conséquences que cela peut avoir…Alors je ne sais pas si ce sont des experts qui doivent former, en tout cas, pour tout….ou alors il faut des experts, des vrais, qui ont étudié des dossiers juridiques et qui parlent dans leur spécialité… qui ont fait des expertises dans le sens propre du terme.
Après, on peut toujours imaginer un juriste mais juste pour faire l'introduction mais pas pour aller jusqu'au bout. Il faut donner des cours, comme on appelle, des cours empiriques, pour donner des exemples…quelqu'un qui a la main à la pâte…qui est vraiment sur le terrain et qui sera faire le lien avec ce que les médecins attendent…

Et dans le cadre de la formation continue ?
Je ne vois pas de différence. Il faut quelqu'un en connexion quand même avec ce qui se passe sur le terrain…un juriste…un expert médical...les deux, pourquoi pas ?

Vous pensez à un binôme ?
Oui…ils n'ont pas les mêmes connaissances, la même vue d'un problème donc ce serait intéressant d'avoir les deux points de vue. Moi je pense qu'il faut que cela soit toujours des cas. Par exemple, un expert qui dit « voilà il a eu ça et ça, on pourrait faire mieux s'il fait ça », donc finalement même s'il y a une catastrophe dans ce dossier, on sait ce qu'il aurait fallu faire...après je suppose que les médecins ont des dossiers un peu suspects dans le sens où voilà…je vais en formation et je dis « j'ai un dossier compliqué, je pense que dans ce dossier, si la patiente veut m'attaquer…qu'est-ce que vous en pensez ? Je risque quoi ? ». Il faut que ce soit toujours basé sur des exemples. Enfin bref, je pense que tous les médecins ont un dossier comme cela où ils se sont peut être dit qu'ils auraient pu mieux faire, et ça c'est bien de faire un retour d'expérience.

Est-ce que vous avez d'autres choses à ajouter ?
Je pense qu'en France, parce que je me suis renseigné un petit peu, on fait une montagne de l'aspect juridique…parce qu'on fait comprendre au médecin…c'est comme l'épée de Damoclès qui va lui tomber sur la tête à tout moment. Moi je pense que ce n'est pas vrai et si c'est vrai dans quelques spécialités ou endroits car on sait qu'en France ce n'est pas égal…il y a des endroits où il y a plus de risques juridiques que d'autres…moi je pense qu'avoir cet espèce d'épée de Damoclès sur la tête des médecins, je pense que c'est un handicap majeur. Je prends l'exemple tout simple de la médecine américaine, qui a choisi une formule très simple pour plaire à tout le monde…les patients peuvent porter plainte sans aucun problème mais le médecin n'est pas censé savoir, donc du coup chaque médecin a son avocat. Il sait que son avocat s'en occupe mais il ne sait pas ce qui se passe. En général, pour une plainte, il y a 98 % de sans suite. Il ya beaucoup de mises en cause mais donc très

peu de possibilité de condamnation, avec les possibilités de compensation financière…Voilà, finalement, en France, être tiraillé chaque fois pour rien, ce n'est pas la peine.

Au regard de votre discipline, vous sentez-vous particulièrement concerné ?

Oui c'est sûr. Nous à la clinique, on voit, on cherche quelqu'un pour s'associer à nous. Il n'y a plus de jeune qui veut faire du gynéco, ça fait 5 ans qu'on trouve plus. Pourquoi ? parce que maintenant les gens veulent faire ça en hôpital pour ne pas être responsable donc moi je pense et je suis sûr et certain que dans trente ans, l'obstétrique ne sera plus comme maintenant. Ça sera des sages-femmes qui feront ça dans des maisons de naissance, etc…parce qu'il n'y aura plus de gynécos. En Angleterre, ils sont déjà à ce point…ils ont deux types de grossesse, une grossesse sans pathologie et il n'y a même pas un médecin qui voit la dame puisque la sage-femme gère du 1er au 9ème mois. La grossesse à risque, c'est le médecin qui gère. Et en plus le médecin est défendable. Et nous, en France, on reste toujours à surveiller les grossesses et les mamans qui vont bien. Voilà alors peut être qu'être préparé au risque judiciaire…peut être…ça peut être pas mal.

Je vous remercie.

Entretien n°3 avec le Docteur H. L., médecin généraliste libéral, 31 ans, mercredi 23 mai 2012

Dans un premier temps, Docteur j'aurais voulu que vous m'évoquiez comment est né votre choix d'être médecin et notamment médecin généraliste ?

Je voulais faire biologie…enfin, je voulais faire de la recherche en biologie. J'ai fait la prépa bio et j'ai arrêté parce que la façon d'étudier ne me convenait pas alors je suis parti en médecine en me disant qu'après, j'allais faire de la recherche, de la biologie, etc…et finalement, au cours de mon cursus pendant l'externat, j'ai bien aimé la clinique donc j'ai décidé de faire médecin praticien plutôt que chercheur. Et puis ma grand-mère était médecin généraliste. Du côté de ma mère, j'ai un oncle qui est médecin mais on n'avait pas beaucoup de contact et après, j'avais une cousine dont j'étais assez proche mais elle a commencé un an après moi ou deux ans après mois. Pour l'instant j'ai choisi d'être remplaçante…j'ai fini ma formation initiale il y a deux ans et demi, j'ai passé ma thèse il y a 6 mois, de toute façon, tant que je n'étais pas thésée, je ne pouvais pas m'installer, et là, il y a à la fois la possibilité de voir comment ça fonctionne dans différents cabinets pour se faire son idée, pour savoir comment on voudrait travailler plus tard, l'organisation matérielle, l'organisation du secrétariat, les horaires dans la journée…voir un peu ce qui fonctionne pour moi et ce qui ne fonctionne pas.

Etes-vous satisfaite de votre exercice ?

Oui et j'aimerais bien m'installer un jour et c'est vrai que quand on remplace, là un peu moins parce que je commence à avoir des remplacements dans des cabinets que je connais donc je connais les patients un peu plus mais c'est quand même difficile d'avoir une relation avec les patients et de faire un projet de soins. Il faut juste suivre le projet de soins du médecin que l'on remplace et des fois, on se sent un peu…quand il s'agit d'initier un traitement ou quoi, des fois quand je ne le sens pas trop avec le patient, je le signale au médecin…quand ce n'est pas urgent, je préfère laisser le médecin faire à sa sauce parce que des fois on n'a pas les mêmes façons de faire, enfin voilà.

Est-ce que cela correspond à l'idée que vous vous étiez fait de la médecine ?

Oui ça correspond à l'idée que je me faisais de la médecine. Après le truc, c'est je pense qu'on n'a pas assez de temps…la façon de l'organiser…on n'a pas assez de temps pour revoir les dossiers à fond ou des choses comme ça.

Rencontrez-vous des difficultés au quotidien?

Avec les confrères je pense que ce n'est pas vraiment de la difficulté mais il y a quand même un manque de communication…mais c'est valable des deux côtés, on n'a pas le temps d'appeler…moi,

je ne fais pas beaucoup de formation médicale continue donc il y a peut-être des moments où il y a plus de rencontres dans ces soirées de formations, des connexions qui se font ce soir-là…je ne sais pas…après je n'ai pas de soucis avec les confrères… Avec les patients, c'est différent…c'est plus parfois des explications qui sont…soit je n'ai pas assez bien expliqué, soit les patients ont mal compris parce que mes mots étaient trop compliqués ou pas la même façon de parler. Par exemple, cet hiver, il y avait pas mal de grippes et je pense qu'à force de répéter toujours la même chose, j'avais oublié des choses ce qui fait qu'ils se retrouvaient vite avec une prescription, sans explications, et du coup, ils avaient l'impression de ne pas avoir été soignés. J'ai eu une ou deux fois des retours comme ça où j'avais juste donné du paracétamol et puis voilà…peut-être que j'étais peut être un peu brutale parce que j'avais pas mal de visites et tout ça…je leur ai donné l'impression que c'est juste une grippe alors qu'eux ils avaient mal partout mais voilà il y a ça aussi…être à l'écoute du patient…c'est pas forcément une exigence...ils en ont besoin…Une fois, j'avais eu une patiente que j'avais envoyée chez un rhumato et j'avais pris un courrier automatiquement généré par l'ordinateur. J'avais mal relu le courrier et du coup, il prenait des constantes qui avaient été prises dans l'ordinateur mais pas forcément celles que j'avais prises le jour même, donc je n'avais pas pris la tension car elle avait été prise deux semaines avant et le poids que je n'avais pas repris non plus car il datait d'il y a un an et donc elle était revenue avec le courrier en disant que ce que j'avais écrit n'était pas réel mais c'était ma faute, j'avais pas relu le courrier…il y avait un poids et une tension que je n'avais pas pris le jour même. J'en ai parlé au médecin que j'avais remplacé et il m'a dit ce n'est pas grave…c'est sûr mais à ce moment là on a peur des suites, que cela arrive plus tard même…

A quelles suites pensez-vous ?

Une plainte…je ne sais pas si ça pouvait aller loin mais bon…

Pensez-vous que l'on puisse parler de bureaucratisation de la fonction ?

Je ne sais pas parce qu'en étant remplaçante, ce n'est pas moi qui m'en occupe. Les protocoles de soins, les accords préalables, ce n'est pas moi qui les fais. J'ai l'impression qu'il y en a quand même de plus en plus parce que là où je remplace, à chaque qu'il y a un patient qui rentre dans cet EHPAD, il faut que le médecin signe un contrat avec l'EHPAD. C'est vrai qu'on a beaucoup de remplissages, de signatures…Au niveau de la paperasserie, c'est vrai qu'ils demandent de plus en plus de justificatifs…la sécurité sociale…mais là c'est pareil ce n'est pas moi qui gère directement. Je pense qu'en étant remplaçante je passe au travers de beaucoup de choses, de tracas administratifs. Je ne le vis pas directement mais je m'en rends compte…

Au quotidien, êtes-vous confronté à des questions juridiques ?

Il peut m'arriver de me demander si le Code de la santé publique permet de faire tel ou tel acte…s'il faut un consentement du patient…C'est plus en étant externe et interne que j'ai eu ce genre de questionnement parce qu'on a plus de relations avec la famille et tout ce qui est secret médical, notamment aux soins de suite où il y a toutes les histoires d'orientation des personnes âgées en fonction de leur handicap et de leur dépendance. Il fallait en discuter avec la famille, etc…il fallait en parler avec les patients mais il y avait une discussion à côté sans le patient….notamment sur les refus de soins…notamment aux urgences. Les gens qui fuguaient…quand il faut le signaler ? Quand on laisse tomber ceux qui refusaient les soins qu'est-ce qu'on fait ? C'est surtout savoir comment on doit agir dans l'urgence sans faire d'erreur…

Comment trouvez-vous des réponses à ces différents problèmes juridiques ?

Le réflexe que j'ai eu avec la patiente pour son courrier, je l'ai noté dans le dossier… autrement je n'ai pas de contact juridique, d'amis ou de choses comme ça. Ce qui est plus compliqué, c'est de trouver la bonne information juridique au bon moment…

Quelles sont vos craintes au quotidien ?

Je ne sais pas. Je n'ai pas assez d'expérience pour me demander sur quoi. Je penserais, parce que je n'ai pas d'expérience avec des confrères libéraux, ni trop avec les patients…je pense que je crains plus les problèmes avec les patients mais pas avec la sécu mais c'est difficile à dire…c'est plus la plainte d'un patient qui me soucie, je pense.

Estimez-vous que vos études vous ont suffisamment préparé à votre exercice professionnel ?

En deuxième année, on avait un module de médecine légale et dedans, il y avait les points juridiques, mais c'était un peu abstrait…il n'y avait pas de pratique…beaucoup d'énonciation d'articles juridiques mais on n'arrive pas à faire le lien avec la pratique...on ne voit pas le rapport à ce moment-là…c'était un cours fait par un médecin légiste. C'était la base juridique mais je crois que ce qui est dommage, c'est que l'on n'ait pas eu beaucoup d'exemples. Après, quand on est en deuxième année de médecine, on n'a pas vraiment d'idée de comment ça va se passer. Ça reste abstrait quoi. Après je ne crois pas que l'on ait eu de cours spécifiques…il y avait un peu d'éthique et un peu de juridique aussi et après surtout, oui en psychiatrie tout ce qui était sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, etc…mais c'est considéré comme des modules mineurs donc on n'a pas beaucoup d'heures de cours dessus.

Et puis des fois, on était confronté en stage pratique à des médecins chefs de service, qui eux n'étaient pas bien renseignés non plus. Du coup, il y a un mélange de choses…nous on ne sait pas et

eux non plus… c'était beaucoup en fonction des craintes et des peurs de nos chefs…ceux qui avaient peur d'un procès connaissaient et nous renseignaient…les autres ne s'y intéressaient pas…par exemple les fugues, il y en avait qui déclaraient systématiquement, d'autres pas, enfin…En troisième cycle, je ne crois pas que l'on ait eu de discussion autour du juridique alors qu'on est proche de l'exercice et que les questions commencent à se poser…

Est-ce quelque chose que vous regrettez ?

Oui…c'est vrai en libéral, savoir vers qui se tourner, connaître un petit peu de droit pour les patients, savoir ce à quoi ils ont droit, …

Comment organisez-vous votre formation continue ?

J'ai fait deux congrès…deux fois ça…euh qu'est-ce que j'ai fait d'autre ? J'ai fait des journées de gynéco je crois et je suis abonnée à des revues… je fais des formations médicales et ce n'est pas hyper facile, enfin pas hyper facile de tenir le rythme. Là, ça fait plusieurs mois que je ne me suis pas réinscrite à des formations. Je pense que c'est un problème d'organisation.

Que pensez-vous de l'offre de formation continue qui vous est proposée ?

On trouve facilement, oui. Après en droit…je sais pas…c'est plus médical… au dernier congrès, j'ai assisté quand même à une session sur les certificats médicaux. C'était peut-être en 2010…Avant, je m'intéressais à la clinique mais maintenant je m'intéresse à d'autres choses…

Comment expliquez-vous ce changement?

C'est important. Dans mon exercice, je rencontre de nouvelles problématiques…je prends conscience de mes lacunes…on avait vu rapidement la responsabilité du médecin mais c'est important de faire une piqûre de rappel aussi parce qu'on oublie. Voyez, les certificats médicaux dont je vous ai parlé…C'était un peu compliqué des fois de voir la pratique avec nos chefs…comment ils faisaient leurs certificats médicaux et il y a aussi cette histoire qu'on n'a pas le droit de refuser un certificat médical…en fait j'ai toujours eu cette idée en tête alors qu'on ne peut pas faire n'importe quel certificat, savoir comment l'expliquer, voilà quoi. Tout ça on ne l'apprend pas vraiment…Savoir différer la rédaction pour la faire la tête reposée, etc…maintenant je le fais beaucoup alors qu'avant, je ne le faisais pas…les certificats de coups et blessures, la sauvegarde de justice, ça pose plein de questions juridiques je pense et nous on les fait parfois sans se poser ces questions-là…

Seriez-vous vous en faveur de l'introduction d'enseignement de droit médical en études de médecine ?

Oui, ça me semble intéressant, mais c'est toujours pareil, si on tombe sur des personnes de bonne volonté ça va, c'est si on tombe sur une personne compliquée quoi…dans ce cas-là c'est bien de savoir vers qui se tourner. Oui c'est important…il y a déjà des heures. Par exemple, il y a des heures en deuxième année…peut-être remodeler le truc pour en faire quelque chose de moins magistral et un peu plus interactif avec des cas concrets et peut être du coup…je pense que c'est un peu pareil que pour la clinique où on voit plusieurs fois la même chose, là ça serait peut-être bien de le faire au début parce que c'est bien d'avoir des bases et puis voir des cas qui nous arrivent et puis d'avoir à nouveau en fin de cursus une formation puisque logiquement on a quand même plus d'expérience…même si on n'en a pas énormément mais on a les expériences qu'on a eues aux urgences, avec les médecins, etc…

Qui devrai assurer cet enseignement ?

Ça pourrait être fait en binôme…un médecin et quelqu'un du droit…

Pourquoi ?

Parce que c'est bien d'avoir un spécialiste, un référent en droit, quelqu'un qui travaille là-dessus en permanence. Il a plus d'expérience, plus de cas pratiques en tête, ça peut être plus simple…simplifier plus les choses et en même temps avoir un médecin pour y voir l'application médicale. Pour ne pas avoir que du côté procédural mais voir le relationnel aussi…à part si c'est une personnalité pathologique hyper procédurale, on ne peut pas faire ça mais en tout cas voir un peu…oui comment on peut faire pour garder du relationnel, pareil avec les confrères. Peut-être faire un truc un peu…des fois quand on est expert dans une chose, on voit moins…on est moins pluridisciplinaire. Ça permettrait peut-être de faire des allers-retours entre la médecine et le droit. Ca vaut pour les deux mais surtout en formation initiale parce que les étudiants n'ont pas beaucoup d'expérience médicale. Je pense que c'est important que l'on fasse rentrer d'autres disciplines dans le médical. En tout cas, moi je le ressens en tant que médecin généraliste…après je ne suis pas cardio, moi ce qui m'intéresse c'est qu'au quotidien, on a plein de choses différentes donc ce serait bien que l'on ait des formations avec des comptables, un comptable qui vienne, une assistante sociale qui vient nous parler, j'avais fait aussi une formation avec une orthophoniste qui m'avait fait les trucs du langage etc…parce qu'on voit les gens, les autres professionnels on les rencontre, ils nous expliquent comment ils travaillent, on prescrit moins dans le vent. Comme pour les kiné. Les kinés, ils ont plein de choses à nous

apprendre aussi. Je pense qu'il faut développer des partenariats avec d'autres disciplines et pourquoi pas le droit ? Oui…pourquoi pas ?

Est-ce que vous avez d'autres choses à ajouter ?
Non…c'est très bien. Merci.

Je vous remercie.

Entretien n°4 avec le Docteur F. L., anesthésiste-réanimateur, 36 ans, mardi 12 juin 2012

Alors, dans un premier temps, Docteur, j'aurais voulu que vous m'évoquiez comment est venu votre choix d'être médecin ?

Au départ, j'étais en Science-économie et je ne me suis pas sentie pouvoir me raviser dans ces études…je voulais faire des études plus scientifiques, plus proches de l'humain et je voulais aussi, j'imaginais pouvoir faire de la médecine humanitaire.

C'est toujours le cas ?

De la médecine humanitaire ?

Oui

Oui, je le garde à l'esprit…

Pourquoi cette envie de pratiquer la médecine humanitaire ?

Je ne sais pas…envie de pratiquer une médecine différente…dans des conditions différentes…les conditions doivent être difficile mais quel retour vous devez avoir !

Des personnes dans votre entourage exercent dans le même domaine ?

Non, aucun.

J'aurais voulu que vous me parliez de votre activité médicale au quotidien. Comment cela se passe-il au quotidien ?

J'y suis très bien, je fais beaucoup dans ma profession et dans mon service. Je fais la médecine que j'avais imaginée, que je voulais pratiquer c'est-à-dire une médecine d'un service public, qui s'adresse à toute la population et dans un endroit où il y a une bonne entente entre les différents intervenants, l'équipe médicale et paramédicale, donc oui je suis satisfaite. Je pense que…oui, cela correspond à ce que je m'étais imaginé…

Quelles sont les difficultés que vous pouvez rencontrer au quotidien ?

Les difficultés que je rencontre au quotidien…c'est la gestion des places des patients….ensuite, ça pourrait être la communication…malgré tout, avec tous les intervenants ce n'est pas toujours facile de parler le même langage, on n'a pas forcément les mêmes intérêts les uns les autres et après, ce n'est pas des problèmes quotidiens mais les problèmes législatifs sont probablement toujours là de façon inhérente et parfois en effet il y a quelques situations où il y a un problème de droit, de prime

abord mais peut-être pas forcément au quotidien. A la fin, en anesthésie, on nous parlait beaucoup de l'aspect médical légal…c'est un élément important et finalement sans trop que l'on sache vraiment ce que ça peut impliquer réellement.

Y a-t-il eu une évolution de ce que vous décrivez ?

C'est quelque chose que je ne connaissais pas du tout, que je n'appréhendais pas du tout non plus. Je ne pensais pas du tout que ça pouvait être quelque chose qui pouvait être évoqué dans notre formation…moi je n'ai pas du tout de souvenir, je ne me souviens pas avoir eu des cours là-dessus. Même en internat, je ne me souviens pas que l'on ait évoqué ça. C'est un peu peut-être juste quand on faisait les hospitalisations d'office mais à part cette question-là, je n'ai pas souvenir que l'on ait parlé réellement de ça, de savoir déjà comment nous on est couverts nous ici dans notre exercice par rapport à ça et quelles sont les situations qui peuvent être particulières. Comment on peut les gérer ?

Euh…s'il y a une évolution ? oui parce qu'en fait, de plus en plus, je pense que quand on monte au fur et à mesure de notre formation, il y a le mot responsabilité qui apparaît au fur et à mesure. Quand on est externe ou interne, on ne se soucie pas trop parce qu'on est plutôt dans l'apprentissage de notre fonction et que notre fonction au départ n'est pas l'aspect de droit, ce n'est pas le droit qui est en première ligne…nous, c'est soigner les gens. Et après, voilà, je pense que ce n'est pas ça qui est du tout abordé. Après, au fur et à mesure, par exemple quand on voit nos dossiers qui sont informatisés, on peut se rendre compte que finalement, si les experts nous disent comment on doit rédiger nos dossiers, la question c'est de me dire comment je remplis mon dossier médical ? Est-ce que c'est pour améliorer la transmission médicale et donc pour le bien-être du patient ?...ou aussi pour au cas où le dossier serait saisi…Et finalement, ça, ça m'interroge beaucoup car je ne sais plus quel est l'élément le plus à plaindre. Finalement est-ce que c'est le droit qui nous influence dans la façon dont on travaille ? C'est mon interrogation. Je me dis que savoir ce que je risque c'est bien mais je ne veux pas tomber dans le piège de…faire les choses pour éviter qu'il m'arrive quelque chose…

Une médecine défensive ?

Oui, c'est ça… j'aime bien ce terme, je vais le noter !

Lorsque vous êtes confrontée à des problématiques juridiques, par quel moyen obtenez-vous une réponse ?

Moi, ça m'est arrivé une fois, j'avais vraiment une situation pour laquelle j'avais besoin d'avoir un avis et à l'hôpital on a un juriste, c'est à lui que j'ai fait appel. Sinon, après, les autres personnes, c'est plutôt des responsables administratifs, ce qu'on appelle des cadres, mais leur information je ne leur donne pas la même valeur que si c'est le juriste qui me la donne.

D'autres interlocuteurs ?

Si vous pensez au Conseil de l'Ordre…non jamais. C'est pareil, quand une personne m'a dit « quand est-ce que tu vas solliciter le conseil national d'éthique ? », j'ai dit « je n'ai pas ce réflexe-là ». Est-ce que c'est un problème de communication ? Je n'en sais rien. Pourtant, on reçoit un bulletin mensuel que je lis de façon très rapide, un peu en diagonal…est-ce que c'est parce que c'est une institution qui nous paraît lointaine physiquement tout simplement et que finalement, on a rarement l'occasion de se croiser…après je crois que l'on travaille, on va là où c'est le plus rapide, le plus facile, donc quand on prend le temps de réfléchir aux choses…on se dit « et bien tiens, où je peux trouver l'information ? » mais nous, on doit avoir des réponses rapides, on va là où ça nous semble le plus rapide et moi je n'ai jamais pensé au conseil de l'ordre, voilà. Moi j'y suis allée pour m'y inscrire une fois et puis c'est fini.

Avez-vous déjà été confronté à un problème juridique ?

Oui.

Est-ce que vous pourriez me l'évoquer ?

C'était les témoins de Jéhovah pour la transfusion sanguine. J'avais fait appel au juriste parce que j'étais dans une situation…je ne sais pas si vous connaissez un peu la problématique pour les témoins de Jéhovah mais il y avait un patient qui devait être transfusé et je n'avais pas le droit…enfin j'avais pas l'accord…du coup j'avais fait appel au juriste pour qu'il me donne la conduite à tenir dans cette situation-là et le premier conseil qu'il m'avait donné n'était pas forcément clair… je sentais venir le problème…quand j'étais vraiment mise au pied du mur et qu'il a fallu prendre la décision, j'ai fait appel à lui, il était présent et il y a eu une discussion avec la famille, j'ai trouvé que finalement sa phrase n'était pas extrêmement simple, c'est-à-dire que la formule n'était pas extrêmement claire…après j'ai fait mes propres recherches derrière, je l'ai clarifiée…en tout cas, sur le moment, je n'avais pas à de texte de loi en tête… En fait vous êtes dans une situation qui est un peu conflictuelle et finalement vous devez garder à l'esprit que ça pourrait être du civil, du pénal…voilà, après il l'a peut-être dit plus clairement mais sur le moment ce n'était pas très…surtout que nous on veut…je ne sais pas…quand on veut un avis c'est dans les 5 minutes et tout ce qui est droit, il faut prendre son temps, poser la question alors que, nous, on est tellement rapide, la situation est là, on l'expose en 5 minutes, on ne va pas passer une heure à discuter.

Quelles sont vos craintes au quotidien ?

Par exemple, les patients qui partent contre avis médical et ça ce n'est pas très clair aussi parce qu'on a eu récemment le cas. Finalement les médecins avaient une drôle d'attitude, en tout cas certains…si on ne suit pas l'avis médical, ça veut dire que le médecin a expliqué la thérapeutique nécessaire et là, le patient dit « je ne la veux pas », alors c'est acté et signé par les deux alors que la fuite, c'est autre chose. En fait, je trouve que ce n'était pas extrêmement clair…je ne savais pas qu'il y avait vraiment deux façons de voir le problème. Finalement, ce n'est pas la situation qui disait « voilà qu'est-ce qu'on va choisir comme modalité ? ». On avait l'impression qu'il y avait une façon de voir les choses, chaque médecin voulait voir la chose et dire, pour moi, ce sera toujours la fuite et du coup, après j'avais discuté avec le patient et ça c'est bien passé finalement. Voilà, il y a un peu cette situation-là. Après on peut avoir des situations dans les études cliniques aussi…des situations alors que les études cliniques sont en général très bien encadrées…des fois, on peut faire rentrer les patients avant leur consentement ou on prend leur consentement *a posteriori*, mais là je ne sais pas très bien si on est réellement couverts, voilà ce sont les situations que l'on peut avoir.

Après, nous ici, on m'a sollicitée parce qu'il y avait un dossier qui avait été saisi et j'étais intervenu à un moment donné dans la prise en charge de cette personne qu'on m'avait demandée. Je n'avais pas du tout suivi ce patient, c'était un médecin qui gérait ça derrière. Le dossier a été saisi et on me demande « est-ce que tu t'en souviens au cas où ? » Je ne sais pas si on est protégé ou pas parce qu'il y a quand même des réclamations et on ne nous en parle pas. Après, nous aussi, on nous appelle pour des saisies de dossier, on doit être présent quand les secrétaires sortent les dossiers pour les donner, on compte les feuilles et puis c'est tout.

Le fait d'exercer en établissement de santé modifie-t-il vos craintes d'un problème juridique ?

Oui, certainement mais ce n'est pas une protection parce qu'en fait, je ne m'y attendais pas mais par voie de fait, je suis protégée par rapport à un médecin libéral. J'ai l'impression que notre fonctionnement est complètement différent : eux sont en première lignée alors que nous, on ne l'a pas. Ça n'a pas fait partie de mon choix, c'est juste que c'est un état de fait. Après aussi, je suis moins dans ces situations car je travaille aux urgences. Nous, on a tellement des obligations de moyens dans notre système que déjà les situations sont quand même moins portées aux litiges puisque notre service, il est permanent. Nous, les intervenants sont là 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7…on ne peut pas avoir ce genre de problème, alors que les gens qui travaillent dans le privé, il y a forcément des intérêts contradictoires que l'on n'a pas ici ou beaucoup moins quoi…mais aux urgences, peut-être que dans d'autres services ça serait différent. Mais je pense que dès le moment où quelqu'un pose une indication et que vous n'êtes pas d'accord avec l'indication, c'est là que vous

pouvez être mise en porte à faux. Par exemple, j'ai des collègues qui sont dans le privé et c'est un peu ça les situations : la famille où il y a un problème médical, il y a un des médecins qui va se couvrir et qui va reporter la faute sur l'autre médecin et c'est un peu ça les situations, nous on n'a pas ça. Mais ça pourrait arriver mais aux urgences, c'est tellement trop rapide.

Quel souvenir gardez-vous de vos études de médecine ?

C'était une formation qui alliait la théorie et les stages avec une formation qui, finalement, est très…en tout cas c'est un mixte entre la théorie et les stages pratiques et après, quand on fait notre spécialité, là c'est vraiment comme une sorte de compagnonnage parce qu'on est vraiment instruit par nos pairs.

Considérez-vous que vos études de médecine vous aient suffisamment préparé aux problématiques juridiques ?

Non, du tout…enfin je n'en ai pas le souvenir… je ne me souviens même pas d'avoir eu de la médecine légale ou de l'éthique…En tout cas, cela n'a pas marqué mon esprit…donc je ne pense pas que cela ait eu un impact sur mon activité professionnelle.

Comment organisez-vous votre formation continue ?

La formation continue…on a à l'hôpital…on a droit à un certain nombre de jours de formation continue avec un certain budget qui n'est pas énorme puisque de tout façon, le prix de la formation continue a augmenté depuis deux ans. Donc ça demande un investissement financier conséquent et voilà, la formation continue…ça fait deux services dans lesquels je travaille, finalement c'est un peu nous qui sommes un peu autonomes par rapport à ce qu'on nous propose comme type de formations.

Et vous, vous êtes demandeur?

Oui tout à fait, tous les deux ans. Au tout début jusqu'à maintenant, des formations qui ont trait à des techniques médicales et là, depuis deux ans, je fais un Master d'éthique. Il s'est passé que j'avais des situations cliniques fréquentes où j'avais besoin de prendre du recul et d'avoir des réflexions sur ma pratique.

Comment avez-vous effectué votre choix ?

C'est extrêmement compliqué. Santé publique…économie de la santé…c'était plus ça au départ que je cherchais et c'est un peu par hasard que je suis tombé sur l'éthique et du coup, je me suis dit que ça pouvait correspondre aussi à quelque chose qui pouvait être…voilà mais ce n'était pas ça au départ que je cherchais. Mais par contre, les formations que je cherchais, elles sont compliquées. Quand j'en

parle autour de moi, c'est un peu difficile de trouver un interlocuteur à l'hôpital avec qui on peut discuter…

« Difficile » à quel niveau ?

Ce qui reste prépondérant, c'est que le service puisse continuer à tourner, ça c'est évident. Nous, la formation, elle est possible que si ça n'altère pas le fonctionnement du service, ce qui est le cas. Après les freins, non, il n'y en a pas de façon directe…moi dans mon service il n'y en a pas. Il n'y en a pas si ce n'est qu'après tout, ce qui est formation un peu...comme l'éthique n'est pas forcément quelque chose qui peut être perçu comme évident. Ce n'est pas si évident pour les gens…ce n'est pas un frein mais pour certaines personnes, pas tout le monde, mais une bonne partie, ça questionne énormément, pas forcément dans un sens d'ouverture on va dire.

Au regard de votre pratique professionnelle, quels sont les thèmes juridiques qui vous semblent importants de connaître ?

Déjà moi, quand on parlait tout à l'heure des situations…l'un des premiers mots que j'avais entendu quand j'avais commencé…enfin il y a des mots qui reviennent tout le temps dans notre formation d'anesthésiste, c'est « médico-légal ». En fait, on ne sait pas du tout ce que cela signifie et quelle implication ça va avoir. Après on peut avoir…c'est par rapport à des recommandations. Par exemple, en ambulatoire, les patients peuvent partir…il y a des recommandations qui sont faites par des sociétés savantes et nous, parfois, on ne les suit pas forcément au pied de la lettre car on juge que le patient sans soucis peut partir, qu'il n'y aura pas de danger pour lui et on se pose la question « est-ce que finalement on doit suivre la recommandation ou est-ce que parce qu'ils considèrent que le patient n'a pas de risque, est ce qu'on va être couvert ? »…Voilà, ce genre de situation pratique qu'on ne sait pas. C'est là qu'on se rend compte qu'on n'est plus dans une logique médicale mais dans une logique de protection par rapport à notre pratique. Ce côté médico-légal c'est un peu ça en fait. Je pense que le mot « *médecine défensive* » c'est exactement ça, c'est-à-dire que ce n'est pas forcément quelque chose de façon logique, qu'on a envie de faire mais on nous dit « attention, là, tu risques quelque chose » et c'est vraiment pour soi en tant que médecin et pas pour le patient qu'on le fait. Nous, on a une formation pour ça, on est formé pour que le patient aille bien, on ne met pas en danger le patient. C'était ça surtout le problème médico-légal. Après il y a tous les côtés assurantiels. Moi je ne comprends toujours rien…comment je suis assuré ? Qui m'assure ? Qu'est-ce que ça couvre exactement dans mon activité ? Quels sont mes droits dans l'institution par exemple ? Comment je dois travailler ? Quel est mon contrat ? On signe des feuilles qu'on nous balance et personne nous explique ce qu'on doit signer…je ne sais pas ce que je signe finalement.

Est-ce qu'il y a d'autres thèmes que vous pouvez évoquer ?

Oui, les certificats médicaux…En général on fait ça. Tout ce qui est papiers qu'on doit donner pour les assurances des patients, on ne sait pas du tout ce qu'on a le droit de mettre comme informations alors on essaie d'en mettre le minimum mais suffisamment pour l'assurance mais on sait qu'on doit préserver le secret médical alors c'est un peu toujours délicat. Il faut écrire un papier en imaginant que c'est pour l'intérêt du patient mais, bon, c'est toujours pareil, on ne sait jamais trop ce qui est dans l'intérêt du patient quand une assurance est mise en jeu. Tout ce qui est IPP, là, pareil un flou artistique complet où généralement on met une semaine à trois mois…voilà des trucs un peu bizarres et je n'arrive pas à trouver l'information quelque part. C'est toujours pareil, tu as l'impression que c'est un métier qui est formidable et puis quand vous cherchez des informations très pratiques… il ne se passe rien. Et puis il faut savoir les digérer, les interpréter car finalement, elles sont écrites mais après …après il me semblait quelque chose qui me semblait important….pour tout ce qui est obsèques médico-légales…dans les décès, ça c'est pareil, on en a quand même beaucoup des gens qui sont accidentés avec des fois des procédures de prélèvement multi-organes et on fait appel au procureur et ce n'est pas du tout clair et finalement, oui il faut toujours le marquer et à chaque fois que je l'ai marqué, j'ai déjà eu des médecins qui me disaient « mais enfin pourquoi tu m'as appelé ? Est-ce que tu penses que la mort n'est pas naturelle ? Voilà ce n'est pas très clair pour moi ça.

Seriez-vous en faveur de l'introduction de droit médical en étude de médecine ?

Oui. J'ai l'impression qu'il y a des choses qu'il faut des fois qu'elles se digèrent un peu et probablement que sur nos cinq ou six premières années, on n'est pas du tout dans cet aspect-là et je pense que ce n'est pas plus mal que l'on n'y soit pas. On doit apprendre à soigner les gens et c'est déjà pas mal de choses à apprendre donc, à mon avis, ce n'est pas sur le premier cycle qu'il faut le faire. Par contre, quand on commence à être interne et qu'on a des responsabilités car on fait pas mal d'actes qui nous engage, on ne sait même pas comment on est engagé, comment on est couvert…il faut à mon avis que ce soit vraiment en parallèle avec ça et puis je pense que ces cours doivent s'intensifier au fur et à mesure puisqu'à la fin, quand vous terminez et que vous êtes médecin thésé et que vous voulez partir dans le public ou dans le privé, c'est bien de savoir comment et ne pas arriver un peu à l'improviste.

Qui devrait alors assurer ces formations ?

Pas des médecins parce que je pense que…en tout cas ce qui serait intéressant pour nous, c'est d'avoir un autre regard…il ne faut pas qu'on ait toujours le même regard. Même si c'est un médecin qui est formé au droit mais il faut aussi avoir le regard de personnes qui vont avoir vraiment un autre

langage que nous et comprendre aussi que quand on est dans ce genre de situation, quel est le vocabulaire adapté et le monde dans lequel on est…si on a toujours quelqu'un devant nous qui est dans le monde médical, on sera toujours dans le même alors qu'à un moment donné, je pense que quand on voit comment ça se passe, on est un peu perdu parce qu'on ne sait pas comment ça se passe dans ce monde-là et à mon avis c'est bien d'avoir des professionnels qui soient de ce milieu-là et qui pourront adapter leur discours mais en tout cas qui présentent vraiment ce que c'est, en tout cas je pense qu'on a les capacités pour pouvoir ….

Et sous quelles modalités ?

Après c'est des thématiques assez concrètes comme on l'a évoqué, qui vont être des situations…de dire « voilà quand vous êtes interne, voici le genre de chose à laquelle vous allez être fréquemment confrontés, des situations auxquelles vous devrez faire face ». Des espèces de modules de la pratique quotidienne…Après, en tant que médecin, pour nous, il faudrait avoir des formations continues qui pourraient être proposées par l'institution en cours du soir. Il y a des fois quelques formations continues qui nous sont proposées mais ça n'a jamais été proposé comme ça…c'est plus la recherche, la gestion des risques, la gestion des conflits. Mais on peut tout à fait imaginer que l'hôpital nous propose d'avoir des cours pour les médecins…après, il faut toucher tout le monde. Si on n'a pas eu de droit à un moment donné, il faut peut-être rattraper ces choses-là. Après, je pense que pour les internes, ça pourrait faire partie des modules et ce serait du coup une formation qui serait obligatoire. C'est un peu difficile d'obliger les gens à un moment donné mais…c'est important de connaître ces choses-là…

Et en formation continue ?

En formation continue…euh…je pense que oui, ça peut être intéressant mais je pense qu'il faut aussi avoir des présentations qui soient faites par des professionnels. Après, laisser un temps derrière pour que les gens présentent des cas, oui, mais il y a un moment donné il faut formaliser les pratiques, et dire voilà comment la pratique doit être faite. Il faut pouvoir aussi anticiper les situations. Je pense que chaque situation est complexe et particulière et donc on aura forcément besoin d'un avis.

Est-ce que vous avez d'autres choses à ajouter ?

Non, rien d'autre je pense…

Je vous remercie.

Entretien n°5 avec le Docteur C. D., médecin urgentiste, 46 ans, mercredi 13 juin 2012

Alors, Docteur dans un premier temps j'aurais voulu que vous m'évoquiez comment est né votre choix d'être médecin ?

Je ne voulais pas être médecin, je voulais être dentiste, j'ai raté dentaire. Et ensuite je voulais être radiologue et au moment du choix à la DRASS, je venais d'accoucher, j'étais à la clinique et j'ai dit à mon mari de me prendre un stage sur le CHR de Lille pour ne pas me retrouver à Dunkerque avec un nouveau-né.

Comme se passe votre exercice professionnel au quotidien ?

Et bien, contrairement à beaucoup de collègues, ça se passe très bien. On est une bonne équipe parce qu'on est jeune et c'est assez cool. Donc on a un exercice qui est très intéressant parce qu'on fait tout et parce qu'on s'entend très bien. L'entente, je pense que c'est la première chose comme la satisfaction dans le travail. Il n'y a pas un matin où on se lève avec les pieds de plomb, c'est vrai. Depuis plus de 10 ans que je suis aux urgences, je ne le regrette pas, je n'irais pas ailleurs sinon pour aller dans le privé pour faire de l'argent. J'ai la satisfaction que je recherchais même si ce n'est pas facile tous les jours…

Justement, quelles sont les difficultés que vous pouvez rencontrer au quotidien ?

Je n'ai pas de difficultés avec les patients, ni avec les collègues mais avec l'administration. Je trouve qu'on fait de plus en plus d'administratif et qu'ils oublient qu'on doit être, nous, au chevet du patient. Ils prennent beaucoup de temps sur notre temps de travail pour faire des réunions qui ne servent à rien pendant qu'il y a des gens qui attendent de se faire opérer de petits trucs et qu'ils sont obligés d'attendre qu'on ait fini notre réunion.

Pensez-vous qu'il y a une bureaucratisation de la fonction de médecin ?

Ah oui complètement ! C'est exactement cela ! Des réunions, des formulaires …enfin, non les formulaires, moi je refuse donc ce n'est pas un bon exemple, mais surtout des réunions…trop de réunions…

Est-ce que cela a évolué ?

Oui ça fait deux ou trois ans qu'on fait de plus en plus d'administratif…c'est pesant au quotidien…moi je suis médecin après tout ! Ils confondent la fonction de soignant et de non soignant…enfin de surveillant ou de gens qui n'ont que ça à faire, qui ne font plus de soins. Ils

prennent les soignants pour faire des réunions, et je trouve que ce n'est pas notre boulot ou alors il faut nous remplacer mais…Après il y a des médecins qui adorent ça donc…

Est-ce que vous rencontrez des difficultés juridiques dans votre exercice ?

Parfois…les témoins de Jéhovah, les refus de soins, les personnes sous tutelle ou curatelle…toutes les histoires de consentement quoi ! C'est tout parce que contrairement à ce que l'on pourrait croire, les urgences ne sont pas tellement attaquées. Le fait que ce soit de l'urgence, les gens ne sont pas revendicateurs, comme une chirurgie programmée ou quelque chose où on a déjà vu le patient et qu'on aurait du lui expliquer avant. Nous, on ne travaille pas du tout dans ce cadre-là, très peu de plaintes. A la dernière réunion justement, il y avait le service juridique de l'hôpital et ils nous disaient qu'il y en avait pas mal en médecine mais côté chirurgical il y en avait moins. C'est plutôt les longs séjours…et encore tout ce qui réanimation, nous quand ils viennent, c'est du déchoquage donc quand ils viennent, on leur sauve la vie. Au mieux, on est des dieux, au pire il est mort, on a fait tout ce qu'on pouvait. C'est vrai que l'on travaille avec une certaine tranquillité. Moi je sais des amis qu'il y a des amis qui me demandent comment je peux tenir…A la limite, une appendicite chez un enfant qui pourrait mal se passer…ça, on ne s'en remettrait pas de dire aux parents « il est mort au bloc pour une appendicite » alors que s'il arrive avec deux bras coupés et le camion dans le ventre, on passe pour des héros donc…côté plainte, je n'en ai jamais eu.

Quel type de problème juridique pourriez-vous craindre ?

J'avais oublié…deux fois je suis passé en conciliation oui, sauf que c'était deux fois en moins de six mois d'intervalle, une fois à Amiens et une fois ici et la deuxième fois quand je suis arrivée, c'était le même conciliateur, c'est tout juste si il ne m'appelait pas par mon prénom (*rires*). Qu'est-ce que je pourrais craindre ?...l'administration…Je craindrais plus que l'administration nous lâche, je n'ai aucune confiance dans l'administration hospitalière, c'est clair. On se sent un peu seul. Je ne me sens pas protégée par le fait d'exercer à l'hôpital…pas du tout même…alors j'ai plus peur de mon administration que du patient, c'est sûr !

Par quels moyens obtenez-vous des réponses à vos questions juridiques ?

Principalement le service juridique de l'hôpital….oui…j'aurais pas d'autres idées…Ceci dit, pour les deux conciliations que j'ai eu, j'ai fait appel à un avocat…De toute façon, je me vois mal appeler le Conseil de l'Ordre…ils me diront d'aller voir le service juridique de mon hôpital…

C'est quelque chose que vous avez vécu ?

Non…mais je m'attends à cela…ce n'est peut-être pas vrai dans les autres hôpitaux mais ici oui…

Estimez-vous que vos études de médecine vous ont suffisamment préparé à des problèmes juridiques ?

Non, aucune préparation, en plus, moi, c'est très ancien….dans les années 90…non, on n'avait aucun cours juridique de même qu'on ne faisait pas d'anglais. Mais ça a changé, je pense…moi, j'ai une fille en médecine et elle fait des matières qui sont très intéressantes, il font un peu de gestion et c'est vrai qu'être médecin dans le privé, c'est être commerçant donc il faut savoir gérer une entreprise et ça, on a été habitué à rien, c'était purement médical…en même temps je ne sais pas si elle a beaucoup de droit…nous, c'est sûr, il n'y avait pas de droit…un peu de médecine légale mais c'est pas juridique…c'était plus orienté sur les décès, les coups et blessures…ce type de choses…

Vous le regrettez ?

Avec du recul, oui…on n'a pas été préparé à faire face à des situations médicales et juridiques…on gère parfois des situations soit sans savoir que c'est encadré par un texte juridique soit sans connaître le contenu du texte…vous voyez, pour les fins de vie, je sais qu'il y a un texte…après, vous dire si je peux l'appliquer à tel ou tel cas, c'est autre chose…

Et votre formation continue, comment s'organise-t-elle ?

On fait quelques congrès quand on peut. Moi je choisis ceux qui font des choses concrètes…mais toujours dans ma spécialité….ce sont toujours des formations sur la clinique parce que, comme pour le droit je suppose, pour nous aussi beaucoup de choses évoluent…Après, c'est vrai que je me diversifie pas beaucoup…par exemple, l'informatique, ça ne m'intéresse pas du tout… tout ce qui est informatique, non. Ils veulent absolument nous faire faire du management là…j'ai fait trois jours et pendant trois jours je me suis ennuyée comme un rat, parce que c'est loin de mes préoccupations…par contre, tout ce qui est juridique est intéressant si c'est en rapport avec ma spécialité…C'est intéressant et c'était intéressant justement sur la dernière réunion, ils présentaient justement les plaintes du CHR, là c'était bien, trop court mais bien fait….il faut des choses concrètes…moi je veux bien suivre une formation ou des formations en droit mais il faut que ce soit adapté à mon quotidien parce que tous les médecins n'ont pas le même quotidien, les mêmes questions…

Seriez-vous en faveur de l'introduction d'enseignements de droit médical en études de médecine ?

Oui…parfaitement…par exemple de savoir jusqu'où va notre responsabilité en tant que médecin et encore plus dans ma spécialité car je suppose qu'il y a des subtilités selon les disciplines…donc pour chaque discipline connaître la responsabilité…oui. Quand on sait qu'il y avait 180 malades, on ne peut pas demander à l'infirmière de chaque malade si elle a bien donné un traitement puisque c'est son travail et que par définition, on lui fait confiance…alors à quel degré est-on responsable quand le patient dit avoir pris son traitement pour avoir la paix ?…On ne va pas aller leur mettre dans le gosier, voilà des trucs comme ça.

Est-ce qu'il y a d'autres sujets…

Les saisies de dossiers, ça va encore parce que ça, on a tous les papiers mais c'est souvent quand les assurances ou même la police appelle pour avoir le certificat initial des lésions et ça, à chaque fois on est un peu embêté ! Ça dépend de notre humeur, un coup on donne, un coup on ne donne pas. On renvoie sur le médecin légiste. Ça, ce n'est pas très clair du tout. On avait déjà eu une réunion là-dessus avec les médecins légistes et finalement, ça ne nous a pas tellement aidé, c'est un peu flou. On a plein de sujets pas très clairs… par exemple, vous savez les enquêtes de pré-anesthésie quelle valeur ça a ? A priori ça n'en a pas mais je sais que certains juges…Est-ce que ça a une valeur légale ou pas ? On dit non mais il paraît quand même que les juges, si elle n'est pas signée ça peut…Mais dans ce cas-là, ça n'a pas de valeur.

Comment envisageriez-vous cet enseignement ?

Pas trop tôt, c'est inutile, on a la tête dans le guidon avant…plutôt pendant le deuxième cycle parce qu'on se rapproche plus de la pratique en deuxième cycle.

Qui devrait assurer cet enseignement ?

Les deux.

C'est-à-dire ?

Les deux, un avocat qui viendrait, spécialisé dans le droit médical et…un médecin…oui un médecin qui connaît un peu le droit…mais je ne sais pas combien d'heures mais même si c'est une douzaine d'heures, faudrait qu'il y ait les deux. Souvent, ils sont en binôme d'ailleurs…

Et dans le cadre de la formation continue ?

Il y a quand même beaucoup de praticiens qui n'ont aucune formation comme moi à la limite. Donc, oui on pourrait imaginer un DU concret par rapport à notre activité, et qu'on devrait faire au moins une fois dans sa carrière… il y a plein de DU qui ne servent à rien. On peut toujours faire une espèce

de cours magistral et après une discussion comme dans les EPU…que ce soit interactif parce que justement tout le monde n'a pas eu…enfin on n'a pas tous des cas en tête, et peut-être que certains pourraient dire « moi j'ai eu ça…si j'ai une plainte alors ? »…C'est intéressant.

Souhaitez-vous ajouter d'autres éléments ?
Non, c'est très bien

Je vous remercie.

Entretien n°6 avec le Docteur L. D., chirurgien-pédiatre, 36 ans, jeudi 14 juin 2012

Docteur, comment est né votre choix d'être médecin ?

C'est un peu compliqué, en fait je voulais être vétérinaire au départ, ce n'est pas une blague…je voulais soigner plutôt les animaux et puis, ça a glissé sur l'être humain pour plein de raisons diverses et variées et j'ai dit « ben tiens, pourquoi des Hommes ».

Pour quelles raisons ?

Trop compliqué à expliquer…(*rires*).

Parlez-moi de votre activité médicale au quotidien ?

Alors, actuellement, je suis praticien hospitalier. Comment ça se passe au quotidien ? On assure une activité qui va des pathologies bénignes aux choses les plus graves…c'est très varié. On fait un peu de tout…

Est-ce que vous êtes satisfait de votre exercice ?

Oui. Je pense que je fais des choses, je pense que je suis utile. Bon, après, c'est pas toujours facile…mais ce sont essentiellement des difficultés à l'exercice en lui-même. Il y a la dureté du boulot ce qui fait que je ne vais pas travailler encore très longtemps ici…C'est lié à la fatigue, la violence de l'activité, les situations qui sont difficiles….avec les familles on a peu de souci, du moins de ce qu'on peut s'attendre en étant très en avant en fait. C'est surtout le côté violent qui ressort. Et puis je trouve que, là, en terme de volume d'activités, ça explose…la charge de travail…je trouve que les patients ne sont pas les mêmes…plus lourds, plus vieux, plus de décès. J'ai eu la chance de faire un break à un moment en 2005 et je suis revenu en 2009 et il y a eu une évolution pour moi, clairement. En terme d'organisation aussi, c'est vrai qu'on est un peu à la croisée de tous les chemins parce qu'on est censé accueillir le patient, le stabiliser, l'envoyer ailleurs, et c'est plus difficile qu'en 2005…on a un peu de difficultés avec les filières en réanimation…c'est beaucoup plus difficile qu'il y a quelques années.

Et s'agissant des patients ?

Je ne sais pas s'ils sont exigeants…je ne sais pas…ils posent plus de questions. Ce n'est pas les familles d'il y a 20 ans, c'est terminé. Les gens, ils savent des trucs et donc ils posent plein de questions, parfois ils peuvent être exigeants mais bon.

Est-ce que vous êtes confronté à des problèmes juridiques dans le cadre de votre exercice ?

Ça peut arriver sur des exemples précis. Le consentement quand les parents sont divorcés, les prises en charges des mineurs, ça, des fois, on est coincé parce que les parents ne sont pas là, ça arrive qu'ils s'en aillent s'occuper d'autres enfants et puis voilà, il faut s'en occuper, des fois ce sont des pathologies urgentes, du coup on est assez tranquille mais quand on est entre les deux, des fois on est à la limite, moi ça m'est déjà arrivé de demander d'endormir un gamin alors que ce n'était pas très urgent mais il fallait bien avancer le truc, et ça je savais que j'étais à la limite là clairement.

De manière générale, quand vous avez des questionnements juridiques, vous faites appel à qui ?
Je passe par…on a un responsable juridique, je ne sais pas, j'ai déjà fait appel à elle à plusieurs occasions. Il y a tout ce qui est consentement, information aux familles…ils demandent à ce qu'on leur communique le dossier médical et ça c'est vrai qu'on ne peut pas faire n'importe quoi non plus donc j'ai tendance tout de suite à demander l'info pour ne pas faire de bêtise. On a déjà été interrogé une fois par la police et avec un collègue, on ne savait pas trop les tenants et aboutissants, donc on a fait appel au juriste. On a des référents donc ça aide bien. Moi j'ai l'impression de régler beaucoup de choses en interne pour tout ce qui utile. Quand on a des questionnements éthiques, on fait appel aux gens de la réanimation, et ça se passe bien.

Est-ce que vous avez déjà été confronté à un problème juridique dans votre exercice ?
Un début de litige, j'en ai eu un il n'y a pas longtemps avec courrier des parents au chef du service de pédiatrie. On pose plein de questions, on a regardé le courrier et une réponse a été faite par le chef de service de pédiatrie en concertation avec nous. Au final, pour le gamin, il n'y a pas de dommage donc ça va…je n'ai plus de nouvelles depuis donc je pense que tout va bien.

Quel type de problème juridique pourriez-vous craindre dans votre exercice ?
Je ne crains pas forcément…on y pense mais après c'est comme la voiture, on sait qu'on peut avoir un accident mais si on y pense tout le temps, on ne conduit pas donc…on fait un métier…c'est ce que j'apprends aux internes…on fait un métier où on peut tuer les gens, il faut le savoir, l'accepter sinon on ne peut pas faire le boulot. Il ne faut que la crainte juridique freine sinon on ne fait pas les choses comme il le faut. Le gros gag, je sais que je l'aurais un jour mais…ce n'est pas pour autant que cela m'empêche d'agir ….Il ne faut pas, non, il ne faut pas, sinon on ne soigne plus, on arrête, on fait autre chose. Forcément je me dis que je pourrai avoir un souci avec un patient et sa famille.

Quel souvenir gardez-vous de vos études de médecine ?

C’est long, très très long…plutôt un bon souvenir. Au début, on n’a pas de contact avec le malade, c’est beaucoup de trucs fondamentaux, et ça vient progressivement dans le soin, j’en garde plutôt un bon souvenir. C’est un peu flou, ça commence à remonter mais…j’en garde plutôt un souvenir agréable, avec les chefs, les internes.

Pensez-vous que vos études de médecine vous ont suffisamment préparé aux problématiques juridiques ?

Est-ce qu’il y a eu des modules spécifiques sur le droit et la médecine ? (*Il réfléchit*)…Je sais que l’on a des modules de santé publique. On a bien du nous parler à un moment de responsabilité civile, pénale…on a eu quelques cours là-dessus, c’est certain mais ça ne m’a pas laissé un souvenir. Je ne pense pas que l’on ait eu des modules entiers sur le sujet.

Le regrettez-vous ?

Oui…enfin…quand j’ai des situations juridiques compliquées à résoudre…oui, je regrette…on ne peut pas non plus être juriste mais au moins les bases…ce serait bien.

Au niveau de votre formation continue, comment s’organise-t-elle actuellement ?

Je fais des DU axés sur ma pratique…pas des DU juridiques, du management ou des trucs comme ça. Je fais des DU très pratiques sur la pédiatrie…des trucs très axés sur le soin. Il y a des EPU et quand ça m’intéresse, j’y vais. C’est mon truc, je suis vraiment dans le soin. Je sais qu’il y a des trucs à côté mais ça ne me parle pas.

Au regard de votre pratique professionnelle aujourd’hui, quel sujet juridique vous semble important ?

Moi, ce qui me manque là, c’est tout ce qui est information médicale…là, il y a un manque je pense…les questions d’accès au dossier, les familles qui viennent réclamer des courriers,…moi je ne connaissais pas bien donc ça, ça manque…toutes les responsabilités aussi, c’est déjà pas mal je crois. Les certificats médicaux aussi…c’est intéressant…on est amené à en faire et j’espère qu’on les fait bien, ça c’est pareil. On fait des certificats médicaux et je ne sais pas si on est toujours dans le bon. C’est la police qui pose des soucis parce que parfois, ils demandent des certificats et c’est un peu flou ce qu’ils demandent.

Seriez-vous en faveur d’introduire des enseignements de droit médical en étude de médecine ?

Je pense que ce serait une bonne idée, oui. Les bases mais pas forcément les trucs pointus.

Et comment l'envisageriez-vous ?

Plutôt au 2ème cycle. Le premier cycle, ça reste plutôt fondamental. La première année, c'est le concours, on avale, on avale, au bout de deux ans il n'y a plus grand-chose. En P2 c'est pareil donc juste avant l'internat, là où ça commence à être sérieux. Quand on est interne, il peut y avoir des problèmes qui vont se poser, externe beaucoup moins. Juste avant l'internat, ce n'est peut-être pas une mauvaise idée…histoire d'avoir quelques notions et peut-être se poser les bonnes questions. Après sur la pédagogie, je ne sais pas…peut-être un peu tout le monde parce que la vision du juriste pure et dure, c'est peut-être trop axé droit, textes fondamentaux ça ne parlera peut être pas aux étudiants et aux docteurs. Quelqu'un qui est à la croisée des chemins entre les deux, il n'a peut-être pas la légitimité mais, en tout cas, il sera peut être plus proche des questionnements sur le terrain.

Vous pensez à qui ?

Je ne connais pas…c'est peut-être un mouton à cinq pattes…mais quelqu'un qui connaît le droit et la médecine…

Et dans le cadre de la formation continue ?

Ce serait pas mal…on aurait comme un accompagnement parce que finalement les questions viennent avec la pratique….après, chacun pourrait venir avec son petit cas et on en discute…ou alors on nous présente des cas…il faut que ce soit pratique.

Souhaitez-vous ajouter d'autres éléments ?

Non, c'est bien.

Je vous remercie.

Entretien n°7 avec le Docteur I. P., chirurgie générale, 50 ans, vendredi 15 juin 2012

Alors, Docteur dans un premier temps j'aurais voulu que vous m'évoquiez comment est né votre choix d'être médecin ?

C'est un choix qui a commencé très tôt. Déjà, avant de rentrer au collège, j'étais très admirative de mon médecin de famille. Ma mère était laborantine et on habitait au-dessus du laboratoire. Je pense que ça m'a aussi pas mal influencé pour tout ce qui était manipulation et je voulais un métier qui soit à la fois intellectuel et manuel. J'avais déjà fait le choix très très tôt pour la chirurgie. Et puis, j'ai un oncle qui faisait des études de médecine mais qui n'était pas encore médecin…le monde médical ne m'était pas étranger…

Parlez-moi de votre activité médicale au quotidien ?

Je suis un peu déçue, c'est un peu plus compliqué que ce que je pensais et au départ, je pensais vraiment faire de la médecine humanitaire, sauver des vies à longueur de journée mais ce n'est pas tout à fait ça.

Plus compliqué ?

Compliqué d'organiser ce travail, de vivre dans un grand hôpital avec des décisions que l'on ne maîtrise pas au quotidien, de gérer le personnel, tout ça c'est plus compliqué que ce que je pensais. Ça, c'est lié aux responsabilités que j'ai mais je suis contente de pouvoir décider et de ne pas être trop sous l'influence d'une hiérarchie hyper présente. J'ai beaucoup de contact avec les malades et mes collègues de travail, j'aime le côté travail d'équipe et puis, je suis contente d'avoir un métier très prenant.

Est-ce que vous rencontrez des difficultés au quotidien ?

Non je n'ai pas vraiment de difficulté au quotidien… L'informatisation du dossier, les procédures papiers, les demandes, une organisation, la validation de changements de protocoles etc. C'est un peu long mais je pense que ce n'est pas tout à fait injustifié non plus. Ça évite que chacun fasse ce qu'il veut dans son coin. Non, ce que je trouve difficile, c'est le nombre d'insatisfactions des patients. Alors, est-ce que c'est parce qu'on travaille moins bien ou pas, mais ils sont de moins en moins reconnaissants vis-à-vis de la profession médicale. Il y a peut-être eu de temps en temps des accidents mais ce n'est pas une généralité et je pense qu'eux en font une généralité. Je reçois toutes les semaines des lettres de plaintes qui sont, pour la plupart, non justifiées.

Est-ce que vous avez déjà été confronté à un problème juridique ?

Jamais.

C'est quelque chose que vous pourriez craindre ?

Oui…enfin je fais les choses consciencieusement…après je ne suis pas à l'abri d'une plainte…mais non, je ne pose pas trop ces questions… peut-être une plainte d'un patient sur une erreur involontaire ou un défaut d'organisation. Je ne me sens pas tellement menacée. Pour l'instant j'estime bien faire les choses, être en pleine capacité de mes moyens. Je n'ai pas encore été diagnostiquée démente. Non, je ne pense pas. Il est certain que sans parler de plainte, on a plein de questions juridiques…l'information du patient, son consentement, les personnes sous tutelle ou sous curatelle…

Par quel moyen obtenez-vous une réponse juridique ?

Ça va vous surprendre mais on fait appel à l'assistante sociale… parce qu'elle, elle a tout le réseau. Elle a le réseau des autorisations, des autorisations préfectorales, elle connaît, il y a tout un protocole qui est écrit là-dessus. Après, moi, je connais directement le responsable juridique donc je l'appelle ou je lui envoie un mail.

Avez-vous d'autres interlocuteurs à l'extérieur ?

Pour certaines questions, je me dis que je pourrais appeler le Conseil de l'ordre mais je ne sais absolument pas à quoi sert le Conseil de l'ordre, à part verser la cotisation annuelle que j'ai versée en retard pendant des années et des années…je ne sais pas à quoi ils servent, je lis leur bulletin mais je trouve cette institution complètement démodée.

Quel souvenir gardez-vous de vos études de médecine ?

Des bons souvenirs. L'enseignement théorique, je dois reconnaître que je n'en ai pas un souvenir mémorable mais l'enseignement pratique, oui. On choisit quand même les terrains sur lesquels on a envie de travailler. Moi j'ai choisi très vite la chirurgie et je n'ai jamais été déçue. Non, j'ai eu des études qui correspondaient bien à ce que je voulais faire.

Pensez-vous que vos études de médecine vous ont suffisamment préparé aux problématiques juridiques ?

On aborde un tout petit peu de droit pour passer l'internat. On a des unités de valeurs sur l'hospitalisation à la demande d'un tiers, les internements, les curatelles, les tutelles, les certificats d'incapacité…oui, on a une grosse fiche comme ça de…qui n'est pas très pointue, c'est de la culture

générale et ça reste très médical tout de même…c'est un rapide aperçu…c'est vieux mais je pense que c'était un cours de médecine légale ou santé publique…je ne sais plus quoi.

Et votre formation médicale continue, comment s'organise-t-elle?

Je me forme au moins une fois par an à un congrès dans ma spécialité avec des tables rondes sur des sujets et puis je fais du management aussi. Je fais des formations de management. Je pense que je peux me former comme j'en ai envie…je ne suis pas des formations en droit…ça ne me vient pas à l'idée…

Au regard de votre pratique professionnelle, la connaissance de quel sujet juridique vous semble importante ?

Je me posais la question de la fin de vie, c'était le sujet qui m'aurait le plus intéressé, la fin de vie, l'euthanasie et quand on arrête les soins chez la personne âgée. Au niveau chirurgical, sur la responsabilité propre du chirurgien, la responsabilité de l'hôpital, la responsabilité aussi du malade parce que je pense que soigner un malade, c'est un contrat passé avec un malade et on ne parle jamais du malade. Je ne pense pas qu'il ait aussi tous les droits, le droit de mettre en prison un médecin parce qu'il n'a pas fait ce que le malade voulait. On en est un peu là à se dire…l'observance thérapeutique …Voilà, tout ça de pouvoir en parler avec le malade, d'avoir des connaissances un peu plus approfondies là-dessus. Le médecin ne fait pas ce qu'il veut, on a été formé pour appliquer des règles de bonnes pratiques, sauf si on dévie mais on n'est pas là pour faire du mal, mais le malade parfois est assez tordu. Récemment, on a des malades qui nous tendent des pièges, ils nous mettent dans des situations difficiles alors qu'eux-mêmes ont la réponse et ça devient très pervers comme relation et je ne sais pas ce que l'on peut faire et ça peut même amener à ne pas soigner correctement.

D'autres sujets juridiques ?

La rédaction de certificats médicaux…ça, j'ai des lacunes, je pense que j'ai des grosses lacunes là-dessus. Le certificat c'est tout simple mais le certificat d'aptitude au sport ou tout ça, c'est compliqué à faire parce qu'on n'a pas tout à fait le droit de le faire d'ailleurs.

Seriez-vous en faveur de l'introduction du droit médical dans les études de médecine ?

Oh oui, tout à fait ! A petite dose mais c'est une bonne ouverture d'esprit…et puis c'est pratique…on en a vraiment l'utilité…après je pense qu'il faut plutôt envisager cela pendant le deuxième cycle, même fin du 2ème cycle.

Pourquoi ?

Ben c'est mieux quand on a fait le tour de la médecine pour savoir où sont les risques du métier…quand on n'y connait pas grand-chose, je pense que…on n'y trouverait pas d'intérêt car on ne sait pas encore ce qui nous attend. Et puis il y a la pression de l'exercice…le diagnostic…le traitement…au départ c'est ça notre angoisse alors le droit… !

Et dans le cadre de la formation continue ?

Oui, il faudrait plus de formation là-dessus mais encore une fois, il faut que ce soit relié à notre spécialité…moi je m'en fous de la responsabilité du médecin…je veux connaître celle du chirurgien…je veux des exemples dans ma discipline. Et puis je veux me retrouver avec d'autres chirurgiens qui sont confrontés aux mêmes problématiques…

Qui devrait assurer cette formation ?

Je n'y connais rien en droit, il faut de tout. Il faut un juriste qui connaisse les règles, un avocat qui défend une espèce de débat ou alors un avocat qui défend un malade contre un avocat qui protège un médecin, c'est ça l'intérêt c'est de savoir…Je pense que ça mérite plus qu'un cours d'une heure en amphithéâtre. Je pense que c'est un véritable débat. C'est presque plus intéressant de connaître la pratique des juristes ou des avocats qui ont été interpelés par des médecins.

Pourriez-vous préciser ?

Plutôt que le médecin qui se pose des questions, le côté de l'avocat est plus intéressant dans le sens qu'il peut dire que parfois il a été interpellé pour des problèmes qui ne sont pas des problèmes juridiques mais relationnels par exemple. La formation juridique doit plutôt venir du domaine du droit qui vient vers nous, je pense. On doit être interpelé !...mais sans nous faire peur…nous dire les précautions à prendre dans tel ou tel cas…un peu de la prévention juridique…

Souhaitez-vous ajouter d'autres éléments ?

Non.

Je vous remercie.

Entretien n°8 avec le Docteur Y. S., médecin généraliste, 60 ans, jeudi 12 juillet 2012

Alors bonjour docteur dans un premier temps j'aurais voulu que vous m'évoquiez comment est né votre choix d'être médecin ?

Tout à fait par hasard, c'est en terminal, je ne savais pas trop quoi faire, j'avais fait la terminale C parce qu'elle ouvrait à tout et c'est sur disons une proposition de mon père en disant « et pourquoi tu ne ferais pas médecine ? » je me suis dit « pourquoi pas » et je me suis inscris en médecine.

Vous avez peut-être des personnes de votre famille qui sont dans le milieu médical ?

Non du tout.

Donc personne, d'accord. Justement on va s'intéresser à votre exercice professionnel, et j'aurais voulu que vous me parliez de votre activité médicale, est ce que vous en êtes satisfait ? Est-ce que ça correspond à ce que vous vous étiez fait de la pratique de médecin ?

C'est-à-dire qu'au début je dirais que l'on est un peu surpris parce qu'on n'est pas du tout préparé à la médecine que l'on exerce. Ce qui a été surprenant c'est que la médecine que l'on a exercée était moins médicale que ce que l'on avait appris, c'était plus une médecine relationnelle. La médecine était facile puisque comme les connaissances scientifiques étaient relativement faibles donc il était facile de tout savoir. Maintenant le métier a quand même évolué, il faut des connaissances considérables…actuellement, le métier ne me semble plus satisfaisant t.

Comment l'expliqueriez-vous ?

Parce qu'il y a une densité dans l'acte médical qui est devenu considérable. Il y a un art de connaissance qui est lié à la formation initiale qui était il y a plus de 30 – 40 ans qu'on ne peut pas rattraper même en se formant et au niveau du médecin généraliste il doit gérer plusieurs consultations de différents organes, faire la synthèse de beaucoup de choses. Il nous faudrait beaucoup de temps. Je fais habituellement des consultations d'un quart d'heure ce n'est pas suffisant, il faudrait des consultations d'une durée d'une demie heure.

Cela veut dire que le temps n'est pas suffisant … ?

C'est problématique si c'est la quantité de demandes, la demande est beaucoup plus dense. Avant si je prends un dossier d'y il a 30 ans, on voyait les gens pour une angine, un mal d'orteil, tandis que là la plus grosse chose à gérer c'est les retours de chez le spécialistes, c'est pratiquement chaque patient. Ensuite il y a les pathologies qui sont rajoutées. Ce qui n'enlève rien à l'intérêt médical du métier, le métier reste intéressant mais disons que son exercice n'est plus satisfaisant.

Est-ce que vous pourriez dire qu'il y a une sorte de « bureaucratisation » de la fonction ?

Ah oui il y en a beaucoup plus ! Au niveau juridique par exemple. C'est pas au niveau personnel car j'ai eu la chance de ne pas avoir de conflit jusqu'à maintenant. Les problématiques juridiques c'est si, par exemple, on me demande un certificat descriptif d'une pathologie, en général je les lui donne. Quand c'est très important je demande à l'Ordre des médecins mais en général je n'ai pas de réponse claire. Je connaissais bien le secrétaire général, il me renseignait sur les circonstances.

Avez-vous déjà été confronté à un litige ?

Non mais tout peut arriver…

Quelles craintes ressentez-vous ?

Plutôt avec un patient. Avec un confrère, je suis très fraternel et puis j'évite de parler d'un confrère en fait. Je n'attaque jamais un confrère. Mais avec un patient…par exemple un retard de diagnostic, sans le vouloir un refus d'assistance à personne en danger…une urgence, ce n'est pas toujours très facile de gérer. C'est surtout le retard du diagnostic, comme quoi il y a beaucoup de choses. Je vous ai parlé de manque de connaissance car on apprend à gérer le manque de connaissance, c'est-à-dire on se renseigne. Moi ça ne me dérange pas de dire à un patient « je ne sais pas trop, je me renseigne, je vous rappelle ».

S'agissant de votre formation initiale, pensez-vous que vos études de médecine vous ont suffisamment préparé à gérer les problématiques juridiques ?

Non pas du tout. Non, on a eu combien ? Trois heures de médecine légale, je pense. C'était intéressant, plutôt anecdotique, il nous donnait des anecdotes sur des histoires criminelles à l'époque, mais ce n'était de la médecine pour nous tous les jours. Plutôt de la médecine médico-légale.

Donc vous estimez que vous n'avez pas eu beaucoup d'enseignement juridique ?

Non. En fait même si on a des recours, au quotidien c'est pesant. Quand j'ai été embêté plusieurs fois, j'ai fait des recherches, je me suis renseigné…j'essaie d'être prudent. On peut vite tomber …Quand on est prêt ça va. Par exemple quelqu'un demande des renseignements sur quelqu'un de la famille tout ça, on est prêt à répondre. Moi je réponds toujours que la personne qui a la maladie est totalement informée de ce qu'elle a et que s'ils veulent des renseignements il faut aller voir cette personne. Si on n'est pas préparé, on lâche quelque chose et là on peut avoir des ennuis juridiques.

Nous allons aborder à présent votre formation continue…

Je sors peu mais je lis beaucoup de revues. Un peu le tout venant. Je m'intéresse beaucoup à la psychiatrie, après le tout venant. Par exemple, a situation d'urgence en pédiatrie. Et puis, je m'intéresse beaucoup à la pharmacologie, ça n'a pas beaucoup de conséquences dans mon exercice professionnel, c'est l'intérêt personnel.

Et dans le domaine juridique ?

Pas vraiment. Je ne sais pas si cela renforcerait mon inquiétude mais c'est bien fait pourquoi pas ? Si c'est un sujet intéressant avec des intervenants passionnants…

Quel sujet juridique vous paraît intéressant ?

Les certificats médicaux, ça c'est intéressant. Quelque chose sur les formes juridiques du cabinet médical….quand on voit le coût d'un acte par un juriste, c'est extrêmement cher !

Seriez-vous en faveur de l'introduction du droit médical dans les études de médecine ?

Ah oui, oui. C'est une bonne question. Pas la première année parce que la première année, ça n'a pas tellement d'intérêt. Je dirais tout au long des études. A l'hôpital déjà, il faudrait que l'on sache ce que l'on peut faire et ne pas faire, tout au long des études. C'est surtout quand on commence l'internat des questions peuvent se poser…et on commence à côtoyer des patients surtout.

Selon vous, qui pourrait assurer cette formation ?

Des personnes compétentes mais par forcément des médecins. En fait, je ne sais pas s'il y a des médecins qui s'intéressent qu'à ça, qu'à l'aspect juridique. Sinon il faudrait des médecins qui soient uniquement intéressés au droit et des juristes, les deux…

Et dans le cadre de la formation continue ?

Ce sera moins efficace je pense. Pas facile de motiver du monde… mais je pense que le médecin installé peut se sentir concerné. Ce qui est sût c'est qu'il faut que ce soit ciblé.

Ciblé ?

Oui, on fera pas la même formation à des médecins généralistes et à des cardiologue. On fera pas la même formation à un jeune médecin installé et un médecin expérimenté. Là c'est sûr il faut un juriste pour faire cette formation, quelqu'un qui connaît tout cela…

Souhaitez-vous ajouter d'autres éléments ?

Non mais je vous remercie pour cet entretien intéressant.

Je vous remercie.

BIBLIOGRAPHIE

A) Ouvrages et manuels généraux

B) Ouvrages spéciaux, thèses et rapports

1) Ouvrages spéciaux

2) Thèses et mémoires

3) Rapports, guides et études

C) Articles

D) Décisions commentées

A) Ouvrages et manuels généraux

- ALLAND (D.), **RIALS (S.)**,

- *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, 1640 p.
- *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2010, 1696 p.

- ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J, 1993, 800 p.

- ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, n°19, 222 p.

- AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 9ème éd., Paris, Armand Colin, 2002, 360 p.

- AUGENDRE (G.), BELAISCH (F.), BYK (C.), *Dictionnaire Permanent de Bioéthique et de Biotechnologies*, Montrouge, Editions législatives, 1994, 3950 p.

- AUTIN (J.-L.), RIBOT (C.), *Manuel de droit administratif général*, 4ème éd., Paris, LexisNexis, 2005, 385 p.

- AVRIL (P.), GICQUEL (J.), *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 1996, 346 p.

- BÉCANE (J.-C.), **COUDERC (M.)**, *La loi*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1994, 301 p.

- BÉCHILLON (de) (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

- BECK (U.), MESURE (S.), SAVIDAN (P.) (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, P.U.F, 2006, 1380 p.

- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 1999, 346 p.

- BORÉ (J.), *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 1997, 956 p.

- CADIET (L.), *Droit judiciaire privé*, 3ème éd., Paris, LexisNexis, 2000, 951 p.

- CARBONNIER (J.) :

- *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1994, 415 p.
- *Droit civil. Introduction*, 25ème éd., Paris, P.U.F., 1997, 350 p.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J, 2001, 496 p.
- *Droit civil. Introduction*, 27ème éd., Paris, P.U.F., 2002, 391 p.

- CHAPUS (R.) :

- *Droit administratif général*, t. 1, 15ème éd., Paris, Montchrestien, 2001, 1427 p.
- *Droit administratif général*, t. 2, 15ème éd., Paris, Montchrestien, 2001, 797 p.

- COMMAILLE (J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J, 1993, 800 p.

- CORNU (G.) :

- *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2005, 443 p.
- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2007, 1024 p.

- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1959, 313 p.

- DEMICHEL (A.), *Droit médical*, Paris, Berger-Levrault, 1983, 179 p.

- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, 681 p.

- DRUFFIN-BRICA (S.), Henry (L.-C.), *Introduction générale au droit*, 4ème éd., Paris, Lextenso éditions, 2009, 236 p.

- DUPUIS (G.), **GUÉDON (M.-J.)**, *Droit administratif*, 4ème éd., Paris, Armand Colin, 1993, 584 p.

- FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J, 1996, 452 p.

- FAVOREU (L.) *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 2005, 576 p.

- FOULQUIÉ (P.), *Dictionnaire de la langue pédagogique*, Paris, P.U.F., 1997, 512 p.

- **GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., Paris, L.G.D.J, 1994, 891 p.

- **GIUDICELLI-DELAGE (G.)**, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, 6ème éd., Paris, P.U.F., 1987, 352 p.

- **GRIDEL (J.-P.)**, *Introduction au droit et au droit français*, Paris, Dalloz, 1994, 805 p.

- **GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.)**, *Locutions latines juridiques*, Paris, Armand Colin, 2004, 89 p.

- **JESTAZ (P.)**, *Le droit*, 4ème éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2002, 123 p.

- **KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, 2ème éd. trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

- **LABBÉE (X.)**, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2010, 279 p.

- **LAFERRIÈRE (E.)**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd. Berger-Levrault, 1988, t. 2, p. 146-147, reprint L.G.D.J, 1989, 675 p.

- **LALANDE (A.)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 1999, 665 p.

- **MALINVAUD (P.)**, *Introduction à l'étude du droit*, 11ème éd., Paris, Lexis Nexis, 2006, 442 p.

- **MARTY (G.)**, **RAYNAUD (P.)**, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, tome 1, 2ème éd., Paris, 1972, 532 p.

- **MATHIEU (B.)**, *La loi*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1994, 142 p.

- **MAZEAUD (H.), (L.) et (J.)**, *Introduction à l'étude du droit*, t. 1, 12ème éd., Paris, Montchrestien, 2000, vol. 1, n°93, 650 p.

- **MERLE (R.), VITU (A.)**, *Traité de droit criminel*, tome 2, 4ème éd., Paris, Cujas, 1989, 1008 p.

- **OST (F.)**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J et Story-scientia, 1958, 487 p.

- **PORTALIS (J.-E.-M.)**, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, Paris, éd. Confluences, 1999, 77 p.

- **REY (A.)**, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1998, 4304 p.

- **RIPERT (G.)**, *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J, 1949, 228 p.

- **ROUBIER (P.)**, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2ème éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 590 p.

- **ROURE-MARIOTTI (M.-C.), FEDERICO-ROURE (V.)**, *80 certificats et formulaires administratifs médicaux*, Paris, Elsevier Masson, 2007, 383 p.

- **SAVERIO NISIO (F.), CARBONNIER (J.)**, *Regards sur le droit et le non-droit*, Paris, Dalloz, 2005, 201 p.

- **SÉRIAUX (A.)**, *Le droit, une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, 336 p.

- **STARCK (B.)**, **ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Introduction au droit*, 5ème éd., Paris, Litec, 2000, 649 p.

- **TERRÉ (D.)**, *Les questions morales du droit*, Paris, P.U.F, 2007, 362 p.

- **TERRÉ (F.) :**
  - *Le droit*, Paris, Flammarion, 1999, 126 p.
  - *Introduction générale au droit*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2003, 609 p.
  - *Introduction générale au droit*, 8ème éd., Paris, Dalloz, 2009, 656 p.

- **VEDEL (G.)**, Préface à D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6ème éd., Paris, Montchrestien, Paris, 2001, 507 p.

- **VEDEL (G.), DEVOLE (P.)**, *Droit administratif*, t. 2, 12ème éd., Paris, P.U.F., 1992, 802 p.

- **VINCENT (J.)**, **GUINCHARD (S.)**, *Procédure civile*, 24ème éd., Paris, Dalloz, 1997, 1046 p.

B) Ouvrages spéciaux, rapports et thèses

1) Ouvrages spéciaux

- **ALBIGES (C.)**, *De l'équité en droit privé*, Tome 239, Paris, L.G.D.J., 2000, 392 p.

- **AUBY (J.-M.)**, *Le droit de la santé*, Paris, P.U.F., 1981, 508 p.

- **BARBOT (J.)**, *Les malades en mouvement : la médecine et la science à l'épreuve du sida*, Paris, Balland, 2002, 307 p.

- **BAUDOUIN (J.-L.)**, **LABRUSSE-RIOU (C.)**, *Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, P.U.F, 1987, 288 p.

- **BENTHAM (J.)**, *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et Science*, Paris, Bossange frères libraires, 1825, 239 p.

- **BERNARD (C.)**, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, Garnier-Flammarion, 1865, 318 p.

- **BERNARD (J.) :**
  - *Ethique et recherche biomédicale*, Paris, La Documentation française, 1987, 232 p.
  - *De la biologie à l'éthique : nouveaux pouvoirs de la science, nouveaux devoirs de l'Homme*, Paris, Buchet-Chastel, 1990, 309 p.

- **BLANCHET (A.), GOTMAN (A.)**, *L'enquête et ses méthodes : l'entretien*, Paris, Nathan Université, 1992, 125 p.

- **BONAFÉ-SCHMITT (J.-P.)**, *La médiation, une justice douce*, Paris, Syras-Alternatives, 1992, 279 p.

- **BONNECASE (J.)**, *Introduction à l'étude du droit*, 3ème éd., Paris, Sirey, 1939, 331 p.

- **BOURGEOIS (L.)**, *Solidarité*, Paris, A. Colin, 1896, 158 p.

- **BOYER-CHAMMARD (G.), MONZEIN (P.)**, *La responsabilité médicale*, Paris, P.U.F, 1974, 281 p.

- **BRIANT (de) V.**, **PALAU (Y.)**, *La médiation : définitions pratiques et perspectives*, Paris, Armand Colin, 2005, 128 p.

- **BYK (C.), AUNE (A.-C.)**, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 470 p.

- **CADIET (L.)**, *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz-Sirey, 1997, 266 p.

- **CALAIS-AULOY (J.)**, **STEINMETZ (F.)**, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2003,

- **CAMBACERES (de) (J.-J.)**, *Projet de code civil, corps législatif, 1795-1814, Conseil des cinq-cents*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, 214 p.

- **CARBONNIER (J.)**, *Droit et passion du droit sous la Vème république*, Paris, Flammarion, 1996, 276 p.

- **CAREGHI (J.-C.)**, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, Aix-Marseille, PUAM, 2007, 212 p.

- **CASSUTO (T.)**, *La santé publique en procès*, Paris, P.U.F, 2008, 239 p.

- **CLAVREUL (J.)**, *L'Ordre médical*, Paris, Le Seuil, 1978, 282 p.

- **CONINCK (de) (F.), CARTUYVELS (Y.), FRANSSEN (A.) *et al.***, *Aux frontières de la justice, aux marges de la société*, Academia Press et politique fédérale scientifique, 2005, 348 p.

- **DÉCHAMP-LE ROUX (C.)**, *L'emprise de la technologie sur la qualité sociale*, Paris, L'Harmattan, 2002, 274 p.

- **DELMAS-MARTY (M.)**, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 305 p.

- **DEMERS (V.)**, *Le contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996, 188 p.

- **DEMICHEL (A.)**, *Le droit de la santé*, Paris, L.E.H, 1998, 138 p.

- **DOMAT (J.)**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Durand, 1777, 574 p.

- **DONIER (D.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.)**, *Accès au juge : quelles évolutions ?*, Paris, Lavoisier, 2012.

- **DOUCET (H.)**, *L'Ethique de la recherche. Guide pour le chercheur en sciences de la santé*, Canada, Presses de l'Université de Montréal, 2002, 270 p.

- **DOUET (F.)**, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, Paris, L.G.D.J., 1997, 416 p.

- **DRAGO (R.), MONTALIVET (de) P., DUPRAT (J.-P.)**, *La confection de la loi*, Paris, P.U.F., 2005, 308 p.

- **DUVERGER (M.)**, *Dictatures et légitimité*, Paris, P.U.F., 1982, 488 p.

- **FABRE-MAGNAN (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J, 1992, 573 p.

- **GALLOIS (P.) (dir.)**, *La formation médicale continue : principes, organisation, objectifs, méthodes et évaluation*, Paris, Flammarion, 1997, 280 p.

- **GALLOUX (J.-C.)**, « Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ? », *in La doctrine juridique*, Paris, P.U.F, 1993, 287 p.

- **GROSIEUX (P.)**, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 568 p.

- **GUILLAUME-HOFNUNG (M.)**, *La médiation*, 3ème éd., Paris, P.U.F., 2005, 127 p.

- **HENNETTE-VAUCHEZ (S.)**, *Le droit de la bioéthique*, Paris, La Découverte, 2009, 125 p.

- **HERMITTE (M.-A.)**, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Seuil, 1997, 477 p.

- **HOCQUET-BERG (S.), PY (B.)**, *La responsabilité du médecin*, Paris, Heures de France, 2006, 179 p.

- **HURBINOIS (Ph.)**, *Législations et indemnisations de la complication médicale en France et en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 546 p.

- **HUYGHEBAERT (P.), MARTIN (B.)**, *Quand le droit fait l'école buissonnière. Pratiques populaires de droit*, Paris, E. Charles Léopold Mayer, 2002, 224 p.

- **JACQUES (B.)**, *Sociologie de l'accouchement*, Paris, P.U.F, 2007, 208 p.

- **JARROSSON (C.)**, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J, 1987, 408 p.

- **JAUNAIT (A.)**, *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale*, Paris, Dalloz, 2005, 366 p.

- **JODELET (D.)**, *Les représentations sociales*, 7ème éd., Paris, P.U.F, 2003, 447 p.

- **JONAS (H.)**, *Le Principe Responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, trad. Greisch, Paris, Flammarion, 1979, 420 p.

- **KORNPROBST (L.)**, *Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Paris, Flammarion, 1957, 1055 p.

- **LAMBERT (E.)**, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

- **LATOUR (B.)**, *La Science en action*, Paris, Gallimard, 1995, 663 p.

- **LAUDE (A.), MATHIEU (B.), TABUTEAU (D.)**, *Droit de la santé*, 2ème éd., Paris, P.U.F., 2009, 726 p.

- **LAZORTHES (G.)**, *L'homme, la médecine et le médecin*, Paris, Masson, 1993, 296 p.

- **LE BOTERF (G.) :**
  - *Compétence et navigation professionnelle*, Paris, éd. d'Organisation, 1997, 295 p.
  - *De la compétence. Essai sur un attracteur étrange*, Paris, éd. d'Organisation, 1994, 175 p.

- **LEGENDRE (P.)**, *L'inestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident*, Leçon IV, Paris, Fayard, 1985, 407 p.

- **LÉON (A.)**, *Histoire de l'enseignement en France*, Paris, P.U.F, 2005, 128 p.

- **LÉONARD (J.)** :

- *La médecine entre les pouvoirs et les savoirs*, Paris, Aubier, 1981, 384 p.
- *La France médicale au 19ème siècle*, Paris, Gallimard, 1978, 287 p.
- *La vie quotidienne du médecin de province au 19ème siècle*, Paris, Hachette, 1977, 285 p.

- **LE ROY (E.) (dir.)**, *La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges. Expériences françaises et nord-américaines*, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la magistrature, 1989, 307 p.

- **LHÉRITIER (M.)**, *Les litiges opposant les caisses primaires aux praticiens libéraux*, Bordeaux, L.E.H, 2000, 492 p.

- **LOISEAU (P.)**, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux Etats-Unis et en France*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, 404 p.

- **LUCAS-BALOUP (I.)**, *La commission de conciliation à l'hôpital public et privé en 40 questions*, Paris, Scrof, mars 1999, question n°40, 200 p.

- **MARCOUX (F.)**, *Droit médical et déontologie*, Paris, Maloine, 1970, 459 p.

- **MARTINY (M.)**, *Hippocrate et la médecine*, Paris, Arthème Fayard, 1964, 363 p.

- **MELLOT (J.-D.)**, *Histoire et civilisation du livre - Revue internationale. Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen-âge à nos jours*, Genève, Librairie Droz, 2005.

- **MÉMETEAU (G.)**, *Cours de droit médical*, 3ème éd., Bordeaux, L.E.H, 2006, 618 p.

- **MOLES (A.-A.)**, *Les sciences de l'imprécis*, Paris, Seuil, 1998, 388 p.

- **MOREAU (J.), TRUCHET (D.)**, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz-Sirey, 2000, 300 p.

- **MOTULSKY (H.)**, *Ecrits. Etudes et notes sur l'arbitrage*, vol. 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1974, 540 p.

- **NATALI (J.), POULLAIN (J.-C.)**, *les professions de santé face à la justice, l'angiologue et le chirurgien vasculaire face aux juges*, Paris, Ellipses, 1999, 192 p.

- **OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.)**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L, 2002, 596 p.

- **PECCHIOLI (J.-L.)**, *La circulation du savoir juridique. Recherche épistémologique pratique et théorique*, Paris, ANRT, 2000, 515 p.

- **PENNEAU (J.)**, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, L.G.D.J., 1973, 403 p.

- **PÉQUIGNOT (H.)**, *Médecine et monde moderne*, Paris, Editions de Minuit, 1953, 163 p.

- **PIROVANO (A.)** (dir.), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988, 466 p.

- **PONTIER (J.-M.)**, *Les calamités publiques*, Paris, Berger-Levrault, 1980, 204 p.

- **POUILLARD (J.)**, *L'ordre des médecins*, Paris, Glyphe, 2011, 432 p.

- **PUTMAN (E.)** (dir.), *L'accès à la justice*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 278 p.

- **REYNAUD (J.-P.)**, *Les règles du jeu*, Paris, A. Colin, 1989, 306 p.

- **RIAL-SEBBAG (E.), THOMAS (A.)**, *Ethique et législation pour l'exercice médical*, Paris, Estem, 2005, 195 p.

- **RIALS (A.)**, *L'accès à la justice*, Paris, P.U.F, 1993, 126 p.

- **RICOEUR (P.)**, *De l'interprétation*, Paris, Seuil, 1965, 533 p.

- **RIPERT (G.)**, *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J, 1949, 228 p.

- **ROUSSEL (G.)**, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Bordeaux, L.E.H, avril 2009, 638 p.

- **SAINT-GERMAIN (C.)**, *La technologie médicale hors-limite, le cas des xénogreffes*, Canada, Presses de l'Université du Québec, 2001, 126 p.

- **SAISON-DEMARS (J.)**, *Le risque médical*, Paris, Ed. L'Harmattan, 1999, 172 p.

- **SALOMON (J.-J.)**, *Survivre à la science une certaine idée du futur*, Paris, Albin Michel, 1999, 373 p.

- **SAUVÉ (J.-M.)**, *Le Code de la santé publique, un demi-siècle après sa légalisation*, Paris, Editions de santé / Presses de Sciences Po, 2008, 178 p.

- **SAVATIER (J.) et (R.)**, **AUBY (J.-M), PÉQUIGNOT (H.) *et al.***, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, 574 p.

- **SCHMITT (E.)**, *Le risque médicamenteux nosocomial. Circuit hospitalier du médicament et qualité des soins*, Paris, Masson, 1999, 287 p.

- **SOURIOUX (J.-L.), LERAT (P.)**, *Le langage du droit*, Paris, P.U.F, 1975, 133 p.

- **TABUTEAU (D.) :**
  - *La sécurité sanitaire*, 1ère éd., Paris, Berger-Levrault, 1994, 151 p.
  - *Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière*, Paris, Berger-Levrault, 1995, 210 p.
  - *La sécurité sanitaire*, 2ème éd., Paris, Berger-Levrault, 2002, 390 p.
  - *Les Contes de Ségur. Les coulisses de la politique de santé (1998-2006)*, Paris, Ophrys, 2006, 420 p.

- **THIBIERGE (C.) *et al.***, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J, 2009, 891 p.

- **THIÉTART (R.-A.)**, *Méthodes de recherches en management*, Paris, Dunod, 2007, 560 p.

- **VIALLA (F.)**, *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, L.G.D.J, 2009, 664 p.

- **WEBER (M.)** :
  - *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922.
  - *Rechtsoziologie*, Neuvied/Berlin, 1967.
  - *Economie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971, 650 p.

- **ZARIFIAN (P.)**, *Le modèle de la compétence*, Paris, Liaisons, 2001, 130 p.

2) Thèses et mémoires

- BÉCOUR (B.), *La judiciarisation de la médecine. Aspects éthiques*, Thèse de doctorat : sciences, éthique médicale et santé publique, sous la direction de A. Haertig, Université Paris V - René Descartes, 2002, 307 p.

- CADIOU (E.), *La gestion des risques à l'hôpital. Réflexions pour la mise en place d'une politique de prévention des risques au Centre hospitalier du Mans*, mémoire ENSP, 2001, 72 p.

- CLÉMENT (R.), *Que font les médecins face à des demandes de mort de malades en situation de fin de vie*, thèse de doctorat : éthique médicale, sous la direction de O. Rodat, Université Paris V - René Descartes, 2008, 129 p.

- FASQUELLE (N.), *La judiciarisation de la médecine générale et la pratique médicale. Vers l'émergence d'une médecine défensive ?*, thèse de doctorat : médecine, sous la direction de T. Faict, Université d'Auvergne, 2006, 123 p.

- FERRES (F.), *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, thèse de doctorat : droit, Université de Strasbourg, 1934, 230 p.

- GIUDICELLI-DELAGE (G.), *La motivation des décisions de justice*, thèse de doctorat : droit public, sous la direction de P. Couvrat, Université de Poitiers, 1979, 659 p.

- GOEDERT (M.), *L'image du procès dans les yeux du médecin* [en ligne], mémoire de DEA : droit privé, sous la direction de B. Py, Université de Nancy, 2004, 98 p.
Disponible le 12 avril 2012 sur : http://www.univ-nancy2.fr

- GOUTET (A.), *De la conciliation en matière civile*, thèse de doctorat : droit, Université de Paris, 1936, 223 p.

- GRAMAIN-KIBLEUR (P.), *Le monde du médicament à l'ère industrielle ; les enjeux de la prescription médicamenteuse de la fin du XVIIIe au début du XXe siècle*, thèse de doctorat : histoire des sciences, sous la direction de M. Morange, Université de Paris VII, 1999, 512 p.

- LANGENIEUX-TRIBALAT (A.), *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* [en ligne], thèse de doctorat : droit privé, sous la direction de J.-P. Marguénaud, Université de Limoges, 2007, 380 p.

Disponible le 20 juin 2010 sur : http://epublications.unilim.fr/theses/2007/langenieux-tribalat-anne/langenieux-tribalat-anne.pdf

- **LE BONNIEC (J.)**, *La formation médicale continue : enjeu stratégique et levier pour l'optimisation de la gestion des compétences médicales* [en ligne], mémoire de l'ENSP, Rennes, décembre 2007, 115 p.
Disponible le 31 mai 2011 sur : http://www.bdsp.ehesp.fr/Fulltext/381926/

- **PY (B.)**, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale* [en ligne], thèse de doctorat : droit privé, Université de Nancy, sous la direction de J.-F. Seuvic, 1993, 509 p.
Disponible le 31 mai 2011 sur : http://www.univ-nancy2.fr

- **SAISON-DEMARS (J.)**, *Essai sur les variations de l'exclusion de la faute médicale au regard des fonctions de la responsabilité*, thèse de doctorat : droit public, sous la direction de P. Lecocq, Lille, 11 décembre 2000, 467 p.

- **SALVAT (O.)**, *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse de doctorat : Droit privé, Université de Paris II, 1983.

- **SAVATIER (J.)**, *Etude juridique de la profession libérale*, thèse de droit, Paris, L.G.D.J, 1947, 379 p.

- **SINTEZ (C.)**, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, thèse de doctorat : droit privé, sous la direction de C. Thibierge et P. Noreau, Université d'Orléans, 2009, 513 p.

- **STARCK (B)**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse de doctorat : droit privé, sous la direction de M. Picard, Paris, 1947, 503 p.

3) Rapports, guides et études

- ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE :

- *De la sanction à la prévention. Pour une prévention des événements indésirables liés aux soins*, 2006.
- *Propositions pour une réforme de l'assurance maladie*, 2011.

- AFSSAPS, *Bonnes pratiques de pharmacovigilance*, 29 août 2011, 52 p.

- AFSSAPS, INCA, HAS, *Méthodologie générale d'élaboration des protocoles thérapeutiques "hors GHS"*, 2007, 5 p.

- AFSSET, *Rapport d'expertise collective relative aux radiofréquences*, octobre 2009, 469 p.

- AMALBERTI (A.), GREMION (C.), AUROY (Y.) *et al.*, « Les systèmes de signalement des événements indésirables en médecine », *Etudes et résultats*, DREES, juillet 2007, n°584, p. 1-8.

- ANSM :

- *Rapport d'activité pharmacovigilance 2008*, 29 juillet 2008, 6 p.
- *Rapport d'activité hémovigilance 2011*, juillet 2012, 90 p.

- AUTUME (d') (C.), Postel-Vinay (D.), *Mission relative à l'organisation juridique, administrative et financière de la formation continue des professions médicales et paramédicales*, Paris, La Documentation française, février 2006, 116 p.

- BENSADON (A.-C), MARIE (E.), MORELLE (A), *Enquête sur le MEDIATOR*, Paris, La Documentation française, 2011, 261 p.

- BRAS (P.-L.), DUHAMEL (G.), *Formation médicale continue et évaluation des pratiques professionnelles des médecins*, Paris, La Documentation française, décembre 2008, 58 p.

- BRAS (P.-L.), RICORDEAU (P.), ROUSSILLE (B.), SAINTOYANT (V.), *L'information des médecins généralistes sur le médicament*, rapport n°RM2007-136P, septembre 2007, 252 p.

- **CANIARD (E.)**,

- *La Place des usagers dans le système de santé. Rapport et propositions du groupe de travail*, Paris, La Documentation française, 2000, 63 p.
- *Les Recommandations de bonnes pratiques : un outil de dialogue, de responsabilité et de diffusion de l'innovation*, Paris, La Documentation française, 2002, 93 p.

- **CASERIO-SCHÖNEMANN (C.), N. FOURNET (N.)**, *Expérimentation d'un dispositif de déclaration des événements indésirables graves liés aux soins (EIG)*, InVS, novembre 2011.

- **CATALA (P.)**, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Paris, La Documentation française, septembre 2005, 208 p.

- **CATALA (P.), GHOZI (A.)**, *Médiations judiciaires*, Paris, C.E.M.A.R.C, 1999, 240 p.

- **CERETTI (A.-M.)**, *Critère de représentativité et structuration des associations de santé*, Ministère de la santé, 2004, 47 p.

- **CERETTI (A.-M.), ALBERTINI (L.)**, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, rapport remis à M. le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, 24 février 2011, 310 p.

- **CHADELAT (J.-F.)**, *Les refus de soins aux bénéficiaires de la CMU*, Ministère de la santé et des solidarités, décembre 2006, 32 p.

- **CISS**, *Guide du représentant des usagers : où siègent-ils ?*, 2011, 229 p.

- **CNAMed :**

- *Rapport annuel au Parlement et au Gouvernement 2008-2009*, 2010, 82 p.
- *Rapport annuel au Parlement et au gouvernement 2009-2010*, 12 février 2011, 97 p.
- *Rapport annuel au Parlement et au gouvernement 2010-2011*, 2012, 125 p.

- **CNOM**, *L'indépendance de la décision médicale, rapport de la commission nationale permanente*, 19 juin 2010, 56 p.

- COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA Vème RÉPUBLIQUE, *Une Ve République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, 2007, 181 p.

- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES :

- *Améliorer l'environnement réglementaire*, 2001, 726
- *Gouvernance européenne : un livre blanc*, Bruxelles, 2001, 428 final
- *La gouvernance européenne : mieux légiférer*, Bruxelles, 2002, 275-278 final
- *Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire*, Bruxelles, 2003, 71.

- CONFÉRENCE NATIONALE DE SANTÉ, *Pour une approche convergente des droits des usagers du système de santé*, 16 décembre 2011, 26 p.

- CONSEIL D'ÉTAT :

- *Rapport public 1991*, Paris, La Documentation française, 1991, 416 p.
- *Rapport public 1993*, Paris, La Documentation française, 1993, 164 p.
- *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles*, Paris, La Documentation française, 1996, 198 p.
- *Rapport public 1998*, Paris, La Documentation française, février 1998, 512 p.
- *Rapport public 2001*, Paris, La Documentation française, 2002, 472 p.
- *Rapport public 2005*, Paris, la Documentation française, mars 2005, 400 p.
- *Rapport public 2006* , Paris, la Documentation française, 2007, 416 p.
- *Rapport public 2007*, Paris, La Documentation française, 2008, 432 p.
- *Rapport annuel 2008*, Paris, La Documentation française, 2009, 664 p.
- *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, novembre 2010, 127 p.
- *Rapport public 2010*, Paris, La Documentation française, 2011, 448 p.
- *Rapport public 2011* , Paris, La Documentation française, 2011, 230 p.
- *Rapport public 2012* , Paris, La Documentation française, 2012, 296 p.

- CONSEIL D'ÉTAT, **SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT**, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris, La Documentation française, 2005, 480 p.

- COULON (J.-M.), TEILLER (M.-N.), SERRAND (E.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Paris, La Documentation française, 1997, 169 p.

- COUR DE CASSATION :

- *Rapport annuel 1993*, Paris, La Documentation française, 1994, 251 p.
- *Rapport annuel 1999*, Paris, La Documentation française, 2000, 584 p.
- *Rapport annuel 2000*, Paris, La Documentation française, 2001, 654 p.
- *Rapport annuel 2001*, Paris, La Documentation française, 2002, 698 p.
- *Rapport annuel 2007*, Paris, La Documentation française, 2008, 612 p.

- COUR DES COMPTES, *Les personnels des établissements publics de santé*, mai 2006, 154 p.

- CRESSARD (P.), *Les soins et les injonctions de soins en milieu pénitentiaire et leurs conséquences pénales sur la situation de l'intéressé*, CNOM, 7 février 2008, 4 p.

- DAVID (G.), SUREAU (C.), *De la sanction à la prévention. Pour une prévention des événements indésirables liés aux soins*, Académie nationale de médecine, 2006, 17 p.

- DINTILHAC (J.-P.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Paris, La Documentation française, octobre 2005, 64 p.

- DOMERGUE (J.), GIUDICELLI (H.), *La chirurgie française en 2003. Les raisons de la crise et les propositions*, Paris, La Documentation française, 49 p.

- DOSIÈRE (R.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi*, adoptée avec modifications par le sénat en deuxième lecture, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, AN, 29 juin 2000

- DOSIÈRE (R.), VANNESTE (C.) :

- *Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes*, AN, 28 octobre 2010, 452 p.
- *Rapport d'information sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information (n°2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes*, AN, 1er décembre 2011, 123 p.

- DRAGO (R.), MONTALIVET (de) (P.), Duprat (J.-P.) *et al.*, *La confection de la loi*, Paris, P.U.F, 2005, 307 p.

- DUCAMIN (B.), *Le style des décisions du Conseil d'Etat*, EDCE, 1984-1985, n°36, p. 129-145.

- **ENA,** *L'accès au droit*, Strasbourg, 2000, 91 p.

- **EWALD (F.)**, *Le problème français des accidents thérapeutiques, enjeux et solutions*, Paris, La Documentation française, 1992, 264 p.

- **FAROUDJA (J.-M.)**, *Education thérapeutique : préconisations du CNOM*, 17 juin 2011.

- **FAUVET (L.)**, « Les affectations des étudiants en médecine à l'issue des épreuves classantes nationales en 2010 », *Etudes et résultats*, DREES, juin 2011, n°767, p. 1-8.

- **FIEULAINE (N.), KALAMPALIKIS (N.), HAAS (V.)**, *Usages du droit et représentations de la justice. Enquête sur le (non) recours au droit*, Synthèse, GIP Mission de recherche Droit et Justice, novembre 2009, 6 p.

- **FLOCH (J.)**, *Rapport d'information sur la médiation en Europe*, (COM [2004] 718 final/n°E2844), AN, 13 février 2007.

- **FOURCADE (J.-P.)**, *Comité d'évaluation de la réforme de la gouvernance des établissements publics de santé*, Paris, Sénat, 2011, 75 p.

- **GALLOIS (P.), A. TAIB (A.)**, *De l'organisation du système de soins*, Paris, La Documentation française, 1981, 286 p.

- **GÉLARD (P.)**, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, AN/ Sénat, juin 2006, 585 p.

- **GUIGUE (M.), GUIGUE (S.), MOUSSA (M.), RICHARD (G.)**, *La réparation du dommage : bilan de l'activité des Fonds d'indemnisation*, Université Montpellier 1 et Mission de recherche droit et justice, février 2009, 74 p.

- **GUINCHARD (S.)**, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La Documentation française, juillet 2008, 344 p.

- **HAENEL (H.), ARTHUIS (J.)**, *Justice sinistrée, démocratie en danger*, Paris, Economica, 1991, 132 p.

- HAS :

- *Guide d'évaluation des pratiques professionnelles dans le cadre de l'accréditation des établissements de santé*, Guide EPP, juin 2005, 56 p.
- *L'exercice coordonné et protocolé en maisons de santé, pôle de santé et centres de santé*, novembre 2007, 4 p.
- *Manuel de certification des établissements de santé V2010*, avril 2011, 112 p.

- HCAAM, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation Française, 2004, p. 23.

- HAUT CONSEIL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, *Evaluation du plan cancer 2003-2007*, IGAS RM2009-064P, Paris, La Documentation française, janvier 2009, 116 p.

- HENNEZEL (de) M., *La France palliative*, Paris, La Documentation française, 2007, 159 p.

- HERMANGE, (M.-T.) *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur : Médiator : évaluation et contrôle des médicaments*, Sénat, 28 juin 2011, 271 p.

- HUBERT (E.), *Mission de concertation sur la médecine de proximité*, novembre 2010, 183 p.

- IGAS :

- *Enquête sur le MEDIATOR®*, rapport n°RM-2011-001 P, Paris, La Documentation française, 2011, 261 p.
- *Rapport sur la pharmacovigilance et gouvernance de la chaîne du médicament*, Paris, La Documentation française, 2011, 209 p.

- JAMOUS (H.), *Rationalisation, mobilisation sociale et pouvoir*, Paris, ENSM-CSI, 143 p.

- JOHANET (G.), *Rapport relatif à l'assurance responsabilité civile des professionnels de santé*, 24 juillet 2011, 19 p.

- KAHN-BENSAUDE (I.), *La personne de confiance*, CNOM, 2010, 7 p.

- KOURILSKY (Ph.), VINEY (G.), *Le principe de précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000, 405 p.

- LAMBERT-FAIVRE (Y.), *L'indemnisation du dommage corporel*, Paris, La Documentation française, 2003, 60 p.

- LEGMANN (M.), *Définition d'un nouveau modèle de la médecine libérale*, Paris, La Documentation française, avril 2010, 46 p.

- **LÉONETTI (J.**), *Rapport n°1287 d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n°2005-370 du 22 avril 2005*, AN, 2008, 305 p.

- **LEROUX (P.), POTIÉ (V.)**, *Le pouvoir disciplinaire des caisses d'assurance maladie sur les médecins libéraux*, CODECOMED, 13 février 2007, 46 p.

- **LUCAS (J.)**, *Les coopérations entre professionnels de santé*, CNOM, 2010, 43 p.

- **MAC-ALEESE (M.)**, *La responsabilité médicale*, Paris, juillet 1980.

- **MACSF - Sou médical :**
  - *Le risque des professions de santé en 2002*, 2004, 32 p.
  - *Le risque des professions de santé en 2003*, 2005, 61 p.
  - *Le risque des professionnels de santé en 2004*, 2005, 35 p.
  - *Le risque des professionnels de santé en 2005*, 2006, 43 p.
  - *Le risque des professionnels de santé en 2006*, 2007, 43 p.
  - *Le risque des professionnels de santé en 2007*, 2008, 50 p.
  - *Le risque des professionnels de santé en 2008*, 2009, 90 p.
  - *Le risque des professionnels de santé en 2009*, 2010, 95 p.
  - *Le risque des professionnels de santé en 2010*, 2011, 95 p.

- **MALAURIE (P.)**, *Rapport français droit civil et rural, la réaction de la doctrine face à la création du droit par la jurisprudence*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1980, Tome XXXI, n°7.

- **MARESCAUX (J.)**, *Rapport de la Commission sur l'avenir des Centres Hospitaliers Universitaires*, Paris, La Documentation française, 2009, 325 p.

- **MATILLON (Y.),** *Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles des métiers de la santé*, Paris, La Documentation française, 2003, 94 p.

- **MÉDIATEUR DE LA REPUBLIQUE** :
  - *Rapport annuel 2010*, Paris, La Documentation française, mars 2011, 88 p.
  - *Synthèse annuelle du Pôle santé et sécurité des soins*, 2009, 20 p.

- **MEKKI (M.)**, *La place du préjudice en droit de la responsabilité civile*, Rapport de synthèse au colloque sur la notion de préjudice en droit franco-japonais à Tokyo en juillet 2009, 2010, vol. 5, p. 194.

- **MICHEAU (J.), MOLIÈRE (E.)**, *Activité et emplois du temps des médecins libéraux*, DREES, mai 2010, n°98, 15 p.

- **MICHEL (P.), QUENON (J.-L.), DJIHOUD (A.) *et al.***, « Les événements indésirables graves liés aux soins observés dans les établissements de santé : premiers résultats d'une étude nationale, *Etudes et résultats*, DREES, mai 2005, n°378, 16 p.

- **MICHEL (P.), MINODIER (C.), MOTTY-MONNEREAU (C.) *et al.***, « Les événements indésirables graves dans les établissements de santé : fréquence, évitabilité et acceptabilité », *Etudes et résultats*, Drees, mai 2011, n°761, xx p.

- **MINISTÈRE DE LA JUSTICE** :
  - *La responsabilité médicale et l'indemnisation du risque thérapeutique*, 1991, 88 p.
  - *Les chiffres clés de la justice 2011*, sous-direction de la statistique et des études, 2011, 42 p.

- **MOLFESSIS (N.)**, *Les revirements de jurisprudence*, 30 novembre 2004, LexisNexis, 2005, 193 p.

- **MORELLE (A.), BENSADON (A.-C.), MARIE (E.)**, *Enquête sur le MEDIATOR*, IGAS, janvier 2011, 260 p.

- **MOYSE (D.), DIEDRICH (N.)**, *L'impact de l'arrêt Perruche sur les échographistes et les gynécologues obstétriciens*, Paris, Centre d'études des mouvements sociaux, janvier 2005, 107 p.
- **NOURY (J.-P.)**, *La « judiciarisation » de l'économie*, Paris, La Documentation française, 2004, 180 p.

- **OBSERVATOIRE DES RISQUES MÉDICAUX**, *Rapport 2010 pour la période 2006-2009*, janvier 2011, 28 p.

- **OCDE :**
  - *L'amélioration du respect de la réglementation : stratégie et applications pratiques dans les pays membres*, Paris, 1993, 47 p.
  - *La réforme de la réglementation*, Paris, 1997, 32 p.

- **OMS**, *Normes minimums admissibles sur le plan international pour la formation des médecins*, Genève, 1962, 63 p.

- ONIAM :

- *Rapport d'activité 2010, 2011,* 69 p.
- *Rapport d'activité 2011, 2012,* 86 p.

- POUILLARD (J.), *Le principe de précaution*, CNOM, avril 1999, 8 p.

- ROMESTANG (P.), *Atlas de la démographie médicale française*, CNOM, 2011, 25 p.

- SALAT-BAROUX (F.), *Les accidents médicaux : réparer sans déresponsabiliser*, 1993, 63 p.

- SAUNIER (C.), *Le renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'Homme : application de la loi du 1er juillet 1998*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, n°185.

- SÉNAT :

- *Les instances nationales de bioéthique*, Les Documents de travail, avril 2001, n°LC 89, 36 p.
- *Rapport annuel de contrôle de l'application des lois 2009*, Paris, Sénat, 16 décembre 2009, 107 p.
- *La séance plénière et l'activité du Sénat. Année parlementaire 1er octobre 2008-30 septembre 2009*, 2009, 306 p.

- SHAM :

- *Panorama du risque médical des établissements de santé. Bilan des accidents médicaux de l'année 2009*, 2010, 70 p.
- *Panorama du risque médical des établissements de santé. Bilan des accidents médicaux de l'année 2010*, 2011, 96 p.

- STEFANI (F.), *Formulaires médicaux et assurances*, CNOM, 20 septembre 2007, 7 p.

- VIRVILLE (M.), *Pour un code de travail plus efficace*, Paris, La Documentation française, 2004, 117 p.

- WARSMANN (J.-L.), *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Paris, La Documentation française, février 2009, 240 p.

C) Articles

- **AGUILA (Y.),** « Droit et Justice », *Lettre GIP*, 2008, n°30, p. 1.

ALBERT (N.), « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA* 2003, n°2, p. 361.

- **ALONSO (C.)**, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'Etat », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 166.

- **AMOSSÉ (T.)**, « Mythes et réalités de la syndicalisation en France », *DARES*, Premières informations synthèses, octobre 2004, n°44, p. 1.

- **AMSELEK (P.)** :
  - « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RD publ.* 1982, p. 279.
  - « La teneur indécise du droit », *RD publ.* 1991, n°5, p. 1206.
  - « La teneur indécise du droit », *La Revue Juridique Thémis*, 1992, vol. 26, n°1, p. 1-19.
  - « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *in La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J, 2009, p. 6.

- **ANCEL (P.)**, « Le doute du magistrat », *in Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 21-30.

- **APOLIS (B.),** « Procédure de règlement amiable des litiges médicaux : la position du Conseil d'Etat », *RDS* 2008, n°21, p. 26.

- **ARHAB-GIRARDIN (F.),** « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *RDSS* 2010, n°5, p. 901.

- **ARMAND-PRÉVOST (M.),** « La médiation », *Gaz. Pal.* 2006, n°12, p. 11.

- **ATTARD (J.),** « Comment faire du principe de précaution un principe d'action préventive ? L'exemple des produits de santé », *LPA* 2007, n°39, p. 14.

- **ATTHAR (P.),** « Etat d'âme d'un médecin parmi tant d'autres ? L'accréditation frappera deux fois… », *RDS* 2007, n°15, p. 84-85.

- **AUBERT (J.-L.),** « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », *D.* 2001, p. 489.

- AUBY (J.-M.) :

- « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA* 1955, I, p. 1-4.
- « La transaction en matière administrative », *AJDA* 1986, I, p. 1-4 .

- AUGUSTE (O.), « Actes médicaux superflus : la peur des procès », *Le Figaro*, 27 décembre 2010.

- AYNÈS (L.), « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, p. 492.

- BACACHE (M.), « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? », *D.* 2008, p. 1908.

- BAGHESTANI-PERREY (L.), « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *D.* 1999, p. 457.

- BARBOT (J.), FILLION (E.), « La "médecine défensive" : critique d'un concept à succès », *Sciences sociales et santé*, 2006, vol. 24, n°2, p. 5-33.

- BARTHEZ (A.-S.), « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », *in Le droit souple*, Journées nationales, t. 13, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, février 2009.

- BAUDOIN-MAZAND (A.), « La conciliation et la médiation : deux modes de règlement des différends commerciaux », *LPA* 1993, n°94, p. 31.

- BAZELAIRE (de) (C.), LAVAL (G.), AUBRY (R.), « Loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie une loi mal connue parce que mal expliquée », *La revue du praticien*, 2009, vol. 59, p. 768.

- BÉCHILLON (de) (D.), « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », *in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*, Paris, Dalloz, 2004, p. 5.

- BÈGUE (P.), « La vaccination contre l'hépatite B en France : maintien des recommandations et renforcement de la couverture vaccinale », *Bull. Acad. Natle Med.*, 15 octobre 2008.

- BÈGUE (P.), GIRARD (M.), FROTTIER (J.), DENIS (F.), « Sur la vaccination de l'hépatite B en France », *Bull. Acad. Natl. Med.*, 12 février 2008.

- **BÉNABENT (A.),** « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005, p. 852.

- **BÉNOIT (F.-P.),** « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *JCP* 1957, spéc. n°s11 à 161351.

- **BERGEAL (C.),** « Apports et limites de la codification à la clarté de la loi : les enseignements de la pratique française », *Le Courrier juridique des finances et de l'industrie – Spécial légistique*, juin 2008, p. 38.

- **BERHALI-BERNARD (H.)**, « Les rapports publics annuels du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 275-291.

- **BESSIÈRES-ROQUES (I.),** « Le préjudice spécifique de contamination : un nouveau préjudice ? », *RFDC* 1993, p. 79.

- **BEYSSAC (R.),** « Les frais irrépétibles devant la chambre disciplinaire de première instance », BONM, juillet-août 2009, n°6, p. 14.

- **BIANCUCCI (M.),** « Les ajustements de la technique médicale face aux règles de droit », *Sociologie du travail*, 2011, n°53, p. 377.

- **BLANCHARD (C.)**, « Don du sang : de nouveaux critères de sélection des donneurs définis par l'arrêté du 12 janvier 2009 »**,** *Gaz. Pal.* 2009, numéro spécial Droit de la Santé, p. 21.

- **BOENDER LECOEUR (M.),** « L'impact du droit relatif à la démocratie sanitaire sur le fonctionnement hospitalier », *Droit et société* 2007, vol. 3, n°67, p. 632.

- **BOIGEOL (A)**, « Les professionnels du droit et la pérennisation de leur magistère », *in Sur la portée sociale du droit*, Paris, P.U.F, 2005, p. 219.

- **BORÉ (L.),** « La motivation des décisions de justice et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2002, I, 104.

- **BORGHETTI (S.),** « Retour sur le rapport de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques », *RDC* 2008, n°4, p. 1190.

- BOTTEGHI (D.), « L'ambition pédagogique du juge administratif », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 155.

- BOUAMAMA (S.), FOTIA (Y.), CORMONT (J.) *et al.*, « L'accès aux droits des étrangers dans le système de l'accès au droit français », *Les figures de la domination*, 8 août 2011, p. 1-21.

- BOUGHRIET (N.) :

- « Le fonctionnement des CRCI », *JURIDIC'URMEL*, septembre-octobre 2007, n°2, p. 2.
- « Le statut du fœtus né sans vie », *JURIDIC'URMEL*, mars-avril, 2008, n°5, p. 1.
- « L'observance thérapeutique : contours juridiques et limites », *JURIDIC'URMEL*, juillet-août 2008, n°7, p. 2.
- « La maternité pour autrui », *JURIDIC'URMEL*, novembre-décembre 2008, n°9, p. 2.
- « La personne de confiance », *JURIDIC'URMEL*, n°19, juillet-août 2010, n°19, p. 2.
- « Les directives anticipées », *JURIDIC'URMEL*, septembre-octobre 2010, n°20, p. 2.
- « Infections nosocomiales : responsabilité d'une société civile de moyens ? », *JURIDIC'URPS*, janvier-février 2011, n°1, p. 3.
- « L'usage du titre de psychothérapeute », *JURIDIC'URPS*, mai-juin 2011, n°3, p. 4.
- « Accréditation : bénéficiez d'une prise en charge partielle de votre assurance RCP », *JURIDIC'URPS*, septembre-octobre 2012, n°1, p. 4.

- BOUGHRIET (N.), LEROUX (P.) :

- « Le décès du médecin : et si demain ? », *JURIDIC'URMEL*, septembre-octobre 2008, hors-série n°8, p. 1-8.
- « Les certificats médicaux : les dix commandements », *JURIDIC'URMEL*, novembre-décembre 2009, hors-série n°15, p. 1-8.

- BOULOUIS (J.), « Quelques observations à propos de la sécurité juridique. Du droit international au droit de l'intégration », *in Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 53.

- BOURCIER (D.), « Le droit comme système complexe », *Droit et Cultures* 2011, n°1, p. 37.

- BOURDIEU (P.), « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *A.R.S.S* 1986, n°64, p. 3.

- **BOURDON (J.), NÉGRIN (J.-P.)**, « L'inflation réglementaire en France », *in L'inflation législative et réglementaire en Europe*, Paris, CNRS, 1986, p. 79.

- **BRAIBANT (G.) :**
  - « La commission supérieure de codification, *in La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 97.
  - « Utilité et difficultés de la codification », *Droits* 1996, n°24, p. 62.
  - « La problématique de la codification », *RFAP* 1997, p. 168.
  - « Consolider enfin par le droit au droit, la citoyenneté et la démocratie ». Propos introductifs, *AJDA* 1997.
  - « Penser le droit sous la Vème république : cohérence et codification », *RD publ.* 1998, n°5/6, p. 1771.
  - « La problématique de la codification », *in Savoir innover en droit. Hommage à Lucien Mehl*, Paris, La Documentation française, 1999.
  - « Débats : faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? » *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, L.G.D.J, 1999, p. 201.
  - « La codification », *RFDA* 2000, p. 493.
  - « La codification », *LPA* 2004, n°216, p. 64.

- **BRET (M.), LOUIS (B.), LIBOUREL (V.), BADEL (R.),** « Relations médecins-industries », *Ordre.com*, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Rhône, janvier 2008, n°11, p. 6.

- **BRETON (S.),** « Tutelle ou curatelle renforcée : le consentement aux actes médicaux », *BONM*, juillet-août 2010, n°12, p. 14.

- **BROCAS (A.-M.), LE COZ (G.),** « La démocratie sanitaire. Présentation du numéro sur la démocratie sanitaire », *RFAS* 2000, n°2, p. 9.

- **BURGELIN (J.-F.)**, « Un fait de société : la judiciarisation», *in La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque organisé pour la Fondation de l'innovation politique, sous la direction de F. Rouvillois, LexisNexis, novembre 2006 / avril 2007, p. 3.

- **BURUCOA (B.), PATERNOSTRE (B.)**, « L'enseignement universitaire des soins palliatifs. Vers la recherche en soins palliatifs », *in Manuel des soins palliatifs*, 2ème éd., Paris, éd. Dunod, 2009, 1024 p.

- CABRILLAC (R.), « Les enjeux de la codification en France », *Les Cahiers de droit* 2005, vol. 46, n°1-2, p. 533-545.

- CADEAU (E.), « La “ démocratie sanitaire ” : “ erreur ”, “commodité ” ou “ écart ” de langage ? », *RGDM* 2004, n°12, p. 10.

- CADIET (L.) :

- « Les métamorphoses du préjudice », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, P.U.F, 1998, p. 37 et s.
- « L’hypothèse de l’américanisation de la justice française. Mythe et réalité », *Arch. Phil. Droit* 2001, n°45, p. 89.
- « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *in Variations autour d’un droit commun. Premières rencontres de l’UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, p. 89.
- « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review* 2011, n°28, p. 147-168.

- CADIET (L.), LE TOURNEAU (P.), « Les principes généraux de la responsabilité », *Dalloz Action*, 1998, n°605 et s.

- CAILLOSSE (J.), « Le savoir juridique à l’épreuve de la décentralisation », *Annuaire des collectivités locales*, t. 8, 1998, vol. 8, n°1, p. 21.

- CAM (P.), SUPIOT (A.), « La vulgarisation du droit du travail », *ARSH* 1984, p. 35.

- CAMBY (J.-P.), « La loi et la norme (à propos de la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005) », *RD publ*. 2005, n° 4, p. 849-867.

- CAMOUS (E.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », *Gaz. Pal.* 2003, n°303, p. 5.

- CANIVET (G.) :

- « La médiation comme mode de règlement des la vie des affaires », *LPA* 1999, n°138, p. 4.
- « Le point de vue du juge judiciaire et du juge administratif : l’expérience de la Cour de cassation française », *LPA* 2006, n°254, p. 23.

- **CARBONNIER (J.)**

- « Pouvoir d'invention », *D.* 1970, chron. 137.
- « Essais sur les lois», *Defrénois* 1978, p. 276.
- « Droit et médias », *Droit et Société*, 1990, n°16, p. 281.
- « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », *in Flexible droit*, 9ème éd., Paris, L.G.D.J, 1998, p. 193.

- CARCASSONNE (G.), « Penser la loi », *Pouvoirs* 2005, n°114, p. 39.

- CAREGHI (J.-C.), « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ? », *RGDM* 2006, n°18, p. 112.

- CARRÉ (S.), « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *LPA* 1994, n°94.

- CARTIER (E.), « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, 2008, n°1, p. 72.

- CASES (C.), « Les réformes du système de santé en France depuis 2002 : étapes et enjeux », *Santé, Société et Solidarité*, 2008, n°2, p. 47.

- CAYLA (J.-S.), « Le principe de précaution, fondement de la sécurité sanitaire », *RDSS* 1998, p. 491.

- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les clairs-obscurs de la décision du 13 janvier 2005 », *AJDA* 2005, p. 905.

- CHARMEIL (N.), « Le paradoxe du principe de précaution : du principe de paralysie au principe paralysé », *JCP A* 2012, n°34, 2275.

- CHARTIER (Y.) :

- « Le rapport de la Cour de cassation. A propos du rapport pour l'année 1999 », *JCP* 2000, I, 238, n°28.
- « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civiles de la Cour de cassation », *in Mélanges offerts à P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 269.
- « Les revirements de jurisprudence » *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 150.

- **CHATEAUBRIAND (de) (F.-R.)**, « De la monarchie selon la charte », *in Grands écrits politiques*, t. 2, Paris, Jean-Paul Clément, 1993, p. 458.

- **CHAVRIER (G.),** « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA* 2000, n°3, p. 548.

- **CHEVALIER (P.),** « Les revues d'analyse des accidents médicaux : quelles incidences sur la responsabilité pénale des médecins et des soignants ? », *RDSS* 2008, p. 1080.

- **CHEVALLIER (J.),** « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA* 2010, n°5, p. 896.

- **CHEVALLIER (J.), D. LOCHAK (D.)**, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP* 1982, p. 94.

- **CHILLON (S.), BROSSAULT (P.),** « "*Vox clamat in deserto*" ou le malentendu de la conciliation médicale », *Gaz. Pal.* 1999, n°50, p. 47.

- **CHIOCARELLO (A.)**, « L'absence de statut des prélèvements humains révèle l'impuissance du droit lors de l'utilisation des éléments et produits du corps humain », *Gaz. Pal.* 2010, numéro spécial Droit de la santé, p. 40.

- **CIAUDO (O.),** « Orthorisq : un organisme agrée par la Haute autorité de santé pour l'accréditation des praticiens de santé », *RDSS* 2011, p. 665.

- **CIVARD-RACINAIS (A.)**, « Fin de vie : faut-il changer la loi ? », *Panorama du médecin*, 16 juin 2008, n°5107, p. 12-19.

- **CLÉMENT (C.),** « Le médecin, son devoir d'information et le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité », *LPA* 2001, p. 15.

- **CNOM**, « HPST : ce qui vous attend », *BONM*, Novembre-décembre 2009, n°8, p. 22-27.

- **COING (H.)**, « Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. Phil. Dr.* 1964, t. IX, p. 7.

- **COLLIN (P.), GUYOMAR (M.),** « Chronique de droit administratif », *AJDA* 2001, p. 1046.

- **COMITI (V.-P.)**, « Histoire des universités de médecine : quelques jalons », *Les Tribunes de la santé*, 2007, vol. 3, n°16, p. 19.

- CORMIER (M.), « L'obligation de payer », *RGDM* 2003, n°11, p. 69 et s.

- CORNU (G.) :

- « L'élaboration du nouveau Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1995, n°16, p. 253.
- « Les modes alternatifs des règlement des conflits », *RIDC* 1997, vol. 49, n°2, p. 322.
- « Compréhension ou incompréhension du droit ? Sombre verdict », *Journal d'histoire du droit*, n°20, 2002.

- COURGEON (B.), « Rapport sur les décisions de justice et avis CRCI rendus en 2009 », *Responsabilité*, Hors-série, Sou médical-Groupe MACSF, novembre 2010, p. 82.

- CRÉDEVILLE (A.-E.), « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? », *D.* 2008, p. 1914.

- CREUX-THOMAS (F.), « La médiation : opportunité ou "gadget" ? », *JCP G* 2009, 558.

- CRISTAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2815.

- CZUWAK (S.), « Chroniques de jurisprudence », *JuriSanté actualités*, décembre 2005, n°52.

- DABIN (J.), « Droit subjectif et subjectivisme », *in Le droit subjectif en question*, Paris, Sirey, 1964, p. 17-35.

- DAMIEN (A.), « Le progrès médical et l'évolution de la responsabilité médicale », *RHF* 1990, n°3, p. 245.

- DARMON (M.), « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *JCP* 1976, I, 3976.

- DAUCHEZ (C.), « Regard historique sur l'accès au droit », *in L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 91-104.

- DAVID (G.), « La médecine saisie par le principe de précaution », *Bull. Acad. Natle méd.* 1998, vol. 182, n°6, p. 1219.

- **DECANTER (B.),** « Le collaborateur libéral », *Bulletin du Conseil départemental du Nord de l'ordre des médecins*, n°114, p. 6.

- **DÉCIMA (O.)**, « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ Pénal* 2012, p. 380.

- **DEGUERGUE (M.) :**
  - « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *Revue juridique de l'environnement (numéro spécial) sur Le Principe de précaution*, 2000, p. 109.
  - « Les Obiter dicta dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 230.

- **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**, « De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine », *in Mélanges offerts à E. Langavant*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 127.

- **DELANDRE (J.-M.)**, « Quelle typologie des postes de préjudices ? La nomenclature des postes de préjudice : point de vue du juge administratif », *RCA* 2010, n°3, spéc. n°7-10, p. 34.

- **DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.) :**
  - « Sang contaminé et qualification pénale avariée », *Gaz. Pal.* 1992, p. 673.
  - « L'affaire du sang contaminé : la triple ambiguïté de l'arrêt de la chambre criminelle du 22 juin 1994 », *Gaz. Pal.* 1994, p. 1135.

- **DEMICHEL (A.)**, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », *in Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 705-725.

- **DEMICHEL (F.),** « Les contradictions actuelles du droit de la santé », *RGDM* 2004, n°13, p. 169.

- **DEPOIRE (N.)**, « Analyse d'un cas pratique : erreur d'administration lors de la rinçure d'une chambre implantable », *DDS* 2011, vol. 11, n°3, p. 298-309.

- **DESCHAMPS (C.)**, « Enseignement/apprentissage des collocations d'une langue de spécialité à un public allophone : l'exemple de la langue juridique », *Études de linguistique appliquée*, 2004, vol. 3, n°135, p. 361.

- **DESPLATS (P.-E.), FAVROLT (N.), GERBAUD (L.), FAICT (T.),** « L'influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Quand Esculape craint Thémis », *RGDM* 2008, n°28, p. 125-144.

- **DEUMIER (P.) :**
  - « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA* 2000, n°46, p. 6.
  - « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006, p. 510.
  - « Avis et recommandations au regard du droit positif », *RGDM* 2009, n°30, p. 36.
  - « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie dans les arrêts, pédagogie hors les arrêts », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 410.

- **DESENCLOS (J.-C.), VISIO (A.-C.)**, « Sécurité et veille sanitaire », *in Santé publique, l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2010, p. 341-350.

- **DESSAINT (L.), LIGNEAU (P.),** « La spécificité du champ de la santé et de l'action sociale à l'épreuve de la codification », *LPA* 1997, n°152, p. 7.

- **DEVERS (G.)** :
  - « Le procès disciplinaire ordinal », *DDS* 2006, vol. 6, n°3, p. 325.
  - « L'hyper réactivité de la loi », *DDS* 2008, vol. 8, n°4, p. 411.
  - « L'Ordre national des infirmiers et la loi », *DDS* 2010, vol. 10, n°2, p. 121.
  - « Un code de déontologie, pour quoi faire ? », *DDS* 2010, vol. 10, n°2, p. 129.

- **DEZALLAÏ (A.)**, « Les relations entre l'émetteur de l'accès au droit et son destinataire », *Jurisdoctoria*, 2008, n°1, p. 118.

- **DE ROCHEGONDE (T.),** « Point de vue critique sur la proposition de loi "recherches impliquant la personne humaine" », *RGDM* 2011, n°38, p. 341-357.

- **DISANT (M.)**, « La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 132.

- **DOMINGO (M.)**, « Parler droit », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, printemps-été 2010, n°34, p. 1.

- **DRAI (P.), CHARTIER (Y.), TRICOT (D.),** « La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions », *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique* 1994, n°20, p. 110 et 114.

- **DREYFUS (F.),** « La fin des conciliateurs médicaux », *Le Concours médical*, 1982, p. 1987-1988.

- **DUBOUIS (L.),** « La réforme de la médecine libérale : le statut des médecins », *RDSS* 1996, vol. 4, n°32, p. 743.

- **DUCHESNE (S.)**, « Pratique de l'entretien dit "non-directif" », *in Les méthodes au concret*, Paris, P.U.F, 2000, p. 1.

- **DUGNE (J.), VIALLA (F.)**, « Du nouveau en matière d'obligation d'information », *RDS* 2012, n°50, p. 693.

- **DUPEYROUX (O.)**, « La jurisprudence, source abusive de droit », *in Mélanges Maury*, t. 2, Paris, Dalloz, 1960, p. 349

- **ENGEL (L.),** « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, 1993, n°192, p. 6.

- **EWICK (P.), SILBEY (S. S.),** « Conformity, Contestation and Resistance : An account of Legal Consciousness », *New England law Review*, 1992, vol. 26, n°3, p. 731-749.

- **ESMEIN (A.),** « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p. 12.

- **ESTOUP (P.),** « La conciliation judiciaire, avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.*, 23 et 24 juin 1989, p. 300.

- **EYMERY (M.),** « Erreur médicale et responsabilité collective », *Adsp* 2010, n°73, p. 5.

- **EWALD (F.) :**
  - « Un entretien avec François Ewald : après l'ère de la prévoyance et celle de la prévention, nous entrons dans l'âge de la précaution », *Le Monde*, 21 avril 1993, p. 11.
  - « La précaution, une responsabilité de l'Etat, *Le Monde*, 11 mars 2000.
  - « Le principe de précaution entre responsabilité et politique », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2000, 184, p. 881-896.

- FAGET (J.) :

- « L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 1995, n° 30-31, p. 367-378.
- « Regard sociologique sur l'accès au droit », *in L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 119-135.

- FAVOREU (L.), GAY (L.), LANISSON (V.) *et al.*, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel. 1er janvier-31 mars 2002 », *RFDC* 2002, vol. 2, n°50, p. 345.

- FERRAND (F.), « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », *in Les revirements de jurisprudence*, Paris, Litec, 2005, p. 86.

- FILLION (E.), « Que font les scandales ? La médecine de l'hémophilie à l'épreuve du sang contaminé », *Politix* 2005, vol. 3, n°71, p. 191-214.

- FINET (P.), « Le médecin collaborateur libéral », *Revue des médecins de l'Isère*, juillet 2010, p. 7

- FLAMENT (L.), « Simplifier le droit du travail », *Revue de droit du travail*, 2010, p. 489.

- FLÉCHEUX (G.), LAFARGUE (P.), « La médiation », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, Paris, p. 301.

- FLÜCKIGER (A.), « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du conseil constitutionnel*, 2006, n°21, p. 74-78.

- FORTUNÉ-CAVALIÉ (M.-L.), « Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé : vers "l'œuf transparent"? », *Méd. et Dr.* 1998, n°33, p. 17.

- FOURGOUX (J.-L.), « Santé et concurrence, un traitement spécifique ? », *Gaz. Pal.* 2000, n°72, p. 47.

- FRANC (M.), « Traitement juridique du risque et principe de précaution », *AJDA* 2003, p. 360.

- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le pouvoir processuel des associations et la perspective de la class action », *LPA* 1996, n°24, p. 29.

- FRISON-ROCHE (M.-A.), BARANES (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, n°23, p. 361.

- FROMONT (M.), « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996, p. 178.

- GAFTARNIK (E.), « La responsabilité civile à l'épreuve du principe de précaution », *LPA* 2006, n°51, p. 3.

- GAHDOUN (P.-Y.), « L'amélioration de la fabrication des lois », *AJDA* 2008, p. 1872.

- GALAND (C.), SALÈS-WUILLEMIN (E.), « Apports de l'étude des représentations sociales dans le domaine de la santé », *Sociétés*, 2003, vol. 3, n°105, p. 35-44.

- GARAY (A.) :

- « Le conciliateur à l'hôpital », *Gaz. Pal*. 1998, p. 56.
- « Quelle "judiciarisation" de la pratique médicale ? », *Gaz. Pal.* 2001, p. 1884.

- GAUDEMET (Y.) :

- « Les sources du droit du contentieux administratif », *in Regards de la communauté juridique sur le contentieux administratif. Hommage à Daniel Chabanol (direction B. Bonnet)*, publication de l'Université de St Etienne, 2009, p. 71-75.
- « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RD publ.* 2010, n°6, p. 1616.

- GÉMAR (J.-C.) :

- « La langue juridique, langue de spécialité au Québec : éléments de méthodologie», *French Review* 1980, vol. 6, nº 53, p. 880.
- « Les fondements du langage du droit comme langue de spécialité », *Revue générale du droit*, Université d'Ottawa, Faculté de droit, 1990, vol. 21, n°4, p. 719.
- « De la traduction (juridique) à la Jurislinguistique. Fonctions proactives du traductologue », *Meta : journal des traducteurs*, 2005, vol. 50, n°4, p. 2.

- GHESTIN (J.), « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239.

- GIRAULT (V.), « La médecine dans les mains des patients et des juges », *Press. Med*. 2004, vol. 33, n°8, p. 554.

- GIRER (M.), « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, n°39, p. 45.

- **GJIDARA (S.),** « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 2004, n°105, p. 8.

- **GLORION (B.),** « Principe de précaution et code de déontologie », *Bull. Acad. Natle Méd.* 2000, 184, p. 897-904.

- **GODARD (O.),** « L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision », *in Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, INRA-MSH, 1996, p. 42.

- **GOMBAULT (N.) :**
  - « Une judiciarisation plutôt perçue que subie ? », *QDM*, 16 mars 2011, n°8924, p. 34.
  - « Responsabilité disciplinaire », *in Lamy Droit de la santé*, éd. 2012, fasc. n°546-12.

- **GONOD (P.),** « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652.

- **GONTHIER (C.)**, « Les opinions dissidentes », *in Le juge de cassation à l'aube du 21ème siècle*, Actes du premier congrès de l'association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Marrakech, mai 2004, p. 93.

- **GORCHS (B.),** « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », *Droit et société* 2006, n°62, p. 233.

- **GRARE (O.)**, « Préjudice autonome en cas de méconnaissance par le médecin de son devoir d'information : début d'une saga juridique », *RDS* 2012, n°42, p. 346.

- **GRASS (E.),** « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RD publ.* 2003, n°1, p. 139-162.

- **GRIRARDO-ROUHETTE (E.)**, « La mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits : une mission aux contours incertains », *in Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, Paris, L'Hermès, 2002, p. 36.

- **GROMB (S.), HIQUET (J.), PATERNOSTRE (B.)**, « Les futurs praticiens et la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie : photographie de l'existant et attentes en matière de formation. Enquête auprès de vingt internes », *RDS* 2012, n°47, p. 395.

- **GUILLAUME-HOFNUNG (M.),** « La médiation », *AJDA* 1997, n°1, p. 30.

- **GUILLAUMONT (de) (O.)**, « La simplification réformatrice des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements », *in La simplification du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 183.

- **G'SELL-MACREZ (F.),** « Vers la justice participative ? Pour une négociation à l'ombre du droit », *D.* 2010, p. 2450.

HARICHAUX (M.) :

- « Vers un tournant de la médecine libérale en France », *RDSS* 1994, vol. 2, n°30 p. 226.
- « Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé », *RDSS* 1997, n°2, p. 271-287.

- **HAS,** « Les groupes qualités en Picardie », *Lettre DPC et pratiques*, n°59, novembre 2011.

- **HASSENTEUFEL (P.)**, « La résistible affirmation d'un pouvoir collectif des patients », *RDSS* 2012, p. 477.

- **HAUSER (J.),** « Encore le droit de ne pas naître : l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs », *RTD civ*. 1996, p. 871.

- **HAUTEVILLE (C.)**, « Homicide involontaire : faute de diagnostic et dans la prise en charge », *DDS* 2010, vol. 10, n°3, p. 297.

- **HELMLINGER (L.),** « Les commission régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux : ni excès d'honneur, ni indignité », *AJDA* 2005, p. 1875.

- **HELMLINGER (L.), MARTIN (D.),** « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *Les Tribunes de la santé* 2004, vol. 4, n°5, p. 45.

- **HISPALIS (G.),** « Pourquoi tant de lois », *Pouvoirs* 2005, n°114, p. 101-115.

- **HOCQUET-BERG (S.),** « La sanction du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.* 1998, p. 1121.

- **HOERNI (B.)**, « La loi du 30 novembre 1892 », *Histoire des sciences médicales*, t. 32, 1998, n°1, p. 63.

- **HOLLEAUX (A.),** « la fin des règles générales », *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, juillet-septembre 1976, n°39, p.419-451.

- **HUGLO (J.-G.),** « La cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Cahiers du conseil constitutionnel*, décembre 2001, n°11.

- **JAN (P.)**, « Publiciser les opinions des juges : une exigence pédagogique pour intérioriser le droit », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 272.

- **JARROSSON (C.) :**
  - « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron., n°32 et suiv, p. 267.
  - « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* 1997, vol. 49, n°2, p. 311-435.
  - « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G 2001*, n°18, 1371.

- **JEAMMAUD (A.),** « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, p. 207.

- **JEAN (P.)**, « Droit des patients : conciliation et assurance », *RHF* 1999, n°3, p. 21.

- **JENNEQUIN (A.)**, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *RFDA* 2009, p. 913.

- **JESTAZ (P.) :**
  - « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. p. 11
  - « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, chron. p. 149.
  - « Source délicieuse (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD. civ.* 1993, p. 73.
  - « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ*. 1996, p. 299.
  - « Rapport de synthèse », *in L'inflation des avis*, Paris, Economica, 1998, 203 p.

- **JESTAZ (P.), JAMIN (C.),** « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD civ.* 2002, p. 1.

- **JORNET (F.),** « Rédiger les statuts d'une SELARL : suivez », *BONM*, Septembre-octobre 2008, n°1, p. 18-19.

- **JOURDAIN (P.)**, « Risque et préjudice (suite) : réparation au titre des troubles du voisinage du préjudice généré par la présence d'antennes relais de téléphonie mobile », *RTD civ.* 2009, p. 327.

- **KAHN-BENSAUDE (I.),** « Signalement maltraitance infantile : quels sont les devoirs des médecins ? », *BONM*, janvier-février 2010, n°9, p. 16-19.

- **KAYSER (J.)**, « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, 1996, p. 203.

- **KELSEN (H.),** « La validité du droit international », *RCADI* 1932, La Haye, p. 124.

- **KOUCHNER (C.), LAUDE (A.), TABUTEAU (D.)**, « L'accès au dossier médical » *in Rapport sur les droits des malades, observatoire des droits et responsabilités des personnes en santé*, Paris, Presses de l'EHESP, avril 2009, p. 22.

- **KRIEGK (J.-F.),** « L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile ? », *Gaz. Pal.* 2005, n°95, p. 2-11.

- **LABRUSSE-RIOU (C.), MATHIEU (B.),** « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *D.* 2000, n°44, p. 4.

- **LACABARATS (A.),** « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.

- **LACHIÈZE (C.),** « Alcoolisation *in utero*», *Le médecin généraliste*, 16 mai 2008, n°2451, p. 72.

- **LAFORE (R.),** « La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale », *Informations sociales*, 2010, vol. 1, n°157, p. 18.

- **LAGARDE (X.) :**
  - « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678.
  - Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP G* 2007, n°25, II, 10111.
- **LAMBERT-FAIVRE (Y.) :**
  - « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD. civ.* 1987, p. 1.
  - « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 8.

- **LAMOUROUX (S.),** « La codification ou la démocratisation du droit », *RFDC* 2001, vol. 4, n°48, p. 802.

- **LANOY (L.),** « Le principe de précaution : dernières évolutions et perspectives », *BDEI* 2011, janvier 2011, p. 2.

- **LANSAC (J.), SABOURAUD (M.),** « Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale », *Sève*, 2004, n°5, p. 54.

- **LARRALDE (J.-M.)**, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA* 2002, n°231, p. 18.

- **LASCOUMES (P.),** « La précaution, un nouveau standard de jugement », *Esprit*, octobre 1997, p. 129.

- **LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.),** « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », *Droit et société*, 1988, n°9, p. 174.

- **LATOURNERIE (D.),** « La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs sur son élaboration », *Revue administrative*, novembre-décembre 1981, n°204, p. 591-595.

- **LAUBADÈRE (de) (A.)**, « Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité », EDCE, 1979, p. 17.

- **LAUDE (A.) :**
  - « Le consommateur de soins », *D.* 2000, chron., p. 415.
  - « L'arbitrage en matière médicale », *Droit et patrimoine*, mai 2002, p. 81.
  - « Les obligations de "procédure" à l'occasion des soins », *RGDM* 2003, n°11, p. 41.
  - « Les médecins et les malades face au droit », *RFAP* 2005, vol. 1, n°113, p. 113.
  - « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007, p. 1151.
  - « La judiciarisation en France, sur la trace des Etats-Unis », *Les Tribunes de la santé*, 2010, vol. 1, n°26, p. 51.
  - « Le contentieux des "coupe-faim" », *Gaz. Pal.* 2011, n°155, p.7.
  - « Dans la tourmente du Mediator® : prescription hors AMM et responsabilité », *D.* 2011, p. 253.
  - « Le code de déontologie médicale enfin modifié ! », *D.* 2012, p. 1694.

- **LAVAUD-LEGENDRE (B.)**, « Charlatanisme et droit pénal », *Les Tribunes de la santé*, 2008, vol. 3, n°20, p. 67.

- **LEGROS (C.),** « Le diagnostic prénatal en Cour de cassation. L'échographie en danger », *La Vie*, 22 mars 2001, n°2899.

- **LEMAIRE (P.),** « Les droits de la défense du patient devant la commission régionale de conciliation et d'indemnisation », *RGDM* 2009, n°32, p. 94-95.

- **LEQUILLERIER (C.),** « Vaccination obligatoire contre l'hépatite B », *Le Concours médical*, t. 129, 12 juin 2007, n°21-22, p. 707.

- **LEROUX (P.),** « Renouvellement des certificats médicaux pour les majeurs vulnérables : que faut-il faire ? », *Bulletin du Conseil départemental du Nord de l'ordre des médecins*, n°114, p. 4-5.

- **LEROYER (A.-M.),** « La spécificité du langage du droit », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, printemps-été 2010, n°34, p. 8.

- **LÉTICÉE (N.), MOUTARD (M.-L.), VILLE (Y.),** « Modifications des pratiques des acteurs de la médecine fœtale après l'arrêt Perruche et la loi du 4 mars 2002, *J Gynécol Obstét Biol Reprod*, 2006, n°35, p. 257-264.

- **LE GOFF (J.)**, « Le droit du travail, terre d'élection de la complexité », *in Droit et complexité pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 103.

- **LIBCHABER (R.),** « Connaissance de la loi, connaissance du droit », *RTD civ*. 2002, p. 174.

- **LINDENMEYER (E.), LALANNE (B.), PLAINDOUX (S.), REYMOND (J.-B.),** « La loi Léonetti : une loi médiatisée ? Connaissance et application dans un établissement hospitalier », *Journal européen des urgences*, juin 2009, vol. 22, n°S2.

- **LOCHAK (D.)** :
  - « Les usages du savoir juridique », *in L'état des sciences sociales*, Paris, La découverte, 1986, p. 327.
  - « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », *in Le droit administratif en mutation*, CURAPP, Paris, P.U.F, 1993, p. 275.

- **LOUBRY (N.) :**
  - « Soigner et prescrire pendant sa retraite : possible sous conditions », *Le Concours médical*, t. 129, 12 juin 2007, n°21-22, p. 708.
  - « Remplacement. Importance du contrat : son absence constitue une faute », *Le Concours médical*, t. 129, 26 juin 2007, n°23-24, p. 762-767.

- LUDET (D.), ROUSSEAU (D.), DAVO (H.), DJEMNI-WAGNER (S.), « La justice, pouvoir de la démocratie », *Terra nova*, janvier 2011, p. 85.

- MAINGUY (D.), « Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires », *RTD civ.* 1999, p. 47.

- MAISONNEUVE (H.), CHABOT (O.), « L'Internet en formation médicale continue : aussi efficace que les formations dites présentielles », *La Presse Médicale*, octobre 2009, t. 38, n°10, p. 1435.

- MALAURIE (P.) :

- « Les enjeux de la codification », *AJDA* 1997, p. 642.
- « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005, vol. 3, n°114, p. 131.

- MALHERBE (J.-F.), « De la crédibilité de l'éthique », *DDS* 2002, vol. 2, n°1, p. 5.

- MALINVAUD (P.), « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 315.

- MARTIN (G. J.) :

- « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, p. 299.
- « Apparition et définition du principe de précaution », *LPA*, 30 novembre 2000, p. 6.
- « Précaution et évolution du droit », *in Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Quae, 1997, p. 331-351.

- MARTIN (R.), « Quand le grain ne meurt...de conciliation en médiation », *JCP* 1996, I, 3977.

- MASCRET (C.), « Les données de la science face à leur normalisation par les autorités sanitaires », *Méd. et Dr.* 2008, p. 168.

- MASSIP (J.) :

- « La réforme du droit des incapables majeurs », *Defrénois*, 1983
- « Administration légale et tutelle des mineurs », *Defrénois* 1994
- « Les majeurs protégés. t. 1 : régime juridique », *Defrénois*, 1994
- « Les incapacités. Etude théorique et pratique », *Defrénois*, 2002.
- « Apports et limites de la loi de 68. Considérations juridiques », *in Les tutelles. Perspectives soignantes et perspectives légales. Les dossiers Croix-Marine*, mars 1998, p. 18-21.

- MATHIEU (B.),

- « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.* 1999, n°41, p. 451.
- « Les droits des personnes malades », *LPA* 2002, n°122, p. 1.
- « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *LPA* 2002, n°191, p. 15.

- MAYAUD (Y.), « Chronique de jurisprudence », *Revue de science criminelle*, 2005, p. 71.

- MAZEAUD (P.) :

- « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP* 2005, actu. 70.
- « Vœux du Président du Conseil Constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République le 3 janvier 2005 à l'Elysée », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, juillet 2005.

- MAZEN (N.-J.), « Le médecin libéral : un homme sous haute surveillance », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1384.

- MAZENOD (B.), « Rappel des modifications législatives récentes, concernant la santé », *Ordre.com*, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Rhône, septembre 2011, n°20, p. 13.

- MÉDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, « Le nouveau Pôle santé et sécurité des soins au service du droit des usagers », *Médiateur Actualités*, février 2009, n°44, p. 2.

- MEKKI (M.) :

- « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 2005, p. 3
- « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *in Liber Amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J, 2008, p. 739.

- MÉMETEAU (G.) :

- « La formation en droit médical », *in Etudes en l'honneur de P. Sandevoir*, éd. 2000, Paris, l'Harmattan, p. 143-167.
- « Des médecins qui avaient peur du droit », *Gaz. Pal.* 2001, n°251, p. 3.
- « Le tango des CRCI : deux pas ici, un pas par-là ! : un guichet ou une commission ; une juridiction ! », *Méd. et Dr.* 2006, p. 17-24.

- MICOLLE (J.-P.), « Prescription hors AMM », *Ordre.com*, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Rhône, septembre 2011, n°20, p. 14.

- MILANO (L.), « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RD publ. 2006*, n°3.

- MISTRETTA (P.) :

- « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) ou les désillusions du règlement amiable des litiges médicaux », *JCP G* 2006, I, 198.
- « Hépatite B : les valses hésitations de la Cour de cassation », *JCP G* 2010, n°49, 1201.

- MOLFESSIS (N.) :

- « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 190.
- « Les prédictions doctrinales », *in L'avenir du droit* : *Mélanges en hommage à François Terré*, *D.* 1999, p. 141.
- « Le titre des lois », *in Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 61.
- « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008, n°126, p. 86.

- MONTALIVET (de) (P.), « La "juridicisation" de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *in La confection de la loi*, rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, P.U.F, 2005, p. 99-136.

- MOQUET-ANGER (M.-L.), « Brevet de juridicité et contrôle de légalité des recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé (HAS) », *JCP A* 2011, n°42, 2321.

- MOREAU (P.), « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation : ni placebo, ni panacée », *JCP A* 2006, 1059.

- MOREAU (J.), MUSCAT (H.), « Responsabilité des agents et responsabilité de l'administration », *J.-Cl. Adm.*, Fasc. 806, 2008.

- MORLAAS-COURTIES (M.), « La responsabilité pour défaut d'information devant le juge administratif : maintien de l'exigence d'une perte de chance », *RDS* 2012, n°46, p. 217.

- MOULY (C.) :

- « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA* 1994, n°33, p. 16.
- « Le revirement pour l'avenir », *JCP G* 1994, n°27, I, 3776.
- « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, p. 137.

- MOYSE (D.), DIEDRICH (N.), « L'échographie prénatale après l'arrêt Perruche », *Etudes*, avril 2005, t. 402/4, p. 483-493.

- MUNOZ (F.), « Pour une logique de la conciliation », *AJDA* 1997, p. 41.

- NEVEJANS (N.), « L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation », *JCP G* 2012, n°6, 148.

- NEYRET (L.), « La neutralisation de l'obligation d'information par la Cour de cassation », *D.* 2008, p. 804.

- NOIVILLE (C.) :

- « L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin », *LPA* 1999, n°89, p. 12.
- « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », *Lex Electronica*, 2008, vol. 13, n°2.

- NORMAND (J.), « Le domaine du principe de motivation », *in La motivation*, Paris, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 17.

- NOURY (A.), « L'administration et les modes alternatifs de règlement des litiges », *in Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 107.

- OLIVIER (M.), « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile (aspects anciens et actuels) », *Gaz. Pal.*, 18-19 oct. 1996.

- PACTEAU (B.), « La sécurité juridique, un principe qui nous manque », *AJDA*, 1995, p. 151.

- **PASQUIER (B.),** « Certificats médicaux. N'en faites pas trop, n'en dites pas trop ! », *Le médecin généraliste*, 6 novembre 2009, n°2503, p. 43-47.

- **PÉANO (D.)**, « Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives », *AJDA* 2011, p. 612.

- **PEIGNÉ (J.)**, « Du Mediator® aux prothèses PIP en passant par la loi du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire des produits de santé », *RDSS* 2012, p. 315.

- **PELLET (R.) :**
  - « L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics », *RDSS* 2010, n°1, p. 94.
  - « La décision QPC du 11 juin 2010 du Conseil constitutionnel et l'assurance des praticiens des établissements de santé », *RDSS* 2010, p. 127.

- **PELLISSIER-FALL (A.),** « Les médecins hospitaliers et la judiciarisation de la médecine », *RGDM* 2010, numéro spécial, p. 158.

- PENNEAU (J.), « Présentation générale critique des dispositions relatives à la réparation des conséquences des risques sanitaires » in La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?, éd. 2003, Paris, P.U.F, p. 3.

- **PENNEAU (M.), PENNEAU (J.),** « Recommandations et responsabilité », *Méd. et Dr.* 1998, n°28, p. 5.

- **PERCHERON (A.)**, « Représentations de la loi et de la justice chez les français de 16 à 21 ans », *Droit et Société* 1991, n°19, p. 385-397.

- **PERDRIAU (A.),** « Des arrêts bréviaires de la Cour de cassation », *JCP G* 1996, I, 3943.

- **PERRIN (J.-F.)**, « L'effectivité de l'ordonnance du 10 mars 1975 » *in Le port obligatoire de la ceinture de sécurité. Hypothèses et données pour l'étude des effets d'une norme*, CETEL, Université de Genève, 1977, p. 40.

- **PHARO (P.)**, « Le droit ordinaire comme morale ou commerce civil » *in Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J, 1992, p. 243.

- **PHILIPP (D.)**, « De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques », *RD publ.* 1999, p. 624.

- **PICARD (E.)**, « L'accès au droit », *Jurisdoctoria* 2008, Préface, n°1, p. 16.

- **PLANTET (J.),** « Inaccessible accessibilité », *Lien social*, n°1006, 17 février 2006.

- **PLU (I.), DODET (P.), BERTAUT (S.) *et al.*,** « Le médecin et la peur du procès. Enquête auprès de 139 généralistes en Côte d'Or », *La revue du praticien. Médecine générale*, 2007, n°762-763, p. 295-297.

- **POINDRON (P.-Y.)**, « Formation médicale continue et évaluation des pratiques. Où en sommes-nous ? », *Le Concours médical*, 2006, vol. 11, n°128, p. 477-480.

- **POIVEY-LECLERCQ (H.),** « La Convention de procédure participative. "Un pacte de non-agression à durée déterminée", *JCP G* 2011, 70.

- **PONTHOREAU (M.-C.),** « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif », *RD publ.* 1994, p. 747.

- **PORCHY-SIMON (S.)**, « Lien causal, préjudice réparable et non respect de la volonté du patient », *D.* 1998, p. 379.

- **POULANTZAS (A.)**, « La vulgarisation philosophique : pour ou contre ? », *Horizons philosophiques*, 1998, vol. 8, n°2, p. 42.

- **QUARANTA (J.-F.), CANIVET (N.), DARMON (M.-J.) *et al.***, « La coordination des vigilances sanitaires : pour une gestion plus globale des risques hospitaliers », *Transfusion clinique et biologique*, 2008, n°15, p. 285.

- **QUÉTIL (A.)**, « La personne de confiance, l'état des lieux en médecine de ville », *in Les actes de la journée organisée par le Centre d'éthique clinique de l'hôpital Cochin*, 26 octobre 2007.

- **RADÉ (C.),** « Sclérose en plaques et vaccination anti-hépatite B », *RCA* 2011, n°1, comm. 24.

- **RAJOT (B.)**, « Le Mediator : antidiabétique ou coupe-faim ? Indemnisation des victimes et/ou responsabilités des professionnels de la santé ? Vastes discussions en perspective… », *RCA* 2011, n°6.

- **RAMBAUD (C.)**, « La judiciarisation des relations médecins-patients : le point de vue des usagers », *Responsabilité*, juin 2007, n°26, p. 33-34.

- **RAMEIX (S.),** « La décision médicale. Du paternalisme des médecins à l'autonomie des patients », *Cahiers philosophiques*, juin 2004, n°98, p. 42-69.

- **RANGEON (F.)**, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *in Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), Paris, P.U.F, 1989, p. 130.

- **REIPLINGER (C.)**, « Accès aux études juridiques : la route est droite mais la pente est forte », *Jurisdoctoria* 2008, n°1, p. 181.

- **RENÉ (L.)**, « Risque et responsabilité en chirurgie », *in Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Paris, Fayard, 1968, p. 212

- **RENAUDIE (O.)**, « Les communiqués de presse du Conseil d'Etat : outil pédagogique ou support de communication ? », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 305.

- **REYNAERT (Ch.), LIBERT (Y.), JANNE (P.) *et al.*,** « Comment allez-vous, Docteur ? Le burn-out du médecin », *Louvain Med.* 2001, p. 296.

- **RIVERO (J.)** :
  - « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 16.
  - « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *in Etudes L. Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1974, p. 457.

- **ROBIN (C.),** « La langue de la Cour de cassation », *RRJ* 2001, n°2, p. 516.

- **ROBINEAU (Y.),** « A propos des limites d'une codification à droit constant », *AJDA* 1997, p. 655.

- **ROCHE (L.) :**
  - « Réflexions d'un médecin sur le droit médical », *Cahiers de droit médical*, 8 juin 1981, n°1.
  - « Organisation de la médecine légale en France ; son intégration hospitalière-introduction », *Journal de médecine légale – Droit médical*, 1984, n°4, p. 415.

- **ROCHER (G.)**, « L'effectivité du droit », *in Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998, p. 133-150.

- **RONGEAT-OUDIN (F.) :**
  - « Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends », *JCP G* 2011, 1097.
  - « Le règlement amiable des différends est en bonne marche », *JCP G* 2012, 157.

- **ROUBIER (P.)**, « Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non-rétroactivité des lois) », t. 1, *Revue néo-scolastique de philosophie*, 1930, vol. 32, n°27, p. 369-370.

- **ROUSSEL (V.),** « Scandales et redéfinitions de la responsabilité politique. La dynamique des affaires de santé et de sécurité publiques », *Revue française de science politique*, 2008, vol. 58, n°6, p. 971.

- **ROUSSET (G.)**, « Judiciarisation et juridicisation de la santé : entre mythe et réalité », *Carnets de bord* 2009, n°16, p. 23.

- **ROUVILLOIS (F.) :**
  - « La règle de droit entre efficacité et légitimité », *La lettre, Fondation pour l'Innovation Politique*, juin 2005, p. 1.
  - « Judiciarisation de la société : une entrée en matière », *in La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque organisé pour la Fondation de l'innovation politique, sous la direction de F. Rouvillois, LexisNexis, novembre 2006 - avril 2007, p. 6.

- **ROUVILLOIS (F.), GAVINI (C.),** « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Fondapol*, novembre 2006, p. 3-56.

- **RUELLAN (F.),** « Le conciliateur civil, entre utopie et réalités », *JCP G* 1990, I, 3431.

- **SAADOUN (M.)**, « Le patient, entre droit et revendication : la médecine saisie par le droit », *in La judiciarisation de la médecine*, Paris, Flammarion, 2004, p. 15-23.

- **SAISON-DEMARS (J.),** « L'histoire mouvementée du règlement non contentieux des litiges médicaux », *RGDM* 2002, n°7, p. 208.

- **SANFOURCHE (C.),** « Les généralistes face à la loi HPST. Un désintérêt manifeste », *Pharmaceutiques*, décembre 2009, p. 12.

- SARGOS (P.) :

- « Références médicales opposables et responsabilité des médecins », *Méd. et Dr.* 1998, p. 9-12.
- « Infection nosocomiale : de la présomption de faute à l'obligation de sécurité de résultat », *JCP G* 1999, n°28, II, 10138.
- « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *JCP G* 2000, n°19, I, 226, p. 843.

- SAUVÉ (J.-M.) :

- « Les évolutions du code de la santé publique », *RDSS* 2008, p. 409.
- « L'importance croissante de la santé publique », *Les Tribunes de la santé*, 2009, vol. 4, n°25, p. 125.

- SAUVEL (T.), « Histoire du jugement motivé », *Revue de droit public et science politique* 1955, vol. 71, p. 5.

- SAVATIER (E.), « Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative. A propos de l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines », *JCP* 1999, I, 125.

- SAVATIER (R.) :

- « Au confluent de deux humanismes : Entente et mésentente entre médecins et juristes », *Le Concours médical*, 7 janvier 1956, p. 74.
- « Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes » *in Les métamorphoses économiques et sociales du droit*, chapitre VIII, Paris, Dalloz, 1959, p. 234-252.
- « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron., p. 43.
- « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », *in Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 521.

- SCHEID-TISSINIER (E.), « Classe dirigeante, classe dangereuse ? Une représentation des élites dans l'Athènes du IVème siècle », *Histoire urbaine*, août 2004, vol. 2, n°10, p. 36.

- SCHILLER (S.), « Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité », *APD* 2001, n°45, p. 177.

- **SERGENT (J.-L.)**, « Accident d'anesthésie au bloc opératoire », *DDS* 2011, vol. 11, n°2, p. 223-235.
- **SÉRIAUX (A.)**, « Les enjeux éthiques de l'activité de jurisdictio », *in La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, P.U.F, 1999, p. 293.

- **SILVA (de) (I.)**, « Les conclusions, fragments du discours contentieux », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 361.

- **SIRINELLI (J.)**, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RD publ.* 2010, n°5, p. 1373.

- **SIZAIRE (V.)**, « La force normative de la loi à l'épreuve de la l'affaiblissement de l'autorité juridictionnelle du pouvoir judiciaire », *in La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J, 2009, p. 733.

- **SMALLWOOD (O.),** « L'amélioration de la qualité des soins par le truchement de l'informatisation de la santé », *RDS* 2008, n°25, p. 622-624.

- **SONNENBERG (F.-A.)**, « Théorie de la prise de décision et de la stratégie médicale », *in Décision thérapeutique et qualité de vie*, Paris, John Libbey Eurotext, 1992, p. 24-54.

- **SOURIOUX (J.-L.)**, « Pour une fondation langagière du droit », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, printemps-été 2010, n°34, p. 9.

- **SOUTOUL (J.-H.)** :
  - « Jurisprudence, pourquoi pas médicoprudence ? », *Méd. et Dr.* 1995, n°13, p. 2.
  - « Convergence ou influence ? », *Méd. et Dr.* 2010, vol. 10, n°100-101, p. 4.

- **SOUVIGNET (X.),** « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria* 2008, n°1, p. 33.

- **STEHR (N.)**, « Le savoir en tant que pouvoir d'action », *Sociologie et sociétés*, 2000, vol. 32, n°1, p. 159.

- **STINGRE (D.)**, « Normes professionnelles : connaissances scientifiques et recommandations médicales », *in Lamy Droit de la santé*, t. 1, éd. 2012, fasc. n°171-7.

- **STIRN (B.),** « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *RA* 1997, numéro spécial « Le Conseil d'Etat et la doctrine », p. 43.

- **STOFFEL-MUNCK (Ph.),** « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », *RDC* 2008, n°3, p. 774.

- **TABUTEAU (D.)**, « Sécurité sanitaire et droit de la santé », *RDSS* 2007, p. 823.

- **TAÏEB (S.),** « Le coût des prescriptions d'imagerie médicale en cancérologie », *Bull. cancer*, vol. 90, n°11, 2003, p. 963.

- **TERRÉ (F.) :**
  - « L'américanisme et le droit français », *Philosophie politique*, 1995, n°7, p. 137-147.
  - « Le rôle actuel de la maxime nul n'est censé ignorer la loi », *in Etudes de droit contemporain*, 1996, I, p. 91.
  - « Pitié pour les juristes », *RTD civ*. 2002, p. 247.
  - « Libres propos », *Lettre de la mission de recherche Droit et Justice*, printemps-été 2010, n°34, p. 2.

- **THIBIERGE (C.),** « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

- **THIRIEZ (F.),** « Les dommages collatéraux des revirements de jurisprudence », *Les Echos*, 18 octobre 2001.

- **THOUVENIN (D.),** « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », *RGDM* 2004, n°13, p.79.

- **TOUFFAIT (A.), MALLET (L.),** « La mort des attendus ? », *D.* 1968, chron., p. 123.

- **TOUFFAIT (A.), TUNC (A.),** « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, n°20, p. 48.

- **TRUCHET (D.) :**
  - « La décision médicale et le droit », *AJDA* 1995, p.611.
  - « L'autorité juridique des principes d'exercice de la médecine » *in Etudes de droit et d'économie de la santé*, Travaux et Recherches, fac. Droit de Rennes, 1982, p. 50.

- **TUBIANA (M.),** « Le principe de précaution : ses avantages et ses risques », *Bull. Acad. Natle. Méd.* 2000, n°184, p. 969-994.

- **VALEMBOIS (A.-L.)**, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2005, n°17.

- **VANNEUVILLE (R.),** « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlements, Revue d'histoire politique*, 2009, vol. 1, n°1, p.82.

- **VEDEL (G.),** « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, mars-août 1989n°55.

- **VERHAEGEN (J.)**, « L'humainement inacceptable en droit de la justification », *in Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 148-149.

- **VÉRIN (J.),** « Le règlement extra-judiciaire des litiges », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1982, p. 183.

- **VIALLA (F.) :**
  - « Modes alternatifs de règlement des conflits en matière de responsabilité médicale », *RGDM* 2004, numéro spécial, p. 166.
  - « Défaut d'information, dans l'ordre administratif : rien de nouveau », *RDS* 2012, n°46, p. 216.
  - « Modification de l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique », *RDS* 2012, n°48, p. 506.

- **VIDAL-NAQUET (A.)**, « La pratique des *Obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in La pédagogie au service du droit*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 254-256.

- **VIGNON-BARRAULT (A.),** « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », *LPA* 2007, n°19, p. 22.

- **VIOUJAS (V.),** « La reconnaissance d'un préjudice, distinct de la perte de chance, en cas de manquement du médecin à son obligation d'information : le Conseil d'Etat suit l'impulsion de la Cour de cassation », *JCP G* 2012, n°46, 2369.

- **VOIRIN (P.),** « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, spéc. n°3, I, 1467.

- **WEBER (J.-Ch.)**, « Evolutions de la relation médecin-malade », *in Où va la médecine ? Sens des représentations et pratiques médicales, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg*, p. 23.

- **ZAMITH (M.), DELANGHE-DESTRAC (M.), DOMINGO (L.) *et al.***, « La personne de confiance : de la loi à la réalité du terrain », *Bull. Cancer* 2008, vol. 95, n°7, p. 679.

- **ZARADNY (A.),** « Codification et simplification du droit », *LPA* 2007, n°104, p. 9.

- **ZENATI-CASTAING (F.),** « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1553.

- **ZOLLER (E.)**, « la pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis », *in La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 609.

- **ZOLLINGER (A.),** « Question prioritaire de constitutionnalité relative à la loi anti-Perruche : la rétroactivité procédurale anticonstitutionnelle », *RGDM* 2010, n°36, p. 300.

D) Décisions commentées

- **APOLLIS (B.)**, note sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *RDS* 2008, p. 28.

- **APOLLIS (B.), VIALLA (F.)**, note sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *JCP G* 2008, II, 10007, p. 28.

- **ARHAB-GIRARDIN (F.)** :
  - obs. sous Cass. 1ère civ., 28 janvier 2010, n°09-10.992, *RDSS* 2010, p. 375.
  - note sous Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, n°09-13.591, *RDSS* 2010, p. 898.

- **AUBERT (J.-L.)**, obs. sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *Defrénois* 1997, p. 751.

- **AUBY (J.-M.)**, note sous C.E., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n°153686, *RD publ*. 1998, p. 891.

- **BACACHE (M.)**, note sous Cass. 1ère civ., 12 juillet 2012, n°11-17.510, *D.* 2012, p. 2277.

- **BARGUE (P.), MÉMETEAU (G.)**, rapp. sous Cass. 1ère civ., 7 novembre 2000, *Woessner c/ Sigrand*, n°98-17731, *Méd. et Dr.* 2001, n°47.

- **BAUDE (F.)**, note sous CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03, *RGDM* 2006, n°18, p. 382.

- **BELLIVIER (F.)**, obs. sous CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03, *RTDH* 2006, n°67, p. 667.

- **BERNARD (V.), GAY (L.)**, note sous C.C., 11 juin 2010, Madame Viviane L., n°2010-2 QPC, *D*. 2010, p. 1980.

- **BIOY (X.)**, obs. sous C.E., 20 mai 2011, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°347098, *Constitutions* 2011, p. 405.

- **BON (P.)**, concl. et note sous C.E., 5 janvier 2000, *Consorts Telle c./AP-HP*, n°181899, *RFDA* 2000, p. 646.

- **BON (P.), BÉCHILLON (de) (D.)**, obs. sous C.E., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n°153686, *D*. 1999, somm. p. 45.

- **BON (P.), TERNEYRE (Ph.) :**
  - Note sous C.E., 4 juillet 1990, *Société d'assurances, Le Sou Médical c/Centre hospitalier général de Gap*, n°63930, *D*. 1991, p. 291.
  - Obs. sous C.E., Ass., 10 avril 1992, *Epoux V. c/hôpital clinique du Belvédère de Mont-Saint-Aignan*, n°79027, *D*. 1993, p. 146.
  - Note sous C.E., 9 avril 1993, *M. G., M. D., M. et Mme B.*, n°138652, 138653 et 138663, *D*. 1994, p. 63.

- **BORGHETTI (J.-S.) :**
  - Note sous Cass. 1ère civ., 9 juillet 2009, n°08-11.073, *RDC* 2010, p. 79.
  - Note sous Cass. 1ère civ., 25 novembre 2010, n°09-16.556, *JCP G* 2011, 160.

- **BOUCHER (J.), BOURGEOIS-MACHUREAU (B.)**, chron. sous C.E., Sect., 4 juin 2007, *Lagier*, n°303422, *AJDA* 2007, p. 1800.

- **BOULOC (B.)**, note sous Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Société Aventis Pasteur MSD*, n°03-19.534, *RTD com*. 2006, p. 652.

- **BOUTONNET (M.)**, note sous Cass. 3ème civ., 18 mai 2011, n°10-17.645, *D*. 2011, p. 2089.

- **BOUZAT (P.)**, chron. sous Cass. crim, 22 février 1990, n°89-82.728, *RTD com*. 1990, p. 653.

- **BRAIBANT (G.)**, concl. sous C.E., 19 juin 1959, *Cazes*, *D*. 1959, JP, p. 372.

- **BRETON (A.)**, note sous Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ époux Mercier*, *S*. 1937, I, p. 321.

- **BRUN (P.), GOUT (O.)**, obs. sous Cass. 1ère civ., 9 juillet 2009, n°08-11.073, *D*. 2010, p. 49.

- **BRUN (P.), JOURDAIN (P.)**, note sous Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Société Aventis Pasteur MSD*, n°03-19.534, *D*. 2006, p. 1929.

- **CACHARD (O.)**, note sous Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°00-14564, *JCP G* 2002, II, 10045.

- **CADEAU (E.)**, obs. sous CADA, avis du 1er avril 2004, *RGDM* 2004, n°13, p. 331.

- **CAILLÉ (C.)**, note sous Cass. 1ère civ., 12 juin 2012, n°11-18.928, *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, 27 juin 2012.

- **CAPITANT (D.)**, note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *D.* 2007, p. 2500.

- **CARPENTIER (E.)**, note sous C.E., 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, n°328687, *Constitutions* 2010, p. 611.

- **CHALTIEL (F.)**, note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *LPA* 2007, n°167, p. 3.

- **CHAUVAUX (D.) :**
  - Chron. sous C.E., Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n°138536, *AJDA* 1996, p. 807.
  - Concl. sous C.E., 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, n°179635, *D.* 1999, p. 85.
  - Concl. sous C.E., Sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle c/ AP-HP*, n°181899, *RFDA* 2000, p. 641.

- **CHAUVIN (P.), AUROY (N.), CRETON (C.)**, note sous Cass. 1ère civ., 11 juin 2009, n°08-16.914 et n°04-14.932, *D.* 2009, p. 2058.

- **CHAVRIER (G.)**, note sous C.E., 28 mai 2003, *CNOM*, n°249527, *JCP A* 2003, 1738.

- **CHELLE (D.), PRÉTOT (X.)**, obs. sous C.E., 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, *D.* 1989, p. 65.

- **CHRESTIA (P.)**, note sous C.E., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n°153686, *D.* 1998, p. 146.

- **CLAUSADE (de) (J.)**, concl. sous C.E., 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, *Dr. soc.* 1987, p. 749.

- **CLÉMENT (C.) :**
  - Obs. sous C.E., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n°153686C, *RDSS* 1998, p. 519.
  - Note sous Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°00-14564, *LPA*, 6 décembre 2001, n°243, p. 15.

- **COMBREXELLE (J.-D.)**, concl. sous C.E., 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de paris*, n°181611, *AJDA* 1998, p. 362.

- **COSSALTER (P.)**, note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *Dr. Adm.* 2007, comm. 142.

- **COUTURIER (G.)**, obs. sous Cass. soc., 4 juillet 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 979.

- **CRISTOL (D.)**, note sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *RDSS* 2008, p. 68.

- **DAËL (S.)**, concl. sous C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *RFDA* 1993, p. 573.

- **DAILLE-DUCLOS (B.)**, note sous Cass. 1ère civ., 22 mai 2008, n°05-20.317, n°06-10.967 et n°06-10.967, *JCP E* 2008, 2137.

- **DELEBECQUE (Ph.)**, obs. sous Cass. 1ère civ., 13 novembre 1996, *D.* 1997, p. 174.

- **DEMOGUE (R.)**, obs. sous Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ époux Mercier*, *RTD civ.* 1936, p. 691.

- **DEREPAS (L.)**, concl. sous C.E., Sect., 4 juin 2007, *Lagier*, n°303422, *RDSS* 2007, p. 680.

- **DEUMIER (P.)**, note sous Cass. Plén., 21 décembre 2006, *Société La Provence*, n°00-20.493, *RTD civ*. 2007, p. 72.

- **DEVOLVÉ (P.)**, note sous C.E., Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n°138536, *RFDA* 1997, p. 89.

- **DONNAT (F.)**, note sous C.E., 9 novembre 2005, *M. A.*, n°254882, *AJDA* 2005, p. 2210.

- **DREYER (E.)**, note sous Cass. Plén., 21 décembre 2006, *Société La Provence*, n°00-20.493, *JCP G* 2007, II, 10040.

- **DUBOUIS (L.) :**
  - Note sous C.E., 31 mai 1989, *Mme Roujanski*, n°35296, *RDSS* 1990, p. 55.
  - Note sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *RDSS* 1997, p. 288.
  - Note sous C.E., 5 janvier 2000, *Consorts Telle c./AP-HP*, n°181899, *RDSS* 2000, p. 357.
  - Note sous Cass. 1ère civ., 8 novembre 2000, n°99-11.735, *RDSS* 2001, p. 54.
  - Note sous Cass. 1ère civ., 27 mars 2001, n°99-17.672, *RDSS* 2001, p. 704.

- **DUBREUIL (C.-A)**, note sous C.E., 1er février 2012, *Sté Orange France*, n°344992, *JCP G* 2012, n°7, 189.

- **DUBRULLE (J.-B.)**, note sous C.E., 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, n°328687, *AJDA* 2010, p. 2114.

- **DUMERY (A.)**, note sous Cass. 1ère civ., 17 janvier 2008, n°06-20.107, *D*. 2008, p. 1256.

- **EISENMANN (C.)**, note sous C.E., 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, *JCP G* 1952, II, 6734.

- **ESMEIN (P.)**, note sous Cass. 2ème civ., 1er avril 1963, *JCP G* 1963, II, 13408.

- **ESPER (C.)**, note sous C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, *RFDC* 1992, p. 185.

- **FLAUSS (J.-F.)**, note sous CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c./ Pays-Bas*, req. n°20124/92, *AJDA* 1995, p. 139.

- **FORGES (de) (J.-M.)**, note sous C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *RDSS* 1994, p. 108.

- **FRICERO (N.),** obs. sous CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c./ Pays-Bas*, req. n°20124/92, *D*. 1996, somm. p. 202.

- **GALLMEISTER (I.) :**
  - Obs. sous Cass. 1ère civ., 22 mai 2008, n°05-20.317, n°06-10.967 et n°06-10.967, *D*. 2008, p. 1544.
  - Obs. sous Cass. 1ère civ., 8 avril 2010, n°08-21.058, *D*. 2010, p. 1074.
  - Note sous C.C., 11 juin 2010, *Madame Viviane L*., n°2010-2 QPC, *D*. 2010, p. 1976.
  - Obs. sous Cass. 3ème civ., 18 mai 2011, n°10-17.645, *D*. 2011, p. 2089.
  - Obs. sous Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, n°09-13.591, *D*. 2010, p. 1522.

- **GALLOUX (J.-C.), GAUMONT-PRAT (H.)**, chron. sous Cass. 1ère civ., 8 juillet 2008, n°07-12.159, *D*. 2010, p. 604.

- **GAURIAU (B.)**, note sous Cass. soc., 18 mai 1999, *Dr. soc*. 1999, p. 749.

- **GENEVOIS (B.)**, concl. sous C.E., Sect. 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales c/ Maïseries de la Beauce*, n°42204, *AJDA* 1985, p. 615.

- **GIRARDOT (T.-X.), RAYNAUD (F.)**, chron. sous C.E., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n°153686, *AJDA* 1997, p. 959.

- **GIRER (M.)**, note sous Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *RGDM* 2008, n°27, p. 376.

- **GLATT (J.-M.)**, note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *LPA* 2007, n°181, p. 6.

- **GRYNBAUM (L.) :**
  - Note sous Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Société Aventis Pasteur MSD*, n°03-19.534, *JCP G* 2006, II, 10082.
  - Note sous Cass. 1ère civ., 22 mai 2008, n°05-20.317, n°06-10.967 et n°06-10.967, *JCP G* 2008, II, 10131.

- **GUETTIER (C.)**, note sous C.E., 5 janvier 2000, *Consorts Telle c./AP-HP*, n°181899, *RD publ.* 2001, p. 4012.

- **GUIGUE (J.) :**
  - Note sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685 *Gaz. Pal.* 1997, I, p. 22.
  - Note sous Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°004-14.564, *Gaz. Pal.* 2001, p. 1818.

- **GUYOMAR (M.), COLLIN (P.)**, chron. sous C.E., 5 janvier 2000, *Consorts Telle c./AP-HP*, n°181899, *AJDA* 2000, p. 137.

- **HAÏM (V.)**, note sous C.E., Ass., 10 avril 1992, *Epoux V. c/hôpital clinique du Belvédère de Mont-Saint-Aignan*, n°79027, *LPA* 1992, p. 23.

- **HARDY (J.)**, note sous T.C., 14 février 2000, n°00-029-29, *JCP* 2001, II, 10584.

- **HAURIOU (M.)**, note sous C.E., 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent*, *RD publ*. 1919, p. 338.

- **HAUSER (J.)**, note sous C.E., Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, n°124960, *RTD civ*. 1993, p. 803.

- **HENNETTE-VAUCHEZ (S.)**, note sous C.E., 24 févr. 2006, *Mme et M. Levenez*, n°250704, *AJDA* 2006, p. 520.

- HENNION-JACQUET (P.) :

- Obs. sous C.E., 24 févr. 2006, *Mme et M. Levenez*, n°250704, *RDSS* 2006, p. 360.
- Note sous CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03, *RDSS* 2006, p. 149.
- Note sous Cass. 1ère civ., 8 juillet 2008, n°07-12.159, *RDSS* 2008, p. 975.

- HOCQUET-BERG (S.), note sous Cass. 2ème civ., 4 avril 2012, n°11-14.311, *Dr. soc.* 2012, p. 839.

- JONQUET (N.), MAILLOLS (A.-C.), MAINGUY (D.), TERRIER (E.), note sous Cass. 1ère civ., 23 septembre 2003, n°01-13.063, *JCP G* 2003, II, 10179.

- JORION (B.), note sous C.E., 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de paris*, n°181611, *D.* 1998, p. 591.

- JOSSERAND (L.), rapp. sous Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ époux Mercier*, *D.* 1936, 1, p. 88.

- JOURDAIN (P.) :

- Note sous Cass. 2ème civ., 12 avril 1995, *JCP G* 1995, II, 22467.
- Note sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *RTD civ*. 1997, p. 434.
- Note sous Cass. 1ère civ., 8 novembre 2000, n°99-11.735, *RTD civ*. 2001, p. 154.
- Note sous Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701, *D.* 2001, p. 332.
- Obs. sous Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701, *RTD civ*. 2001, p. 103.
- Note sous Cass. 1ère civ., 27 mars 2001, n°99-17.672, *RTD civ*. 2001, n°3, p. 596-598.
- Obs. sous Cass. 1ère civ., 9 mai 2001 et 17 juillet 2001, *RTD civ.* 2001, p. 889.
- Obs. sous Cass. 1ère civ., 23 septembre 2003, n°01-13.063, *RTD civ*. 2004, p. 101.
- Note sous Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Société Aventis Pasteur MSD*, n°03-19.534, *RTD civ*. 2006, p. 325.
- Obs. sous C.E., Sect., 4 juin 2007, *Lagier*, n°303422, *RTD civ*. 2007, p. 577.
- Obs. sous Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *RTD civ*. 2008, p. 303.
- Obs. sous Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, n°09-13.591, *RTD civ*. 2010, p. 571.
- Note sous Cass. 1ère civ., 25 novembre 2010, n°09-16.556, *RTD civ*. 2011, p. 134.
- Note sous Cass. 3ème civ., 18 mai 2011, n°10-17.645P. Jourdain, *RTD civ*. 2011, p. 540.

- Note Cass. 2ème civ., 4 avril 2012, n°11-14.311, *RTD civ*. 2012, p. 539.

- KESSLER (D.), concl. sous C.E., Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, n°124960, *RFDA* 1993, p. 1002.

- KOUCHNER (C.), note sous Cass. 1ère civ., 26 octobre 2004, n°02-20.747, *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, n°159, p. 39.

- LAFERRIÈRE (E.), concl. sous T.C., 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*, *Rec*. p. 437.

- LAGARDE (X.) :

- note sous Cass. Plén., 21 décembre 2006, *Société La Provence*, n°00-20.493, *JCP G* 2007, II, n°25, 10111.
- note sous Cass. 1ère civ., 11 juin 2009, n°08-16.914 et n°04-14.932, *JCP G* 2009, 237.

- LAMBERT-FAIVRE (Y.), note sous Cass. 1ère civ., 8 novembre 2000, n°99-11.735, *D*. 2001, n°7, p. 570.

- LANDAIS (C.), note sous C.E., 27 avril 2011, *Association Formindep*, n°334396, *AJDA* 2011, p. 1326.

- LANDAIS (C.), LENICA (F.), chron. sous C.E., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n°288460, 288465, 288474 et 288485, *AJDA* 2006, n°19, p. 1028.

- LANTERO (C.) :

- note sous Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, n°09-13.591, *AJDA* 2010, p. 2169.
- note sous C.E., 10 octobre 2012, *CHU de Rouen*, n°350426, *AJDA* 2012, p. 2231.

- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), note sous C.C., 11 juin 2010, *Madame Viviane L*., n°2010-2 QPC, *Dr. Famille* 2010, n°7, repère 7.

- LAUDE (A.) :

- Note sous C.E., 24 février 1999, *Société PRO-NAT*, n°192465, *RDSS* 2000, p. 67.
- Note sous C.E., 9 mars 2007, *Mme Schwartz c/ Centre hospitalier général de Sarreguemines et autres*, n°267635, n°278665, n°285288 et n°283067, *JCP G* 2007, II, 10142.
- Note sous Cass. 1ère civ., 8 avril 2010, n°08-21.058, *D*. 2011, p. 2565.
- Note sous Cass. 1ère civ., 20 janv. 2011, n°09-68.042, *D*. 2011, p. 2565.
- Note sous C.E., 27 avril 2011, *Association Formindep*, n°334396, *D*. 2011, p. 2565.

- LEBRETON (G.), note sous C.E., Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, n°124960, *D*. 1994, p. 352.

- LÉGAL (H.) :

- Concl. sous C.E., Ass., 10 avril 1992, *Epoux V. c/hôpital clinique du Belvédère de Mont-Saint-Aignan*, n°79027, *AJDA* 1992, p. 355.
- Concl. sous C.E., Ass., 10 avril 1992, *Epoux V. c/hôpital clinique du Belvédère de Mont-Saint-Aignan*, n°79027, *RFDA* 1992, p. 571.
- Concl. sous C.E., 9 avril 1993, *M. G., M. D., M. et Mme B.*, n°138652, 138653 et 138663, *RFDA* 1993, p. 595.
- Concl. sous C.E., 9 avril 1993, *M. G., M. D., M. et Mme B.*, n°138652, 138653 et 138663, *D*. 1993, p. 312.

- LEGOUX (A.), avis sous Cass. 1ère civ., 9 juillet 2009, n°08-11.073, *Gaz. Pal*., 13 août 2009, n°225.

- LENICA (F.), BOUCHER (J.), chron. sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *AJDA* 2007, p. 1577.

- LEVENEUR (L.) :

- Obs. sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *Contrats, conc. consom.* 1997, n°76.
- Comm. sous Cass. 1ère civ., 8 novembre 2000, n°99-11.735, *Contrats, conc. consom.* 2001, n°1, 3.
- Note sous Cass. 1ère civ., 11 juin 2009, n°08-16914, *Contrats, conc. consom.* 2009, n°10, 240.
- Comm. sous Cass. 1ère civ., 9 juillet 2009, n°08-11.073, *Contrats, conc. consom*. 2009, 262.

- LIBCHABER (R.) :

- Obs. sous Cass. 1ère civ., 7 novembre 2000, *Woessner c/ Sigrand*, n°98-17731, *Defrénois* 2001, n°37, p. 431.
- Note sous Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°004-14.564, *RTD civ.* 2002, p. 176.

- LINDITCH (F.), note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *JCP A* 2007, 2212 et *JCP E* 2007, 2164.

- LOISEAU (G.), note sous Cass. 1ère civ., 7 novembre 2000, *Woessner c/ Sigrand*, n°98-17731, *JCP E* 2003, n°10, 419.

- **MARGUÉNAUD (J.-P.)**, note sous C.E., 24 févr. 2006, *Mme et M. Levenez*, n°250704, *RTD civ*. 2006, p. 263.
- **MARKUS (J.-P.)**, note sous C.E., Sous-sect., 12 janvier 2005, *Kerkerian, médecin conseil près de la caisse primaire d'assurance maladie des Bouches-du-Rhône*, n°256001, *AJDA* 2005, p. 1008.

- **MARMOZ (F.)**, note sous Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°00-14.564, *LPA*, n°52, 13 mars 2002, p. 17

- **MASCRET (C.)**, note sous C.E., 12 octobre 2009, *Sté Laboratoires GlaxoSmithKline Biologicals*, n°322784 *RDSS* 2010, p. 165.

- **MASSIP (J.)**, note sous Cass. 1ère civ., 18 avril 1989, *D.* 1989, p. 493.

- **MATTER (P.) :**
  - Concl. sous Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ époux Mercier*, *D.* 1936, 1, p. 88.
  - Concl. sous Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ époux Mercier*, *Gaz. Pal*., 1936, 2, p. 41.

- **MAUGÜÉ (C.)** :
  - Concl. sous C.E., 27 avril 1998, *M. Cornette de Saint-Cyr*, n°184473 et n°184557, *AJDA* 1998, p. 831.
  - Concl. sous C.E., Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et Lipietz*, n°194658 et n°196116, *RFDA* 1999, p. 357.

- **MAUGÜÉ (C.), TOUVET (L.) :**
  - Note sous C.E., 9 avril 1993, *M. G., M. D., M. et Mme B.*, n°138652, 138653 et 138663, *AJDA* 1993, p. 344.
  - Chron. sous C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *AJDA* 1993, p. 344.
  - Note sous C.E., Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, n°124960, *AJDA* 1993, p. 530.

- **MAZEAUD (D.) :**
  - Note sous Cass. 1ère civ., 8 novembre 2000, n°99-11.735, *D*. 2001, p. 2236.
  - Note sous Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701, *D*. 2001, p. 332.
  - Obs. sous Cass. 1ère civ., 23 septembre 2003, n°01-13.063, *D*. 2004, somm. 1344.

- **MAZEAUD (D.), JOURDAIN (P.)**, note sous Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n°99-13.701, *D*. 2001, p. 332.

- **MEDOUZE (R.-M.)**, note sous C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, *RDSS* 1991, p. 258.

- **MELLERAY (F.)**, note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *RD publ*. 2007, p. 1383.

- **MÉMETEAU (G.)**, obs. sous Cass. 1ère civ., 7 novembre 2000, *Woessner c/ Sigrand*, n°98-17731, *RDSS* 2001, 2, p. 317.

- **MESTRE (J.)**, note sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *RTD civ*. 1997, p. 924.

- **MESTRE (J.), FAGÈS (B.) :**
  - Obs. sous Cass. 1ère civ., 7 novembre 2000, *Woessner c/ Sigrand*, n°98-17731, *RTD civ*. 2001, p. 130 ;
  - Obs. sous Cass. 1ère civ., 3 juillet 2001, *RTD Civ*. 2001, p. 877.

- **MISTRETTA (P.)**, note sous Cass. 1ère civ., 25 novembre 2010, n°09-16.556, *JCP G* 2010, 2271.

- **MOLFESSIS (N.)**, note sous Cass. 1ère civ., 11 juin 2009, n°08-16.914 et n°04-14.932, *D*. 2009, p. 2567.

- **MONGE (A.-C.), GOANVIC (I.)**, chron. sous Cass. 3ème civ., 18 mai 2011, n°10-17.645, *D*. 2011, p. 2679.

- **MOREAU (J.) :**
  - Note sous C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, *JCP* 1991, II, 21698.
  - Note sous C.E., Ass., 10 avril 1992, *Epoux V. c/hôpital clinique du Belvédère de Mont-Saint-Aignan*, n°79027, *JCP G* 1992, II, 21881.
  - Note sous C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *JCP G* 1993, II, 22061.
  - Note sous C.E., 26 mai 1995, *JCP G* 1995, II, 22468.
  - Note sous C.E., 5 janvier 2000, *Consorts Telle c./AP-HP*, n°181899, *JCP* 2000, II, 10271.

- **MOREL (K.)**, note Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *RDS 2008*, n°22, p. 213.

- MORET-BAILLY (J.) :

- Obs. sous C.E., Sous-sect., 12 janvier 2005, *Kerkerian, médecin conseil près de la caisse primaire d'assurance maladie des Bouches-du-Rhône*, n°256001, *RDSS*, 2005, p. 496.
- Note sous C.E., Sous-sect., 26 septembre 2005, *Conseil National de l'Ordre des Médecins*, n°270234, *AJDA* 2006, n° 6, p. 308.

- MORVAN (P.), note sous Cass. Plén., 21 décembre 2006, *Société La Provence*, n°00-20.493, *D.* 2007, n°12, p. 835.

- MURAT (P.), comm. sous Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701, *Dr. famille* 2001, 11.

- NEYRET (L.) :

- Note sous Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Société Aventis Pasteur MSD*, n°03-19.534, *D.* 2006, p. 1273.
- Note sous C.E., 9 mars 2007, *Mme Schwartz c/ Centre hospitalier général de Sarreguemines et autres*, n°267635, n°278665, n°285288 et n°283067, *D.* 2007, p. 2204.
- Chron. sous Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *D.* 2008, p. 804.

- NOUEL (B.), note sous C.E., 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n°181611, *AJDA* 1998, p. 362.

- OLSON (T.), concl. sous C.E., 9 mars 2007, *Mme Schwartz c/ Centre hospitalier général de Sarreguemines et autres*, n°267635, n°278665, n°285288 et n°283067, *AJDA* 2007, p. 861.

- PAILLARD-CORMIER (C.) :

- Note sous TA Bastia, 12 septembre 2005, n°0500230, *JCP A* 2006, 1116, p. 679.
- Note sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *JCP A* 2008, 2077.

- PAILLET (M.), note sous C.E., Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, *RD publ*. 1993, p. 1099.

- PÉCRESSE (V.), concl. sous C.E., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n°153686, *RFDA* 1998, p. 90.

- PEIGNÉ (J.) :

- Note sous Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Société Aventis Pasteur MSD*, n°03-19.534, *RDSS* 2006, p. 495.
- Note sous C.E., 27 avril 2011, *Association Formindep*, n°334396, *RDSS* 2011, p. 483.

- PELLET (R.), colloque sous C.C., 11 juin 2010, Madame Viviane L., n°2010-2 QPC, *RDSS* 2010, p. 127.

- PENNEAU (J.) :

- Note sous C.E., 31 mai 1989, *Mme Roujanski*, n°35296, *D*. 1991, p. 178.
- Obs. sous C.A. Paris, 15 avril 1992, *D*. 1993, somm. p. 20.
- Note sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *D*. 1997, p. 319.
- Note sous Cass. 1ère civ., 8 novembre 2000, n°99-11.735, *D*. 2001, p. 3083.
- Obs. sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *D*. 2008, p. 695.
- Obs. sous Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *D*. 2009, p. 1302.
- Note sous Cass. 1ère civ., 27 novembre 2008, n°07-15.963, *D*. 2009, p. 1302.

- PENNEAU (M.), note sous CA Angers, 11 septembre 1998, *D*. 1999, Jur. 46.

- PERDRIAU (A.), note sous Ass. Plén., 30 juin 1995, *JCP* 1995, II, 22748.

- PEYRICAL (J.-M.), note sous C.E., Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, n°124960, *D*. 1994, p. 74.

- PLESSIX (B.) :

- Chron. sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *JCP G* 2007, I, 193.
- Obs. sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *JCP G* 2007, I, 214.

- PORCHY-SIMON (S.) :

- Note sous Cass. 1ère civ., 8 juillet 2008, n°07-12.159, *D*. 2008, p. 2765.
- Note sous Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, n°09-13.591, *JCP G* 2010, 788.
- Note sous Cass. 2ème civ., 4 avril 2012, n°11-14.311, *D*. 2012, p. 1098.

- PUIG (P.), obs. sous C.C., 11 juin 2010, Madame Viviane L., n°2010-2 QPC, *RTD civ*. 2010, p. 157.

- RACHET-DARFEUILLE (V.) :

- Note sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *RGDM* 2008, n°26, p. 294.
- Obs. sous CADA, avis du 11 septembre 2008, *RGDM* 2009, n°31, p. 341.

- RADÉ (Ch.) :

- Chron. sous Cass. 1ère civ., 23 septembre 2003, n°01-13.063, *RCA* 2003, 28.
- Obs. sous CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03, *Dr. Famille* 2005, n°258.
- Note sous Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Société Aventis Pasteur MSD*, n°03-19.534, *RCA* 2006, §89.

- REVET (Th.), obs. sous CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03, *RTD civ. 2005*, p. 798.

- ROCHFELD (J.), obs. sous Cass. 1ère civ., 7 novembre 2000, *Woessner c/ Sigrand*, n°98-17731, *JCP G* 2001, 1301, n°16.

- ROLLIN (F.) :

- Note sous C.E., 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, n°179635, *AJDA* 1999, p. 69.
- Chron. sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *RDC* 2008, p. 465.

- ROME (F.), note sous Cass. 1ère civ., 25 novembre 2010, n°09-16.556, *D*. 2010, p. 2825.

- ROUAULT (M.-C.) :

- Note sous C.E., 24 févr. 2006, *Mme et M. Levenez*, n°250704, *JCP* A 2006, act. 206.
- Note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *JCP A* 2007, 2221.

- ROUYÈRE (A.), note sous C.E., 24 février 1999, *Société PRO-NAT*, n°192465, *RFDA* 2000, p. 266.

- SAISON-DEMARS (J.), obs. sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *RGDM* 2007, n°25, p. 325.

- SALINS (de) (C.), note sous C.C., 11 juin 2010, Madame Viviane L., n°2010-2 QPC, *RFDA* 2010, p. 696.

- SARGOS (P.) :

- Rapp. sous Cass. 1ère civ., 25 février 1997, *Hédreul c/ Cousin*, n°94-19.685, *Gaz. Pal.* 1997, I, p. 22.
- Rapp. sous Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n°99-13.701, *JCP G* 2000, II, 10438.
- Rapp. sous Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°004-14.564, *D. 2001*, p. 3470.
- Note sous Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *D.* 2008, p. 192.
- Comm. sous Cass. 1ère civ., 8 juillet 2008, n°07-12.159, *JCP G* 2008, II, 10166.
- Chron. sous Cass. 1ère civ., 9 juillet 2009, n°08-11.073, *JCP G* 2009, 308.
- Note sous Cass. 1ère civ., 28 janvier 2010, n°09-10.992, *D.* 2010, p. 1525.
- Comm. sous Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, n°09-13.591, *D.* 2010, p. 1522.

- SARGOS (P.), CHABAS (F.), comm. sous Cass. 1ère civ., 8 novembre 2000, n°99-11.735, *JCP G* 2001, n°12, II, 10493.

- SAVATIER (R.) :

- Note sous Cass. 2ème civ., 28 octobre 1954, *JCP G* 1955, II, 8765.
- Note sous Cass. 1ère civ., 29 mai 1959, *D.* 1959, p. 53.

- SEILLER (B.), note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *JCP G* 2007, II, 10160.

- SERINET (Y.-M.), MISLAWSKI (R.), note sous Cass. 1ère civ., 23 septembre 2003, n°01-13.063, *D.* 2004, p. 898.

- SOLER-COUTEAUX (P.) :

- Obs. sous C.E., 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, n°328687, *RDI* 2010, p. 508 ;
- Obs. sous C.E., 1er février 2012, *Sté Orange France*, n°344992, *RDI* 2012, p. 176.

- STAHLBERGER (E.), concl. sous T.A. Paris, 20 décembre 1991, M.D, M.G, M.B, *RFDA* 1992, p. 566.

- **STOFFEL-MUNCK (P.)**, obs. sous Cass. 1ère civ., 6 décembre 2007, n°06-19.301, *JCP* 2008, II, n°3, 125.

- **SUDRE (F.)**, chron. sous CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03, *JCP G* 2006, I, 109.

- **THÉRY (P.)**, note sous Cass. Plén., 21 décembre 2006, *Société La Provence*, n°00-20.493, *RTD civ*. 2007, p. 168.

- **THIELLAY (J.-P.) :**
  - Concl. sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *AJDA* 2007, p. 2328.
  - Concl. sous C.E., 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590, *RFDA* 2008, p. 343.

- **THOUVENIN (D.) :**
  - Note sous Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001, n°00-14564, *D. 2001*, Jur. 3470.
  - Note sous ord. de référé, 28 juillet 2005, *D.* 2005, p. 2364.

- **TRÉBULLE (F.-G.)**, obs. sous C.E., 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, n°328687, *D*. 2010, p. 2468.

- **UBAUD-BERGERON (M.)**, note sous C.E., Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545, *JCP G* 2007, II, 10156.

- **VAREILLE (F.)**, note sous C.E., 4 juillet 1990, *Société d'assurances, Le Sou Médical c/Centre hospitalier général de Gap*, n°63930, *RDSS* 1991, p. 65

- **VIALLA (F.)** :
  - note sous Cass. 1ère civ., 7 novembre 2000, *Woessner c/ Sigrand*, n°98-17731, *JCP G* 2001, II, 10452.
  - note sous C.E., 10 octobre 2012, *CHU de Rouen*, n°350426, *JCP G* 2012, n°47, 1252.

- **VIDAL (P.-L.)**, comm. sous Cass. crim., 11 janvier 2012, n°10-88.908, *RDS* 2012, n°47, p. 389-391.

- **VINEY (G.)**, obs. sous Cass. 1ère civ., 23 septembre 2003, n°01-13.063, *JCP G* 2004, I, 101.

- **VIOUJAS (V.)** :

- note sous C.E., 7 avril 2011, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, n°339813, *RDSS* 2011, p. 557.
- note sous C.E., 10 octobre 2012, *CHU de Rouen*, n°350426, *JCP A* 2012, n°46, 2369.

- **VUGHT (G.)**, concl. sous C.E., 24 nov. 1972, *CDOM Hauts de Seine*, *JCP* 1973, II, 17489.

- **ZOLLINGER (A.)**, note sous CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03 et *Maurice c/ France*, n°11810/03, *JCP G* 2006, II, 10061.

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accès au droit, à la connaissance du droit : 2-4, 17-19, 25-28, 511, 517, 521, 545

Accompagnement juridique : 665 et s.

Accréditation : 300, 355-356

Action de groupe : 285

Aléa thérapeutique : 243, 392

Alliance : 21, 22, 29, 700 et s.

Amélioration de la qualité des soins : 349 et s.

Américanisation : 284-288

Arbitrage : 425, 428, 448, 453-457, 486-488

Arrêts de règlement : 87

Associations d'usagers : 258

Assurance : v. responsabilité civile professionnelle

Autonomie :
- du droit médical : 59-61
- du patient : 253-256, 264

Autorégulation : 39-53

Autorités administratives indépendantes : 100-102

Avis des CRCI : 473

B

Biovigilance : 339

Bureaucratisation : 673-676, 171-180

C

Certificats médicaux : 316, 567, 576, 657, 710

Certification : 352

Clarté de la loi : 157, 158

Clause
- compromissoire : 455-457, 486, 487
- de conscience : 69, 711
- essentielle : 51

Codification : 512-521

Communicabilité : 16, 161-163

Compétences : 582, 613, 617 et s.

Complexité du droit : 150-152

Conciliation :
- conventionnelle (ou extra-judiciaire) : 443-445
- judiciaire : 420, 432-436
- judiciaire déléguée : 425
- ordinale : 479-485

Connaissance du droit : v. accès au droit

Conseil de l'Ordre :

Consumérisme : 67 à 71

Contrainte : 96, 182-194, 413, 502, 523, 671 et s.

Contrôle médical : 172, 173, 179

Convention de procédure participative : 446, 447

D

Délit
- de tromperie : 70
- d'exercice illégal : 548, 590-593

Démocratie sanitaire : 252 et s.

Déontologie médicale : 43-45, 49-52

Désaffection : 395 et s.

Développement professionnel continu : 623, 626, 631-637

Disciplinaire : v. responsabilité disciplinaire

Doctrine : 90 et s.

Dossier médical : 179, 208, 639

Droits
- collectifs : 258-260
- individuels : 261-265
- subjectifs : v. droits individuels

Droit médical : 582, 603 et s., 653 et s., 702 et s., 58 et s.

E

Eclaircissement de la règle : 522 et s.

Effectivité : 197 et s.

Effet rétroactif : 135-139, 140-147

Efficacité : 209

Enseignements juridiques : 60 et s., 706 et s.

Entrepreneur individuel à responsabilité limitée : 297

Entretien semi-directif : 670 et s.

Ethique : 41, 47, 48

Etude d'impact : 121-124

Evaluation des pratiques professionnelles : 351, 352
Evénement indésirable grave (EIG) : 340-348

Evénement porteur de risque (EPR) : 353, 354

Exonération de responsabilité: v. faute de la victime

F

Faute
- médicale : 230
- de la victime : 246

Fonds
- d'indemnisation : 275-279
- mutualisé de garantie des dommages : 299

Formation
- continue : 617-619, 620 et s., 628-630
- initiale : 597 et s.

G

Gouvernance du Pôle médecine et droit : 731 et s.

H

Hémovigilance : 338

Hypertrophie : 114 et s.

I

Incertitude : 148 et s.

Indemnisation : 265-274

Indépendance professionnelle : 182, 183

Infections nosocomiales : 250, 333, 341

Inflation
- des préjudices : 270 et s.
- normative : 114 et s.

Information (devoir d') : 94, 271
Ingérence : 170 et s.

Immixtion
- dans les affaires de familles : 316
- dans l'activité médicale : 96 et s., 677 et s.

Irresponsabilité : 7, 226, 230

Insécurité : 129 et s.

Instabilité : 131 et s.

Intelligibilité : 157 et s.

J

Judiciarisation : 10, 220 et s.

Juridicisation : 11, 33 et s.

Jurisprudence : 72 et s.

L

Langage, langue juridique : 17, 539, 709, 728, 729

Légitimité : 210

Liberté :
- d'installation : 191-194
- de prescription : 187-190, 385
- thérapeutique : 182-186

Loi Léonetti : 165, 679

M

Médecine
- défensive : 390 et s.
- prédictive : 382

Médiation :
- conventionnelle (ou extra-judiciaire) : 441, 442
- judiciaire : 425, 437-439

Modes alternatifs de règlement des conflits : 414 et s.
Modulation dans le temps : 146, 147

Motivation des arrêts : 524 et s.

N

Neutron législatif : 155

Normalisation : 98 et s.

O

***Obiter dictum* :** 535, 536

Opinion séparée : 537-541

Outils juridiques : 740 et s.

P

Paradigme : 28, 665 et s.

Pédagogie : 501 et s., 702

Personne de confiance : 166

Perte de chance : 10, 94, 271, 272

Pharmacovigilance : 337

Phobie : 220 et s.

Précaution : 367 et s.

Préjudice
- autonome : 94, 271, 272
- d'angoisse : 273
- d'impréparation : 94, 271, 272

Prescription hors autorisation de mise sur le marché : 9, 389, 555

Prestation de service : 63 et s., 587

Prévention des risques médicaux : 326 et s.

Procès : 283 et s., 389
Prudence : 379, 380

Q

Qualification : 582, 585 et s.

Qualité
- de la loi : 153 et s.
- des soins : 349 et s.

R

Réception du droit : 169 et s.

Réclamations médicales : 304, 364, 365, 467-469

Recommandations médicales : 103 et s.

Régulation : 38 et s.

Représentations : 280 et s.

Responsabilisation : 246, 264

Responsabilité
- civile : 230
- civile professionnelle : 293, 300
- disciplinaire : 237-241
- pénale : 233-236

Ressources juridiques : 561, 730, 751

Revirement de jurisprudence : 140 et s.

Risque
- judiciaire : 222 et s., 324 et s.
- médical : 249 et s.
- sanitaire : 327 et s.

S

Sanction : 31, 49, 55, 227 et s. , 312, 317, 320

Sang contaminé : 70, 112, 222, 233, 283, 290, 373

Savoir juridique : 14, 91 et s., 576, 700, 715

Scandale : 289 et s., 754

Sécurité
- des soins : 350 et s.
- juridique : 55, 126, 128 et s.
- sanitaire : 325 et s.

Serment d'Hippocrate : 44, 316, 618, 712

Simplification
- administrative : 178
- du droit : 504 et s.

Sources du droit : 57 et s., 72

Subjectifs (droits) : v. droits individuels

Syndicats médicaux : 45, 563 et s., 619, 732

T

Tarification à l'activité : 183

Transaction : 421, 424, 449-452

U

Universités de médecine : 598 et s.

Union régionale des professionnels de santé : 23, 566 et s., 737

V

Vaccin, vaccination : 82, 106, 204

Veille sanitaire : 327 et s.

Vigilance sanitaire : 334 et s.

Vulgarisation : 26, 698, 743

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire **1**

Introduction **7**

Première partie. Le droit, source de contraintes pour le médecin **29**

Titre premier. La juridicisation, infiltration maligne de l'exercice médical ? **33**

Chapitre premier. Le syndrome de juridicisation **35**

Section 1. La nécessité d'un encadrement de l'activité médicale **36**

§1. La détermination de la forme de régulation 37

A. Le dépassement de l'autorégulation de l'activité médicale 37

1. Les tentatives de régulation 37

a. La prise de conscience éthique 37

b. Le développement de la déontologie médicale 39

2. Les limites de l'autorégulation 41

a. Les insuffisances de l'éthique 42

b. Les insuffisances de la déontologie médicale 43

B. La caractérisation de la force du droit positif 48

§2. Les sources de l'encadrement juridique de l'activité médicale 50

A. l'encadrement juridique de l'activité medicale au confluent des disciplines juridiques 51

1. L'autonomie limitée du droit médical 51

2. Le droit médical, sous l'emprise du droit de la consommation ? 54

a. L'assimilation de l'activité médicale à une prestation de service 54

b. Les manifestations controversées de consumérisme médical 57

B. Un droit essentiellement jurisprudentiel ? 62

1. Le rôle protéiforme de la jurisprudence 63

a. La fonction interprétative de la jurisprudence 64

b. La fonction créatrice de la jurisprudence 67

c. La fonction prédicatrice de la jurisprudence 72

2. La portée normative limitée des décisions jurisprudentielles 74

C. Le rôle de la doctrine 76
1. La doctrine, source de savoir juridique atemporel 76
2. L'influence de la doctrine sur la production du droit médical 78
Section 2. L'immixtion croissante du droit dans le champ médical 82
§1. Les signes pathognomoniques 82
A. Le phénomène de normalisation de la pratique médicale 83
1. La multiplication des producteurs de normes juridiques 83
2. La détermination de la nature juridique des recommandations médicales 86
B. Le recours dévoyé à la loi 92
1. La systématisation du recours à la loi 93
2. Les hypothèses étiologiques 94
§2. Une hypertrophie normative non stabilisée 97
A. La mesure de l'étendue du phénomène 98
B. L'étude d'impact, tentative de maîtrise de l'inflation 101

Chapitre second. La juridicisation, élément inhibiteur de l'activité médicale 105
Section 1. L'insécurité juridique, obstacle à la connaissance du droit 106
§1. L'instabilité du droit, première manifestation de l'insécurité juridique 107
A. L'instabilité de la loi dans le temps 108
1. Les modifications récurrentes des textes législatifs 108
2. Les atténuations du principe de non rétroactivité d'une loi 110
B. L'instabilité du droit jurisprudentiel 114
1. La difficile conciliation entre le revirement de jurisprudence et la sécurité juridique 115
2. Les manifestations du revirement de jurisprudence en droit médical 117
§2. L'incertitude du droit, seconde manifestation de l'insécurité juridique 120
A. une incertitude juridique protéiforme 121
1. La complexité croissante du droit 121
2. La dégénérescence de la qualité de la loi 123
B. Une accessibilité au droit relative 128
1. L'accessibilité matérielle, fondement de la présomption de connaissance du droit 128
2. Une accessibilité intellectuelle au droit illusoire 130
Section 2. Réflexions sur la réception du droit par le corps médical 134
§1. L'assimilation du droit à une ingérence dans la profession médicale 134
A. Le sentiment d'une bureaucratisation de la fonction 134

1. La mesure des complications administratives 135
2. Une volonté affichée de simplifier l'exercice médical 140
B. La mise en danger des principes fondamentaux de l'exercice médical par le droit 142
1. Une liberté thérapeutique sous contraintes 142
2. Une liberté de prescription sous contraintes 146
3. Une liberté d'installation sous contraintes 150
§2. La confrontation du droit à la pratique médicale 153
A. Le déficit de légitimité, source d'ineffectivité ? 153
1. Les conditions d'effectivité de la règle de droit 154
2. La mesure des écarts entre le droit légiféré et la pratique médicale 156
B. Les tentatives de résistance à la règle de droit 162
1. Le corps médical, à l'initiative de la modification d'une disposition juridique 163
2. Le corps médical, à l'initiative de l'abrogation d'une disposition juridique 164
a. Le succès du corps médical dans l'abrogation d'une disposition juridique 164
b. L'échec du corps médical dans l'abrogation d'une disposition juridique 166

Conclusion du titre premier 169

Titre second. La judiciarisation, phobie du corps médical 171

Chapitre premier. Risque judiciaire ou judiciarisation ? 173
Section 1. La médecine à l'épreuve du risque judiciaire 174
§1. La nécessaire responsabilité du corps médical 175
A. Une responsabilité médicale polymorphe 175
1. Une responsabilité réparatrice 176
2. Une responsabilité répressive 179
a. Une responsabilité pénale 179
c. Une responsabilité disciplinaire 182
B. Des évolutions législatives et jurisprudentielles contrastées 186
1. Des évolutions favorables au corps médical 186
2. Des évolutions défavorables au corps médical 189
§2. La formation de conditions incitatives au recours à la justice 192
A. L'affirmation des droits des patients 192
1. Du paternalisme à l'autonomie du patient 193

2. Le patient créancier de droits, le médecin débiteur d'obligations.....195
a. Les droits collectifs des patients 195
b. Les droits individuels des patients.....198
B. La toute puissance de la logique indemnitaire.....203
1. Multiplication et métamorphose du préjudice indemnisable.....203
2. La création de fonds d'indemnisation 209
Section 2. Judiciarisation et représentations.....214
§1. Les fondements du discours relatif à la judiciarisation de la médecine.....215
A. La peur du procès comme danger imminent 215
1. La crainte d'une américanisation de la justice française.....216
2. La profusion de scandales dans le domaine sanitaire. 219
B. Le problème assurantiel, épée de damoclès.....221
1. Le spectre d'une perte financière 222
2. La mise en œuvre de solutions assurantielles favorables au corps médical.....224
§2. La remise en cause de la théorie d'une judiciarisation de la médecine 227
A. L'approche du risque judiciaire par les données assurantielles.....227
1. Les données du Sou médical - Groupe MACSF 228
2. Les données de la SHAM.....232
B. L'approche du risque judiciaire par les données du Conseil national de l'Ordre des medecins.....235
1. Le contentieux disciplinaire général.....236
2. Le contentieux disciplinaire technique.....243

Chapitre second. La redéfinition de la pratique médicale à l'aune du risque judiciaire.....247
Section 1. La prévention des risques médicaux comme moyen de défense 247
§1. La participation active du médecin à la veille sanitaire.....248
A. Un dispositif de veille sanitaire éclaté.....249
1. Un foisonnement d'acteurs de la veille sanitaire.....249
2. Une nouvelle organisation à l'échelon régional 251
B. L'action du medecin au service de la sécurité sanitaire 253
1. Le médecin, acteur de la vigilance sanitaire.....254
2. Le médecin, acteur de la gestion des risques associés aux soins 258

§2. La participation active du médecin à l'amélioration de la qualité des soins 264
A. L'évaluation, composante de l'amélioration de la qualité des soins 265
1. Un dispositif d'évaluation obligatoire 265
2. Un dispositif d'évaluation facultatif 267
B. L'intégration de l'amélioration de la qualité des soins dans la pratique médicale quotidienne 270
1. De la pratique individuelle à la pratique partagée 270
2. Des efforts à poursuivre 273
Section 2. La précaution, bouclier contre le risque judiciaire 277
§1. L'anticipation du risque comme condition d'exonération de la responsabilité médicale 279
A. L'application du principe de précaution aux affaires de santé publique 280
B. L'application du principe de précaution à la relation thérapeutique 284
1. La précaution dans l'élaboration du diagnostic 285
2. La précaution dans le choix des thérapeutiques 287
§2. L'utilisation abusive du principe de précaution par le corps médical 291
A. L'abstention, paravent contre le procès 293
1. L'arrêt de la pratique de certains actes médicaux 294
2. La désaffection de certaines modalités d'exercice et de spécialités 297
B. Le privilège de l'action comme tentative d'échapper au procès 299
1. La pratique de certains actes non justifiée médicalement 299
2. La protection du corps médical par le respect de l'obligation d'information du patient 303

Conclusion du titre second 307
Conclusion de la première partie 309

Seconde partie. L'approche du droit par le médecin, condition de sa libération 311
Titre premier. Les voies de la guérison 313
Chapitre premier. La voie de l'alternative au conflit 315
Section 1. Le développement de la résolution amiable du conflit, condition d'évitement du procès 317
§1. De nouvelles techniques de gestion des conflits encouragées par le droit 317
A. L'entrée progressive des modes alternatifs de règlement des conflits dans le paysage juridique 318
B. Les bénéfices incontestables des modes alternatifs de réglement des conflits 322
1. La résolution amiable du conflit, palliatif aux écueils de l'institution judiciaire 323
2. La volonté des parties, fondement du règlement amiable du conflit 325
§2. La mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des conflits 327
A. les tentatives de résolution amiable du conflit 327
1. L'institution judiciaire propice aux modes de règlement amiable des conflits 327
a. La conciliation judiciaire 328
b. La médiation judiciaire 330
2. La résolution amiable du conflit en dehors du prétoire 333
a. La médiation conventionnelle 333
b. La conciliation conventionnelle 334
c. La convention de procédure participative 336
B. La renonciation définitive au recours au juge 337
1. La transaction 337
2. L'arbitrage, mode juridictionnel de règlement des conflits 340
Section 2. Le recours à la gestion amiable du conflit, moyen de protection du corps médical 344
§1. Le règlement amiable comme alternative à une procédure contentieuse 344
A. La lente introduction des procédures de règlement amiable dans le domaine médical 345
1. La conciliation au cœur des préoccupations des pouvoirs publics 345
2. L'échec de la mise en place d'une conciliation interne 347
B. L'information et la conciliation, conditions d'épuisement du litige médical 348
1. Une conciliation interne aux établissements de santé 349
2. Un dispositif de conciliation et de règlement amiable destiné à l'ensemble des médecins ..351

§2. Le règlement amiable comme préalable obligatoire à une procédure contentieuse 359
A. L'ordre des médecins, initiateur de procédures de règlement amiable 359
1. La conciliation ordinale 359
a. La conciliation, étape préalable obligatoire à la procédure contentieuse ordinale 360
b. La conciliation, condition du respect du principe de confraternité 361
2. La procédure d'arbitrage ordinal 363
B. L'assurance maladie, initiatrice de procédures de règlement amiable 365
1. La procédure précontentieuse devant la Commission de recours amiable 365
2. La conciliation dans le cadre d'un refus de soins 366
3. La procédure de mise sous accord préalable des médecins 368

Chapitre second. La voie de la pédagogie 373
Section 1. L'action pédagogique autour de la norme juridique 374
§1. L'exigence d'une meilleure accessibilité au droit applicable 374
A. Le renforcement de l'accessibilité physique à la production normative 375
1. La clarification des règles d'entrée en vigueur des lois et règlements 376
2. Internet, vecteur d'une plus grande accessibilité au droit 377
B. La codification, instrument juridique au service de la simplification du droit 380
1. Le principe de codification 380
2. Une codification salvatrice 383
§2. L'éclaircissement de la règle prétorienne 387
A. La motivation de la décision, gage de qualité de l'institution judiciaire 388
1. Le respect de l'obligation de motivation sous haute surveillance 388
2. Le rôle pédagogique de la motivation des arrêts 394
B. le recours du juge à d'autres techniques pédagogiques 396
1. Le recours aux *obiter dicta* 396
2. Le recours aux opinions séparées 398
Section 2. Les conditions de transmission de l'information juridique au corps médical 402
§1. Le constat d'un monopole de l'information juridique par les professionnels du droit 402
A. Des supports de communication au service de la clarification des arrêts 403
1. Les publications *a posteriori* 404
2. Le développement d'outils de communication instantanés 406
B. Le développement de publications spécifiques au droit médical 409
1. Les rapports des compagnies d'assurance 409

2. Les publications des revues juridiques spécialisées 413
§2. L'atténuation du principe de monopole du droit....415
A. Les tentatives d'information juridique relayée par le corps médical....415
1. Le rôle informatif des syndicats médicaux....415
2. Le rôle informatif des Conseils de l'ordre....417
B. L'expérimentation d'une cellule juridique destinée aux médecins libéraux 419
1. L'anamnèse 420
2. Une information juridique protéiforme 421
a. Une information juridique passive....421
b. Une information juridique active....423

Conclusion du titre premier 429

Titre second. Le droit, ressource nécessaire à la pratique médicale 431

Chapitre premier. Le droit médical, oublié de la formation du corps médical 433
Section 1. Etat des lieux de la formation initiale....434
§1. La qualification, clef de voûte de l'exercice de la médecine 435
A. la protection du monopole légal d'exercice de la médecine....435
1. La qualification, une des conditions légales d'exercice de la médecine 435
2. La qualification, symbole d'omnivalence 437
B. Les dérogations légales....440
§2. Le choix du type de formation initiale, standard du futur médecin en exercice....442
A. L'organisation de la formation médicale initiale....442
1. L'Université, garante de la délivrance du diplôme 442
2. Le déroulement des études de médecine 445
B. Des programmes de formation faiblement orientés vers le droit médical....447
1. L'expérience de la France 447
2. Les expériences étrangères....451
Section 2. Etat des lieux de la formation continue....453
§1. Le développement des compétences du médecin, garant de la qualité des soins 454
A. La formation continue comme condition d'adaptation à l'exercice médical 456
1. De l'obligation à la nécessité d'une formation continue des médecins 456
2. Le contrôle ordinal de l'actualisation des connaissances....458

B. De la formation médicale continue au développement professionnel continu 460
1. Autopsie de l'ancien dispositif de formation médicale continue 460
2. Le nouveau dispositif de développement professionnel continu.....462
§2. Radiographie de la formation continue des médecins 465
A. Les pratiques de formation continue des médecins 465
1. La formation continue, délaissée des médecins ?.....466
2. Le problème d'identification des besoins en formation continue 467
B. L'offre de formation 469
1. Un foisonnement d'acteurs.....469
2. La prédominance d'une offre de formation médicale au détriment du droit médical 472
3. La formation continue du médecin à l'étranger. L'exemple du Canada 476

Chapitre second. Contribution à la recherche d'un paradigme d'accompagnement juridique du médecin 479
Section 1. L'analyse des entretiens semi-directifs.....482
§1. Le constat d'un exercice de la médecine sous contraintes.....482
A. Le désenchantement de la médecine 482
1. Le regret d'une bureaucratisation de la fonction médicale 483
2. L'omniprésence du droit dans l'exercice médical.....485
B. Un rapport ambivalent au droit.....487
1. L'expression d'un désintérêt à l'égard du droit.....487
2. La manifestation d'une prudence dans l'action.....488
§2. Une volonté d'exercer la médecine à moindre risque juridique 491
A. une connaissance du droit insuffisante 491
1. Une formation juridique insuffisante 491
2. Une formation juridique inadaptée à l'exercice médical.....495
B. Une certaine idée de la formation juridique du médecin.....496
1. Une formation juridique adaptée à la pratique médicale.....496
2. Une formation issue d'un binôme droit-médecine 499
Section 2. Nos propositions d'alliance constructive entre droit et médecine 502
§1. Proposition d'une formation juridique adaptée à l'exercice médical 502
A. La définition d'une pédagogie de l'enseignement du droit médical 503
1. La détermination du contenu de l'enseignement du droit médical 503
a. Le droit médical, un enseignement distinct de la médecine légale.....503

b. Une formation juridique, reflet de la pratique médicale 504
2. La symbiose médico-juridique 508
B. La formation juridique du médecin, entre savoirs et compétences 511
1. Favoriser le transfert des connaissances juridiques 511
2. Bénéficier d'enseignements en lien avec la pratique 512
§2. Proposition d'un projet fédérateur, porteur d'une alliance entre droit et médecine 515
A. Dépasser le clivage entre la médecine et le droit 515
1. Médecine et droit, un conflit insurmontable ? 516
2. La création d'un Pôle médecine et droit 518
a. Créer un Pôle médecine et droit à partir d'une structure existante 519
b. Confier la gouvernance du Pôle médecine et droit à une nouvelle structure 521
B. proposition d'outils juridiques accessibles au corps medical 523
1. Un service d'informations et de conseils juridiques 523
2. Une revue juridique destinée aux médecins 524
3. Une ressource juridique électronique 526

Conclusion du titre second 529
Conclusion de la seconde partie 531

Conclusion générale 535
Table des annexes 539
Bibliographie 629
Index alphabétique 703
Table des matières 711

Essai sur un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine.
L'accès du médecin à la connaissance juridique

L'émergence de discours sur la judiciarisation et la juridicisation de la médecine atteste de la place croissante du droit, appréhendée telle une contrainte par le médecin. D'abord, si l'encadrement juridique de l'activité médicale est nécessaire, le foisonnement de règles juridiques est assimilé à une ingérence. Ensuite, si l'application du principe de responsabilité à la médecine est indiscutable, le médecin entrevoit le procès comme une épée de Damoclès. Nous avons pu établir que le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits et l'usage de procédés pédagogiques constituent des voies possibles de guérison. Elles demeurent toutefois insuffisantes puisqu'elles ne permettent pas de se détacher définitivement d'une vision contraignante du droit. En effet, l'ignorance du médecin en cette matière ne lui permet pas d'entrevoir le droit autrement que sous un angle coercitif. Le droit ne représente qu'une portion congrue de la formation initiale et continue alors même qu'il est devenu incontournable dans l'exercice médical. Pour résoudre cette contradiction, nous nous sommes attachés à rechercher un paradigme d'alliance constructive entre droit et médecine. Nous avons défini une forme d'accès du corps médical à la connaissance juridique. Le médecin doit bénéficier d'une formation juridique adaptée à son exercice. La création d'un Pôle médecine et droit doit faciliter l'accès du médecin au droit par la mise à disposition d'outils pédagogiques. Le droit est alors envisagé comme une ressource dans l'action du médecin.

Mots clefs français : judiciarisation – juridicisation – contrainte – formation – connaissance juridique – alliance constructive - outils pédagogiques

A paradigm of constructive alliance between law and medicine (Essay). Physician's access to legal knowledge (Essay)

The emergence of discourses on the judicialization and legalization of medical matters is evidence of the growing importance of law, understood as a constraint by the doctor. First, though a legal framework is indeed necessary for medical activity, the proliferation of legal rules is deemed akin to downright interference. Then, though applying the principle of responsibility to medicine is indisputable, practitioners see the trial as a sword of Damocles hanging over their heads. We have established that resorting to alternative dispute resolution and the use of pedagogical methods are all possible ways of healing. And yet, these remain insufficient, because they do not make it possible to depart definitely from a constraining vision of law. In fact, doctors' ignorance in this matter does not enable them to approach law from an angle other than coercive. Law is only a small portion of medical initial and continuing training, even though it has become essential in medical practice. To solve this contradiction, we are committed to seek a paradigm based on the constructive alliance between law and medicine. We have defined a form of access to legal knowledge by the medical community. The physician must receive training that is appropriate to his/her legal practice. Creating a Pole clustering medicine and law should facilitate doctors' access to law, via making teaching means available to them. Henceforth, law will be regarded as one more resource supporting the physician's action.

English keywords : judicialization - legalization - constraint - training - legal knowledge - constructive alliance - teaching tools

Unité de recherche/Research unit : CERAPS, Centre de recherches administratives, politiques et sociales, UMR, CNRS 8026
Ecole doctorale/Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n°74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, http://edoctorale74.univ-lille2.fr
Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, http://www.univ-lille2.fr